Real Academia de Legislación
y Jurisprudencia de Murcia

UN PASO MÁS EN LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: INTEGRACIÓN EN EL DERECHO CIVIL

Discurso leído el día 19 de enero de 2023
en el acto de recepción como Académica de Número por la

EXCMA. SRA. Dª. BEGOÑA PORTILLO MUÑOZ

y contestación del

EXCMO. SR. D. MIGUEL ÁNGEL CUEVAS ALDASORO

MURCIA, 2023

Región de Murcia

"Nada en la vida debe ser temido, solamente comprendido. Ahora es el momento de comprender más, para temer menos".

Marie Curie

UN PASO MÁS EN LA INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: INTEGRACIÓN EN EL DERECHO CIVIL

Discurso leído el día 19 de enero de 2023 en el acto de recepción como Académica de Número de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia por la

EXCMA. SRA. Dª. BEGOÑA PORTILLO MUÑOZ

y contestación del

EXCMO. SR. D. MIGUEL ÁNGEL CUEVAS ALDASORO

MURCIA
2023

ISBN: 978-84-09-46123-3
Depósito Legal: MU 15-2023
Imprime: 42lineas-42lineasdigital@gmail.com
Impreso en España - Printed in Spain

SUMARIO

SALUDOS Y AGRADECIMIENTOS 9

I.- INTRODUCCIÓN: ELECCIÓN DE LA MATERIA 11

II.- ANTECEDENTES HISTORICOS 15

a) Derecho internacional. Modelos: prescindencia, médico y social 15
b) Legislación nacional: Derecho civil común 19

III. ACTUACIÓN DEL NOTARIO: EL CONSENTIMIENTO COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE CUALQUIER PERSONA CON O SIN DISCAPACIDAD 25

a) Consentimiento válido: intereses en juego 25
b) Pautas para comprobar la voluntad del otorgante 28
c) Derecho a equivocarse y a renunciar a los apoyos 32
d) Situaciones posibles 35

IV.-DOCUMENTOS PUBLICOS QUE TIENEN POR CONTENIDO LA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD DE UNA PERSONA 39

a) Introducción 39
b) Personas destinatarias de las medidas de apoyo 40
c) Disposiciones comunes a todas las medidas de apoyo 43

d) Clases de documentos públicos regulando la discapacidad 47
1.-Escrituras públicas de medidas de apoyo 47
a) Sujeto otorgante 49
b) Titular de la medida de apoyo 50
c) Forma documental 51
d) Contenido 53
e) Forma de ejercicio 54
2.- Poderes preventivos 55
a) Poderdante 56
b) Apoderado 57
c) Forma documental 58
d) Contenido 59
e) Forma de ejercicio 60
f) Duración y extinción 64
3.- Autocuratela 67
a) Caracteres del negocio 67
b) Sujetos 69
c) Forma 72
d) Contenido 73
e) Medidas de control 76

V.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO APLICANDO LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK 76

A) Antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 76
B) Sentencia 589/2021 de 8 septiembre y posteriores 81

VI.- CRÍTICAS A LA LEY 84

VII.- CONCLUSIONES 86

CITAS 87

BIBLIOGRAFÍA 94

CONTESTACIÓN DEL EXCMO. D. MIGUEL ÁNGEL CUEVAS ALDASORO 97

SALUDOS Y AGRADECIMIENTOS

Excmo. Sr. presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia, Excmos. señoras y señores académicos, señoras y señores; amigos.

Mi más sincero agradecimiento a esta Corporación, a su Presidente y a todos sus miembros, que me han designado para pertenecer a ella, por el honor que supone para mí este nombramiento, una Notaria de pueblo sin más ni mayores méritos que otros muchos juristas; también agradecer a mis padres, José Manuel Portillo Guillamón y Trini Muñoz Varona por todo lo que he recibido de ellos, especialmente una educación fomentando el esfuerzo y la responsabilidad; a mi suegro y compañero, Luis Barnes Serrahima, que me transmitió la pasión por la profesión de Notario; a mi preparador Antonio Trigueros Fernández, por creer en mí; a mi compañero Carlos Marín, citado reiteradas veces en mi trabajo, por despertarme en el estudio de esta materia; y a mi marido y compañero profesional, Luis Barnes Romero, que cada día junto a él, me hace ser mejor persona y mejor notario.

Quiero extender este agradecimiento a todos vosotros que asistís al acto, poniendo de manifiesto el aprecio y cariño que me profesáis.

I.- INTRODUCCIÓN: ELECCIÓN DE LA MATERIA

Quisiera explicar por qué he elegido tratar sobre la reforma de la regulación de la discapacidad en la Ley 8/2021, que, aunque mi trabajo no sea ni original ni inédito, he considerado esta materia, casi obligada, por varias razones:

1.- Por lo **transcendentes y revolucionarias que son las modificaciones que introduce**. Como dijo Ángeles Blanco Díaz, "*más que una reforma es una nueva legislación*"(1), y lo es, no solo por su amplitud, ya que afecta directamente a ocho leyes (Ley del Notariado, Código Civil, Ley Hipotecaria, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, Ley de Registro Civil, Ley de Jurisdicción Voluntaria, Código de Comercio y Código Penal), sino además, por el cambio que supone en el tratamiento de la discapacidad, considerándose tan revolucionaria como la que supuso el reconocimiento de la misma capacidad de obrar (en terminología de entonces) de la mujer casada con la reforma del CC de mayo de 1975.

Sin embargo, cambia la Ley, pero no la sociedad, por lo que, para la consecución de los objetivos de la misma, hemos de realizar un cambio de mentalidad y creo que es responsabilidad de todos los juristas darle la debida difusión, tratando de impedir que se quede en la mera letra de la Ley como ocurrió en la reforma de 1983 sobre la modificación judicial de la capacidad, procurando además que no se resienta la seguridad del tráfico jurídico. Como dice Carlos Marín (2) "*en rigor la reforma no asegura ese cambio de mentalidad, sino que es, más bien al contrario: que su eficacia depende de ella.*"

2.- Por **mi condición de notario**, dada la importancia de la función que corresponde al notario en la búsqueda de la voluntad de los otorgantes. Como señala María Teresa Barea Martínez (3), "*uno de los rasgos que históricamente*

y en presente, mejor caracterizan al Notariado latino-germánico en general, y al Notariado español en particular, es su especial sensibilidad y preocupación por la situación jurídica de las personas vulnerables y, muy singularmente, de las personas con discapacidad y de las personas mayores". La eficacia privilegiada que el ordenamiento atribuye a la escritura pública, con la presunción de validez y las correspondientes responsabilidades que asumen los otorgantes, tiene su justificación, entre otras, en el juicio de capacidad de los otorgantes que ha de hacer el notario, que es uno de los elementos esenciales del instrumento público. El notario se ha de formar su personal juicio acerca de la capacidad jurídica de los otorgantes, fruto de su contacto y apreciación directa, en la actividad previa de información y asesoramiento, función que el notario ya tenía, así el art. 1 del Reglamento Notarial (RN) "*asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar"* y el artículo 147 RN "*El notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar,..."* Pero, además, el legislador de la Ley 8/2021 le confiere al notario un papel preeminente y una gran responsabilidad para lograr el efectivo ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, como se pone de manifiesto, entre otros:

- que es el artículo primero de la Ley 8/2021 el que se dedica a las modificaciones de la Ley del Notariado;

- que establece la preferencia por los apoyos voluntarios (último párrafo del artículo 255 CC "*solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias"*),

- que, tanto las medidas voluntarias de apoyo como los poderes preventivos y la regulación de la autocuratela, han de constar en escritura pública;

- que como señala la Circular informativa 3/2021 del Consejo General del Notariado (4) "*la Ley considera a los notarios como un verdadero apoyo institucional (véase, por ejemplo, el artículo 665 o el 255 del CC o la disposición transitoria tercera de la nueva Ley)*" porque corresponde al notario, respecto cualquier persona, con o sin discapacidad, prestarle el asesoramiento e informar de las consecuencias, para conseguir la prestación de un verdadero consentimiento (artículo 17bis LN y 147 RN);

- y porque conforme a la LN, también corresponde al notario el control de capacidad/consentimiento, siendo uno de los elementos fundamentales de la fe pública notarial: el juicio de capacidad.

3.- Y porque considero muy importante tratar esta materia en un foro, como es el de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, que aglutina a los diferentes profesionales del derecho, con el fin de conseguir criterios homogéneos y coordinados, siempre con respeto a la diversidad de las personas con discapacidad. Pensemos, por ejemplo, en que los notarios adopten un criterio muy estricto en la calificación del discernimiento para prestar el consentimiento, y sin embargo los jueces adoptaran otro más permisivo; se crearía un vacío para la persona con discapacidad, pues no podría prestar el consentimiento ante notario y los jueces no apreciando su discapacidad no le nombrarían un curador para sustituirle o prestarle apoyos en el ejercicio de su capacidad.

Como advierte el notario, Josep María Valls I Xufré (5), "*la reforma en sí, significa un gran paso adelante que habrá de completarse con la ayuda doctrinal y jurisprudencial que se genere, pero sobre todo y sin ánimo corporativista, con la labor del notariado en su conjunto y de cada notario frente al caso concreto que se le presente, sin perjuicio de la inestimable colaboración de abogados, asistentes sociales, profesionales de la medicina en general y de todos aquellos que están dedicados al mundo de la discapacidad*"

Y voy a centrar mi exposición en las dos cuestiones en las que la función del notario va a ser esencial, como destaca el notario de Madrid, Alfonso Madridejos Fernández (6):

La actuación ante notario de las personas necesitadas de apoyo.

Y la autorregulación de la propia discapacidad.

II.- ANTECEDENTES HISTORICOS:

a) DERECHO INTERNACIONAL. Modelos: prescindencia, médico y social.

Leyendo a Giulia Foschiani (7) podemos señalar que, en la historia de los derechos, no hay cambios repentinos y brutales, sino etapas fruto de cambios sociales, políticos, de investigación, divulgación y aceptación, de enfoques y de respuesta social y normativa.

Históricamente, el tratamiento dispensado a las personas con retraso mental o cualquier otra limitación ha pasado por diversas etapas, diferenciadas en atención a la actitud de la sociedad ante ellas. Siguiendo a Agustina Palacios (8), podemos distinguir tres modelos principales respecto al tratamiento dispensado a la discapacidad, que llevan a distinto tratamiento jurídico: de prescindencia, médico y social.

El primer **modelo de prescindencia,** considera que las causas de la discapacidad son consecuencia del enojo de los dioses. En este contexto, las personas con discapacidad son consideradas como innecesarias y por tal razón, su vida no merece ser vivida. Es el sistema propio de la antigüedad clásica y hasta hace aproximadamente tres siglos.

El segundo **modelo médico o rehabilitador**, que se sitúa en la Revolución industrial, identifica la discapacidad como una enfermedad del individuo; en consecuencia, sus déficits físicos, cognitivos o sensoriales son una desventaja que les impide participar en la sociedad en condiciones de igualdad con los demás. Requiere unos cuidados médicos y recibe beneficios de los servicios sociales, queriendo transformar y normalizar a la persona. Se les atiende con procedimientos médicos y rehabilitadores para adaptarlos a la sociedad y su entorno, y cuando no es posible se trata de compensar con políticas asistenciales

dependientes de la beneficencia de los poderes públicos. El derecho responde a esta situación, exclusivamente con legislación asistencial y de seguridad social, o en ciertas cuestiones del derecho civil relacionadas con la incapacitación y tutela. De tal forma que, no se les considera como sujetos de derecho, sino más bien como objeto de beneficencia o de tratamientos médicos con el fin de aislarlos, fortaleciendo su exclusión social.

Un avance supuso el llamado **modelo social**, en el que la discapacidad no puede verse como un atributo de la persona, sino como creación del entorno en el que vive, pues es la sociedad que provee de los servicios adecuados y no tiene debidamente en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad. Nace en Inglaterra y Estados Unidos en los años setenta del siglo XX, cuando las personas con discapacidad tomaron la iniciativa de buscar sus propios cambios políticos; el origen se sitúa en el movimiento "*indipendent livig*" que surge en EEUU como producto indirecto de la Guerra de Vietnam, que reivindica la consideración a las personas con discapacidad como sujetos de derechos y no como meros objetos de caridad o asistencia; no son las personas con discapacidad las que han de adaptarse a las sociedad en la que viven, sino la sociedad la que ha de adaptar sus estructuras políticas y sociales a las personas con discapacidad. Solo de esta manera, la sociedad puede respetar la dignidad de las personas diferentes.

Escribe Giulia Foschiani (7), "*es como consecuencia de la consideración de estas personas como verdaderos sujetos de derecho que ha nacido la perspectiva de derechos humanos de la discapacidad: con ella se centra finalmente el discurso de la discapacidad en la dignidad intrínseca del ser humano y se sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten….*", también recoge las afirmaciones de J. Seifert "*No debemos restringir la dignidad humana a los miembros sanos, saludables* e *inteligentes de la especie; la propia existencia y naturaleza sustancial de la persona humana son la fuente de su dignidad*".

Después de la II Guerra Mundial, la dignidad de la persona y sus derechos humanos se convirtieron en el pilar de la comunidad internacional. A tal

propósito, el primer instrumento normativo internacional que usó la palabra "dignidad" fue la Carta de Naciones Unidas que en su preámbulo se afirma que "…*los pueblos de la Naciones Unidas resueltos a afirmar la fe de los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, decidieron aunar esfuerzos para realizar estos designios*"; y posteriormente la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 utiliza el concepto de dignidad humana contenido en la Carta, así el artículo 1: *"Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros"*

Pero, ¿qué es la dignidad? Desde la filosofía, Javier Gomá Lanzón (9) habla del milagro de la dignidad moderna. En el pasado, la dignidad era una excelencia que adornaba el cosmos en general y al género humano en particular. Kant no da un concepto de dignidad y contrapone precio y dignidad. El precio es todo lo que puede sustituirse por otro, lo demás es dignidad. El concepto subjetivo moderno la considera una excelencia humana que merece un respeto. Parte de que el fin de todos los seres vivos, que es la muerte, es igual de indigno sea el del hombre que el de un mosquito. De modo que la finalidad del hombre no es tanto la felicidad como la dignidad "*vive de tal manera que, cuando te mueras, tu muerte haya sido escandalosamente indigna*" porque al morirte el mundo te ha perdido, y no es fácil sustituirte. En la filosofía posterior a Kant, la dignidad de los superiores se generaliza, se produce una democratización "*por mucho que un hombre valga, no tendrá un valor superior que el de ser hombre*". En la evolución económica-técnica de Occidente, se ha transformado la Ley de la naturaleza por la Ley de la cultura, que sustituye la Ley del más fuerte por la Ley del más débil. La dignidad es un estorbo para las causas sociales (progreso, utilidad, bien común) si para realizarse sacrifica al individuo.

Un importante avance, en el ámbito internacional, en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad fue la aprobación de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las personas con discapacidad por la Asamblea General de la ONU el 20 de diciembre de 1993,

instrumento internacional que, aunque no genera obligaciones a los gobiernos, numerosos países han basado en ella su legislación nacional y, según Giulia Foschiani, ha servido de antesala a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

El mayor cambio en el concepto y el tratamiento de la discapacidad para las distintas legislaciones de los Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha sido la *Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad,* firmado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, del que principalmente destaco:

-Adopta el modelo social, afirmando que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras creadas por la actitud y el entorno social, que les limitan la participación plena y efectiva en la vida social.

-No hace diferenciación entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

-Y que, para tratar de conseguir la igualdad de las personas con discapacidad con el resto, propugna *un sistema de apoyos,* que en ningún caso eliminen la opinión o deseos de esas personas.

Con posterioridad a la Convención, han aparecido dos documentos para aclarar las dudas y despejar las reticencias de algunos Estados para la incorporación plena de los criterios de la Convención modificando sus legislaciones:

1.- El documento de la Comisión de Derechos Humanos de la Unión Europea, radicada en Estrasburgo de fecha 20 de febrero de 2.012, que obliga al Estado Español como miembro de la Unión Europea.

2.- El documento del Comité, creado por la Convención, sobre los derechos de las personas con discapacidad, que lleva por título observación general sobre

el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la Ley, elaborado en sus sesiones entre 30 de marzo y 11 de abril de 2014, que obliga al Estado Español por haber ratificado la Convención.

b) DERECHO NACIONAL: legislación española.

El sistema establecido en nuestro Código Civil de 1889 partió del error de incluir en el concepto de dementes, con similitud de efectos tutelares, a multitud de enfermos de características muy diferentes, necesitados, por ello, de medios de protección también diferentes. A ello se unían unos mecanismos de protección basados en la tutela de familia, destinado a fracasar por la total inoperancia de instituciones de carácter colegiado, basadas, sobre todo en la protección del patrimonio y adaptada a personas y familias con fortunas superiores a la media, persiguiendo, más que la protección de la persona del incapaz, la de sus intereses económicos y de las personas llamadas a heredarle, dando como resultado el internamiento de los enfermos pobres y la reintegración en el tráfico jurídico del patrimonio perteneciente a los enfermos ricos. Examinando la antigua legislación española, Pau Pedrón (10), destaca que, llama la atención que el decreto de 3 de julio de 1931 permitía el internamiento involuntario de las personas con discapacidad, sin más requisitos, que la comunicación al Gobernador Civil de la provincia; que en nuestro derecho las personas con discapacidad eran reducidas a la condición de cosa; y a mí, la que os habla, también me sorprendía que en mis apuntes de derecho civil en la universidad recogía que la incapacitación producía la muerte civil de las personas.

Este sistema ya fue criticado desde principios del siglo XX, así, De Buen (11) considera que, de hecho, la organización tutelar resulta entre nosotros algo anormal, y funciona excepcionalmente cuando se trata de personas de posición económica que pueden soportar los gastos y las molestias que origina.

En la evolución legislativa posterior del derecho civil español en materia de las personas con discapacidad podemos distinguir tres fases fundamentales:

1.-La constitución española de 1978, con una visión nueva, contempla a la persona con discapacidad como ciudadano con derechos en el artículo 49. Precepto pendiente de modificación en la terminología utilizada "disminuidos".

2.-El nuevo enfoque constitucional exigió una profunda reforma del CC, la cual tuvo lugar con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de la que destaco que, intentó resolver algunos de los problemas anteriores, diversificó las instituciones tutelares para que pudieran adaptarse al caso concreto y cambió por el sistema tradicional germánico de tutela de autoridad, confiriendo al juez la dirección y el control superior de la tutela. Y posteriormente, la reivindicación social de autotutela tuvo respuesta legislativa con la Ley 41/2002 de 14 de noviembre de autonomía del paciente, revolucionaria, en su materia especifica, trasladando las decisiones en materia de salud del facultativo al paciente; y la Ley 41/2003 que contempla la posibilidad de otorgar poderes preventivos y elegir a la persona que habría de desempeñar el cargo de tutor si fuese preciso su nombramiento, en documento notarial. Destaco el acierto de ambas Leyes de reconocer que, en la realidad social, la mayoría de las personas que, con arreglo al Derecho entonces vigente, deberían estar incapacitadas, ni lo estaban ni lo iban a estar, y trata de dar una solución.

3.-La ratificación por España con efectos del día 3 de mayo de 2008, según instrumento de ratificación publicado en el BOE 96, de 21 de abril de 2008, (la Unión Europea en 2010) de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 SP/LEG/27401.

Desde la ratificación de la Convención por España hasta la Ley 8/2021 se han realizado reformas legislativas importantes para mejorar las condiciones de vida de este colectivo, en aras del reconocimiento de su dignidad personal y disfrute de sus derechos fundamentales, para superar las barreras tradicionales y promover su integración social, para implantar los principios de la Convención de entre las que podemos destacar:

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, sobre igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que introdujo modificaciones en materia laboral, salud e incluso modifica la Ley de Propiedad Horizonta.

RDL de 29 de noviembre de 2013 aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Se recogen los principios de la Convención para aplicarlos a distintos aspectos de la vida social y administrativa.

Ley 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal:

- actualización de los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad.
- modificación en la esterilización acordada por órgano judicial, que se circunscribe a supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos

Ley 15/2015, de 2 de julio de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, permite el matrimonio a las personas con discapacidad dando nueva redacción al artículo 56 del CC que queda redactado del siguiente modo:

«*Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código.*

El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o de los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que

alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento"

Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones.

Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

Y, por último, **la Ley 8/2021** que es el resultado de un largo proceso de elaboración que se remonta al mandato hecho por el Ministerio de Justicia a la Comisión General de Codificación en 2015 con objeto de iniciar los trabajos para modificar la legislación civil estatal para cumplir el mandato del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad en su "*artículo 12. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida".*

La ley 8/2021 es una reforma histórica que se debe fundamentalmente, al impulso del Comité Español de representantes de Personas con discapacidad (Cermi); a la coordinación y la unidad de la discapacidad y el esfuerzo invertido por amplios sectores sociales y jurídicos, como la Fundación Aequitas del Notariado español. Y destaca Luis Cayo Pérez, presidente del Cermi, que ha recibido el impulso político de tres titulares del Ministerio de Justicia y de sus equipos de signo político distinto; se sitúa pues más allá de visión partidista, tantas veces angosta. También destaca Boadella (PDeCAT) "*el buen entendimiento alcanzado por todos los grupos políticos en esta materia. Este consenso es política con mayúsculas*".

Antonio Pau Pedrón, presidente de la sección primera de derecho civil de la Comisión General de Codificación (10) apunta que desde la incorporación al ordenamiento jurídico español de la CDPD en 2008 hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 en septiembre, han coexistido dos regulaciones, destacando que algún sector de la doctrina, incluso el Tribunal Supremo, afirmaba que podían coexistir sin necesidad de modificar la Ley. Pero, Pau Pedron opina que era necesario una reforma de mayor calado en nuestro CC y no limitarse a cambiar la terminología utilizada, destacando los siguientes principios de la reforma de la Ley 8/2021:

1. Reconocimiento amplio a la autorregulación;
2. Preferencia de las medidas voluntarias;
3. Posibilidad de coexistencia de la autorregulación con las medidas judiciales;
4. No control judicial de las medidas voluntarias;
5. Reconocimiento al guardador de hecho, que solo precisa autorización judicial para actos concretos;
6. Curatela graduable;
7. Revisión periódica de las medidas judiciales, temporalidad de las medidas de apoyo;
8. Eliminación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada;
9. La resolución judicial nunca puede ser privativa de derechos;
10. En el ámbito procesal, alejarse de la condición de demandado de la persona con discapacidad y establecer un régimen de colaboración;
11. Supremacía del interés de las personas con discapacidad; no discriminación; respeto de sus decisiones;
12. Necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo;
13. Apoyo desinteresado y leal, por lo que hay que evitar conflictos de intereses e influencias indebidas.

Se hace imprescindible pasar de un modelo descrito en los términos del despotismo ilustrado "*todo por la persona con discapacidad psíquica, pero sin la persona con discapacidad psíquica*" (Martínez Anguita) a otro donde

la persona con discapacidad ocupe el papel protagonista de su propia vida. Como gráficamente afirma Benigno Varela, magistrado emérito del Tribunal Supremo "*se ha cambiado la camisa de fuerza por el traje a medida*".

No obstante, como destaca Carlos Marín (12) aunque el compromiso es del Estado Español de adaptar el ordenamiento interno a la Convención, no constituye una ley básica en materia civil, por lo que las Comunidades Autónomas con capacidad normativa desarrollaran su propio programa de apoyos, en implementación del Convenio de Nueva York de 2006. Especialmente su artículo 12. Es de desear que los principios básicos de la reforma se extiendan a todos los derechos internos.

La existencia en España de diferentes sistemas civiles exige para determinar cuál es de aplicación, la utilización de la norma de conflicto establecida en el art.9, 6 del Código Civil, sobre las medidas de apoyo, y que conduce, como punto de conexión, a la de la residencia habitual de la persona necesitada de apoyo, a pesar de que las cuestiones de capacidad según el art. 9.1 se remite a la ley personal, pero hemos de entender que desaparecida la distinción capacidad jurídica/capacidad de obrar, resulta aplicable el 9,6 pues es especifico de las medidas de apoyo.

III.- ACTUACIÓN DEL NOTARIO: EL CONSENTIMIENTO COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD DE CUALQUIER PERSONA CON O SIN DISCAPACIDAD

a) Consentimiento valido: intereses en juego.

El notario ha de comprobar la voluntad en la prestación del consentimiento en cualquier acto o negocio para el que reclamen su ministerio, como señala el artículo 17 de la Ley del Notariado *"las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y negocios jurídicos de todas clases"*.

Como señala mi compañero de Madrid, Segismundo Álvarez Royo-Villanova (13), *la nueva Ley 8/2021 "hace de la voluntad de la persona con discapacidad el eje de su actuación en la vida jurídica*", así se pone de manifiesto en su exposición de motivos "*Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de decisiones que afectan a la persona con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones*".

Pero, para que el consentimiento, que es la manifestación de la voluntad, que preste cualquier persona, con o sin discapacidad, sea válido para un acto concreto, ha de prestarse:

- **libremente**, sin estar mediatizado por un tercero (es nulo el consentimiento prestado con violencia o intimidación art. 1267 CC), por eso la nueva Ley prohíbe la influencia indebida;

- **y con conocimiento del objeto** sobre el que se presta (por eso el error también anula el consentimiento), es decir, ha de ser un consentimiento informado.

Siguiendo a Rodrigo Tena Arregui (14), "*toda regulación jurídica pretende encontrar un compromiso idóneo entre los distintos valores o intereses en juego en el sector objeto de dicha regulación*" y en el ámbito de la discapacidad son fundamentalmente tres:

la dignidad de la persona;
la protección de la vulnerabilidad de la persona con discapacidad;
y la seguridad del tráfico jurídico.

En la regulación de la legislación hoy derogada, se priorizaba la protección de la persona incapacitada y la seguridad jurídica. De modo que, en las notarías, como señala mi compañero Carlos Marín Calero (15) "*los servidores de tales oficinas se habían esforzado principalmente en detectar la discapacidad en los potenciales futuros otorgantes y precisamente para impedirles que lo fueran*". Cuando una persona solicitaba el otorgamiento de una escritura, si se apreciaba alguna discapacidad intelectual, se les preguntaba si estaba incapacitado judicialmente y la actuación del notario se realizaba del modo siguiente:

a) Si la respuesta era afirmativa, el Notario negaba su actuación basándose en el anterior art. 1263 del CC "*No pueden prestar el consentimiento: 2º Los incapacitados"* y el notario no volvía a ver al incapaz (coloquialmente hablando, se le metía en el armario), siguiendo todas las actuaciones posteriores con el tutor o con los padres como titulares de la patria potestad prorrogada y nos ajustábamos en nuestra actuación al contenido de la resolución judicial. Como decía mi compañero Rafael Leña *"todo para el discapacitado, pero sin él"*.

b) Si el compareciente no estaba judicialmente incapacitado, el notario comprobaba si para el acto concreto tenía suficiente discernimiento, recabando información de las personas que lo acompañaban y teniendo, normalmente a solas, una conversación con la persona afectada, comprobaba si tenía

aptitud suficiente para conocer las consecuencias del negocio y prestar el consentimiento, de modo que ella sola, sin los apoyos que pudiera utilizar en su vida ordinaria (y que ahora la Ley le permite ejercer su derecho a utilizar apoyos), tenía que formar y expresar su voluntad. Si el notario apreciaba que no tenía discernimiento suficiente, negaba su ministerio (basando la negativa en la falta de consentimiento conforme al art. 1261 del CC y art. 17 bis LN "*…el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes*", e informaba de la necesidad de incapacitación judicial.

Es verdad, que en anteriores reformas se ha hecho un esfuerzo importante, y hay que resaltar la función de los jueces, para adaptar la modificación de la capacidad a la situación real de cada persona, intentando limitar lo menos posible su capacidad.

Por el contrario, en la nueva regulación, se da prioridad al respeto a la dignidad de la persona; ya no existe la incapacitación, toda persona discapacitada tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, no solo para ser titular de derechos, sino también para que pueda ejercerlos, precisando, en su caso, apoyos en la formación o expresión de su voluntad. Y así el nuevo artículo 246 dispone "*El mayor de edad puede realizar todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este código*".

La Circular informativa 3/2021 del Consejo General del Notariado, a que antes me he referido, establece "*…la dignidad de la persona exige, siempre que sea posible, que no se sustituya su voluntad, deseos y preferencias por decisiones ajenas y, en todo caso, evitar la discriminación por causa de discapacidad.…Solo se podrá denegar el otorgamiento si la persona de que se trate "no puede expresar o conformar su voluntad ni aun con la ayuda de medios o apoyos para ello (art 663 CC) o cuando después de haber hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar su voluntad, deseos o preferencias (art. 249 CC)*".

b) Pautas para comprobar la voluntad del otorgante.

La función del notario, siendo la misma, ha de ajustarse a las nuevas pautas recogidas en la ley. Los artículos 249 y siguientes del CC, y el artículo 17 bis de la LN (este último no ha cambiado su redacción), nos da como principales: atender a la *voluntad, deseos y preferencias* de la persona con discapacidad.

Como señala mi compañero Rodrigo Tena Arregui (14), el tenor literal del artículo 249 *nos recuerda a los criterios utilizados por la Mental Capacity Act británica del año 2005, apoyados por una serie de prácticas idóneas para dilucidarlos adecuadamente, que luego especifica con bastante detalle, siguiendo el modelo típico de la legislación anglosajona. Así, en ella, se determina que la persona discapacitada es la que no puede tomar una decisión por sí misma (art 2), y no puede hacerlo quien incurra en uno de estas cuatro circunstancias (art 3):*

1º Si no es capaz de ***entender*** *la información relevante a los efectos de la decisión.*
2º Si no es capaz de ***retener*** *esa información.*
3º Si no es capaz de ***integrar, utilizar o sopesar*** *dicha información en el proceso de decisión.*
4º Si no es capaz de ***comunicar*** *esa decisión*

En cuanto a la primera, **entender la información**, supone que la persona con discapacidad comprende el acto concreto y sus consecuencias. Mi compañero Ricardo Cabanas Trejo (16), destaca "*la comprensión es un proceso intelectivo interno al cual el notario no accede (tendríamos que hacer un test, como en las actas de transparencia en los préstamos hipotecarios introducido por la Ley 5/2019) El notario, solo dispone de las manifestaciones del mismo interesado y de los indicios sobre su capacidad y entendimiento, que le proporciona haber interactuado con él durante la lectura del instrumento (atendidas las circunstancias de los comparecientes art. 193 II RN)*". Para ello, el Código de Práctica de la *Mental Capacity Act* aconseja hacer preguntas que no se respondan con un sí o un no. Destacando mi compañero Carlos Marín (17), que, en muchos casos, una persona con discapacidad, a pesar de explicarle sigue sin entender, necesita sentirse cómodo con la decisión

que toma con la ayuda de su apoyo, aunque no comprenda del todo, hay una dependencia para tomar decisiones, está acostumbrado a vivir con apoyos. La persona que presta el apoyo debe informarla, ayudarla a comprender, a razonar y decidir, sugiriéndole, aconsejando e incluso persuadiéndole, con el límite de la influencia indebida. No necesita una comprensión autónoma después del apoyo, el apoyo está fundido con su propia voluntad, el jurista ha de apreciar el resultado final. Y, yo añado que es lo mismo que ocurre en negocios mercantiles, en que el empresario viene acompañado de su asesor, que es quien conoce los aspectos secundarios o de detalle que constituyen el soporte de lo principal, pero es el empresario quien presta el consentimiento sin comprender en su totalidad, pero que ningún jurista duda de la validez de su consentimiento. O las personas con poca cultura que han podido dar a sus hijos unos estudios, no quieren decidir nada sin estar sus hijos presentes y que se les explique a sus hijos, y tampoco dudamos de su capacidad. Toda persona tenga o no discapacidad tiene derecho a utilizar los apoyos que elija y, con la Ley 8/2021, si tiene discapacidad tiene derecho a solicitar los apoyos de cualquier autoridad, entre ellos del notario.

De las conferencias on-line que presencié, destacaban algunos ponentes, que eran trabajadores sociales, la necesidad de entablar una conversación distendida con la persona con discapacidad, creando cercanía y confianza, preguntar por las personas importantes de su vida, sean o no las que le han acompañado, formular preguntas y repetirlas de forma diferente para comprobar lo que quiere, preguntar si acude a alguna asociación o algún centro y pedir informes a los asistentes o trabajadores sociales que le asisten, preguntarles por su vida ordinaria. Toda esta investigación no vulnera la Ley de protección de datos, pues está justificada por los fines profesionales (artículo 8 LO 3/2018, de 5 de diciembre, y 6,1, c) del Reglamento UE 2016/679).

La Circular 3/2021 del Consejo General del Notariado prevé que el notario pueda pedir: información sobre las condiciones de vida y el entorno familiar o de convivencia de la persona, la calificación administrativa de la discapacidad, entrevistarse con su cónyuge o pareja o quienes convivan con ella,

familiares cercanos y entidades del tercer sector con las que guarden relación, y la colaboración de expertos para facilitar la comunicación o informes de servicios sociales u otros profesionales.

Respecto la segunda, **retener la información**, es especialmente importante en las personas mayores, que en muchos casos tienen problemas de memoria. La *Mental Capacity Act* advierte *"el hecho de que una persona sea capaz de retener la información relevante para una decisión sólo durante un breve periodo de tiempo no impide que se le considere capaz de tomar una decisión"*. Lo importante es apreciar la voluntad en el concreto momento del otorgamiento, aunque no lo retenga a largo plazo. Así, en nuestro derecho, el art. 663 se refiere "*en el momento de testar*". No obstante, advierte Segismundo Álvarez Royo-Villanova, "*habrá de ponderarse en función del negocio que se pretende realizar, pues si va a tener consecuencias directas para la persona con discapacidad en el futuro (un préstamo a largo plazo, por ejemplo), creo que no se debe autorizar si su situación de memoria a corto plazo no le permitirá acordarse más adelante*".

En cuanto a la tercera, relativa al **uso de la información**, puede tratarse de una persona con una afección psiquiátrica que le lleve a disociar la razón de la actuación. Por ejemplo, una persona con ludopatía puede comprender que está vendiendo por un precio muy bajo, pero, su impulso por el juego, le lleva a realizarlo, lo que deberá advertir el notario en su examen previo con el otorgante o con las personas que le acompañen.

Pero en este proceso de comprensión, retención y utilización de la información o datos para tomar una decisión, hasta ahora, la Ley exigía adecuarla a la protección del interés superior de la persona afectada. La Ley 8/2021 prescinde del principio de protección del interés superior de la persona con discapacidad, a partir de ahora como señala el art. 249 CC "*las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. En casos excepcionales, cuando pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este*

caso en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación".

Por último, volviendo a los criterios de la Ley británica, que pueden sernos útiles, en cuanto al cuarto de **comunicar la decisión**, en los supuestos de discapacidades físicas o sensoriales el último párrafo del artículo 25 de la LN se refiere a una serie de apoyos técnicos para que puedan superar estas barreras "*Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, estas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso*". El notario está obligado a permitir el uso de estos medios técnicos, pero no está obligado a proporcionarlos (a diferencia de lo previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria artículo 7 bis. "*Ajustes para personas con discapacidad …2…b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación de las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas*".

Al notario no le basta comprobar que se den esas cuatro circunstancias citadas, sino que ha de favorecer el proceso de toma de decisión; no se limita al juicio posterior a la formación del consentimiento, sino que es inseparable ese consentimiento del proceso de su formación que incluye la prestación de apoyos, por el notario y en su caso por terceros. Así se deduce del articulo 665 CC "*…El Notario procurará que la persona 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" y en la disposición transitoria tercera de la Ley "…el Notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella*

(el otorgante) desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias"

Toda esta actividad de explicación e indagación de la voluntad de la persona con discapacidad, y el apoyo en la formación y expresión de su voluntad, no podrá hacerse siempre solo por el notario, sino que podrán intervenir especialistas en la materia. Así, la circular 3/2021 del CGN se refiere, tanto a los apoyos materiales o técnicos del artículo 25 de la Ley del Notariado, antes transcrito, como a los apoyos humanos "*Se trata de una lista abierta que abarca apoyos materiales o técnicos y apoyos humanos: el intérprete, por ejemplo, pero también aquellas personas que tengan una relación con la persona con discapacidad que incrementen su confianza o que le ayuden a superar las dificultades de comunicación que pueda tener…el notario podrá solicitar:*

Información particular sobre sus condiciones de vida, o sobre su entorno familiar o de convivencia…
Pedir calificación administrativa de la discapacidad y con ella su programa de atención individual (PIA)
Entrevistarse con su cónyuge o pareja o quienes convivan con ella, familiares cercanos, así como con las entidades del tercer sector con las que guarde relación.
Solicitar informes de un profesional experto a modo de facilitador …
Y, por supuesto, propondrá aquellas salvaguardias que considere necesarias…"

c) Derecho a equivocarse o renunciar a los apoyos.

Entre las muchas dudas que plantea la nueva Ley, se cuestiona si la sustitución de la protección del interés superior de la persona con discapacidad por su voluntad, deseos y preferencias, ampara el llamado *"derecho a equivocarse"* y el "*derecho a rechazar cualquier apoyo"*, incluso los establecidos por la propia persona con discapacidad. En este sentido escribe Miguel Pasquau Liaño (18) respecto a la legislación anterior y el proyecto de reforma, "*a quien no ha sido incapacitado judicialmente, nadie le puede impedir votar por razones absurdas,*

ni casarse con una persona poco adecuada, ni tomar decisiones de compra y venta caprichosa….lo cierto es que nos equivocamos (y arrepentimos) muchas veces… el incapacitado, en cambio, en la regulación actual (refiriéndose a antes de la reforma), queda expuesto a las equivocaciones de sus guardadores, y no a las suyas propias…. para protegerlo, se le deja al margen….Este es, el aspecto que da más vértigo, porque aquí sí hay un cambio de paradigma cultural: la convicción de que merece la pena, por ser globalmente más beneficioso (aunque en ocasiones puntuales pueda resultar perjudicial) que una persona con diversidad funcional siga hasta el límite de lo posible, y con apoyos, dirigiendo su propia vida, incluyendo la posibilidad de cometer errores. No desaparece la idea de protección, que se agudiza a medida que la discapacidad es más inhabilitante; la novedad consiste en el máximo respecto posible a las preferencias, deseos, valores y trayectoria personal del discapacitado. Allí donde éste tenga un sustrato de voluntad, el curador o el guardador debe ayudarle a decidir, y no decidir por él, ni vetar decisiones claramente queridas por el mismo por el sólo hecho de que el cuidador no las considere las más convenientes. De este modo, el discapacitado no es simplemente un sujeto pasivo de atenciones y cuidados, sino que (salvo casos extremos) sigue siendo sujeto responsable, lo que contribuye a su propio progreso personal y a su inclusión social". Almudena Castro afirma que, más que derecho a equivocarse, tiene el derecho a tomar una decisión. Para Rodrigo Tena, el hecho de que la decisión sea equivocada puede ser indicio de un fallo en el proceso de formación de la decisión. Esto debería llevar a volver a presentar la información o a pedir informes para asegurarse, no tanto de que la decisión es correcta, sino de que existe un auténtico consentimiento libre e informado, y en su caso intensificar los apoyos.

Monserrat Pereña Vicente (19), destaca que, aunque la CDPD no consagra el derecho a equivocarse, pero si la Observación General nª1, y sin embargo, no lo recoge ni el preámbulo de la Ley ni su articulado, incluso el preámbulo establece "*basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones*", pero del conjunto de la regulación, y especialmente la restringida legitimación para impugnar los actos sin apoyos, "*cuando existan y sean precisos*" (artículo 1302) y la reiteración con que se impone el respeto de la voluntad, concluye Pereña

Vicente, que el resultado es muy similar a si lo hubiera incorporado, aunque su opinión es que el legislador se equivoca, pues ha pasado de un extremo, el que ignoraba por completo la voluntad de la persona, a otro extremo, que ignora por completo el mejor interés, renunciando a la búsqueda de un modelo más equilibrado entre autonomía y protección. Para Pereña Vicente, aunque la Ley no lo contemple como criterio preferente, no lo excluye expresamente.

Por el contrario, Vanessa García Herrera (20), de forma contundente, rechaza el derecho a equivocarse, partiendo de que el Comité parece contemplar el derecho de no acceder al apoyo, que para ella significa que la persona, si así lo decide, puede no establecer ninguna medida de apoyo en previsión de necesitarlo en ejercicio de su capacidad jurídica, y sería el Juez el que la concretaría o establecería si la precisara, y si se opone tendrá el valor de oposición a la demanda deviniendo el proceso contencioso; lo que es muy distinto que, entender que puede rechazar y oponerse al apoyo como manifestación de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), pues esa interpretación choca con el principio constitucional del art. 49 de la CE que impone a los poderes públicos el deber de llevar a cabo "*una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que se prestará la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*" pues al ser un principio de orden público no cabe una renuncia previa al derecho a recibir apoyos, pues, el artículo 6,2 del CC dispone que la renuncia solo será válida cuando no contrarie el interés u orden público ni perjudique a terceros.

Pero, a mi juicio, siguiendo a la Convención, la finalidad del apoyo no es lograr que la persona con discapacidad adopte una decisión acertada o que sea lo más conveniente para ella, sino alcanzar una comprensión de la decisión, por lo que, si una persona es consciente de la decisión adoptada, el Notario no puede denegar su autorización, sin perjuicio de que en su caso se intensifiquen los apoyos y, si la persona con discapacidad los rechaza o su

decisión es contraria a la de la persona que presta el apoyo, los legitimados para ello soliciten judicialmente la adopción de las medidas pertinentes.

En el mismo sentido, Carlos Marín, afirma que "*la persona con discapacidad no está obligada a actuar con acierto ni se le puede negar el ejercicio por sí misma de su capacidad de obrar hasta tanto adopte una buena decisión, a juicio del notario. La falta de criterio adecuado sobre la oportunidad del acto o negocio a realizar, el desconocimiento de alguna de sus consecuencias jurídicas o de algunas de las obligaciones inherentes a la situación creada por su celebración, así como el riesgo o la evidencia de que producirán resultados antieconómicos no será nunca motivo para prescindir de las preferencias de la persona con discapacidad, sino, por el contrario, para incrementar la intensidad de los apoyos que ha de recibir*".

No constando la existencia de apoyos obligatorios, la capacidad negocial se presume en toda persona, también en la que tiene discapacidad, y siempre que su consentimiento sea suficiente, el notario no puede negarle su ministerio por razón de su discapacidad. *El apoyo*, siguiendo a Carlos Marín, *es un derecho y no un deber. La discapacidad, por sí sola, no implica la obligación de recibir apoyo, pues la persona con discapacidad tiene derecho a ejercer su capacidad en las mismas condiciones que las demás y ese apoyo no se impone a ninguna otra categoría de personas. La persona con discapacidad que no tenga establecido un régimen de apoyos obligatorios no tiene por qué identificarse como tal y tiene derecho a no utilizar regímenes supuesta o realmente protectores que la ley pueda prever para ella*".

d) Situaciones posibles:

A modo de conclusión, en la comparecencia ante notario de personas con posible discapacidad, habrá que normalizar el uso de los apoyos, evitando que con *"el quedarse a solas"* se le impida conformar o configurar su voluntad con el apoyo de terceros. Podemos distinguir las siguientes situaciones:

- Si comparece una persona alegando discapacidad, si existen apoyos obligatorios o también llamados forzosos, no puede prescindir de ellos, sean

judiciales o voluntarios, sin perjuicio de que pueda utilizar además otros apoyos informales o voluntarios que concurran con los obligatorios.

Y, si han sido configurados por el propio discapacitado, habrá de ajustarse a lo dispuesto por él, pero también podrá modificarlos si presta consentimiento suficiente, pero son de uso obligado mientras estén en vigor. Para calificar de suficiente el consentimiento que preste, no se debe separar la voluntad propia de la persona con discapacidad y la de la persona que le asiste o le apoya.

Si se trata de curatela representativa conforme al artículo 269 del CC, habrá que estar a los actos que la resolución judicial indique ejercer la representación, acompañando la autorización judicial si se trata de alguno de los supuestos del artículo 287, y aunque el régimen de apoyos sea representativo, creo, siguiendo a Carlos Marín, que el notario debe aconsejar la presencia de la persona con discapacidad, para comprobar si con los apoyos podría participar en la actuación de que se trate; si la curatela es asistencial, quien interviene y debe prestar el consentimiento es la persona con discapacidad, pero con el apoyo necesario, pero el acto no podrá otorgarse en contra de la voluntad manifestada de la persona con discapacidad.

Los apoyos obligatorios han podido ser configurados por el disponente a título gratuito (artículo 252 CC), en cuyo caso habrá de respetarlos, solo respecto de los negocios relativos a los bienes recibidos en la donación o herencia, en este caso, no se refiere la ley a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad lo que ha sido criticado por algún sector de la doctrina.

- Si el compareciente alega su discapacidad, el notario habrá de comprobar que no existen apoyos forzosos con la consulta al Registro Civil cuando sea técnicamente posible. Careciendo de apoyos formales, el notario podrá pedir información sobre sus circunstancias de vida, con el fin de conocer mejor su voluntad, deseos y preferencias. Proporcionará a la persona con discapacidad, explicación simplificada de los actos o negocios de que se trate, asesorará

sobre los medios de defensa de sus intereses de que puede disponer, incluida la defensa de un letrado y, en su caso, del beneficio de justicia gratuita que le pueda corresponder, prestará apoyo institucional, e informara del derecho que le asiste de designar los apoyos de su libre elección. Pero corresponde al notario, calificar la corrección del apoyo, evitando el abuso e influencias indebidas, y la suficiencia de la voluntad de la persona con discapacidad. Como señala el preámbulo de la Ley, la situación más frecuente será la de que la persona con discapacidad recibe apoyo informal, lo que la Ley denomina guardador de hecho, generalmente de su círculo familiar o de su entorno, que, prestará apoyo asistencial, y solo necesitara autorización judicial si su actuación es representativa, es decir, si a pesar de su apoyo, la persona con discapacidad no puede formar o comunicar su voluntad. El guardador de hecho no necesitara autorización judicial para los actos jurídicos señalados en el párrafo tercero del artículo 264 *de escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar*.

- Si el compareciente, a pesar de su apariencia, no manifiesta su discapacidad y el notario comprueba que no tiene configurados apoyos formales, el notario no podrá indagar sobre su discapacidad, y prestará su ministerio si la persona puede prestar consentimiento suficiente, con el apoyo del Notario y el/los de la/s personas que él designe.

Si el notario aprecia que no puede prestar el consentimiento, debe poder en conocimiento de la autoridad judicial la conveniencia de apoyos obligatorios.

Situación complicada es la que se produce, como he explicado antes, si la persona quiere prescindir de sus apoyos, pues siguiendo los criterios de la Convención el apoyo es un derecho, y como tal renunciable. Pero el Tribunal Supremo, hasta ahora, no sigue ese criterio, como claramente se muestra en la primera sentencia dictada después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 STS 589/2021 de 8 de septiembre que literalmente dice "*Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe causa que lo*

justifique (…) pues la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad (…) está justificada la adopción de medidas asistenciales, (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aún en contra de la voluntad del interesado."

IV.- DOCUMENTOS PÚBLICOS QUE TIENEN POR CONTENIDO LA REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD DE UNA PERSONA:

a) Introducción.

En la evolución del derecho privado, desde mediados del siglo XX, se ha producido una doble alteración en los ámbitos de autorregulación de los propios intereses, como destaca el notario Juan José López Burniol (21). Tradicionalmente la esfera patrimonial estaba presidida por el principio de autonomía de la voluntad, principio al que se han introducido limitaciones a causa de un creciente intervencionismo público; por el contrario, en el ámbito del derecho de la persona y de familia, en el que estaba excluida la autonomía de la voluntad por razón de orden público, sin embargo, han aumentado las posibilidades de autorregulación. Siguiendo esta línea, 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, introduce la auto-tutela y los poderes preventivos, fundamentalmente para dar solución a los problemas derivados del aumento de la expectativa de vida; aumento con el que aparecen dolencias asociadas a la vejez que hacen poco operativo el sistema legal de protección de la incapacidad a través de la tutela y la incapacitación judicial previa; pero dicha reforma se llevó a cabo con unos cambios mínimos del CC, sin hacer una regulación completa de ambas figuras, sino que se limita a retocar los artículos 223, 234 y 1732 del código civil. Posteriormente la Ley 1/2009, de 21 de marzo, introduce la necesidad de inscripción en el Registro Civil del apoderamiento preventivo.

De modo que, no se parte de cero en la regulación voluntaria de la discapacidad, por lo que tendremos que aprovechar la experiencia adquirida y los criterios jurisprudenciales en lo que sea compatible con la nueva Ley.

Además, como destaca María Paz García Rubio (22), la reforma se aparta del modelo patrimonialista propio de códigos civiles decimonónicos, que contemplaban a la persona como sujeto de derechos patrimoniales; ahora se atiende a la persona en su integridad, al conjunto de sus derechos, tanto personales como patrimoniales, tomando decisiones como sobre dónde y con quién vivir, y no solo como comprar, vender o pedir un préstamo, "*porque denota que el Derecho Civil puede ser un instrumento eficaz de tutela de los derechos humanos y no sólo un expediente técnico para regular el mercado y las relaciones patrimoniales entre sujetos privados*".

Podemos distinguir tres negocios jurídicos diferentes, sin perjuicio que se puedan incluir en un mismo documento o en documentos diferentes, pues pueden coexistir:

1.- MEDIDAS DE APOYO
2.- PODER PREVENTIVO
3.- AUTOCURATELA

b) Personas destinatarias de las medidas de apoyo.

Antes de entrar en el estudio de cada una de estas medidas, con el fin de utilizar la medida de apoyo más adecuada, hemos de plantearnos que se entiende por discapacidad a la que van dirigidas las medidas de apoyo.

Hasta la Ley 41/2003, el concepto de la discapacidad solo había sido tratada en el ámbito del Derecho Público, en el Derecho Administrativo, comprendiendo la situación de la inmensa mayoría de las personas que, con arreglo al derecho civil entonces vigente, podrían o deberían ser incapacitadas y ni lo estaban ni previsiblemente lo fueran a estar nunca. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa Tributaria, introdujo por primera vez en el ámbito del Derecho Civil o Derecho Privado el concepto de discapacidad, pero con la definición en su artículo 2,2 introduce un concepto más amplio que la incapacitación

civil, entendiéndose como una situación de hecho que no precisa de una declaración formal de carácter constitutivo, y atiende a criterios puramente médicos *"A los efectos de esta Ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:*

a) Las que presenten una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento.
b) Las que presenten una discapacidad física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

La Convención de Nueva York, en su artículo 1 incluye entre las personas con discapacidad *"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*."

Para Monserrat Pereña (23), los destinatarios de la Ley 8/2021 no son las personas con discapacidad en general, sino aquellas a las que la discapacidad afecte al ejercicio de su capacidad jurídica, para lo que haga preciso poner en marcha una medida de apoyo y, aclara, que aunque el preámbulo de la Ley se refiere a apoyo en un sentido genérico, incluyendo aquellos que facilitan la exteriorización de la voluntad, que están más próximos a la actuación de un intérprete de lengua extranjera que a un apoyo, sin embargo, las medidas de apoyo que el artículo 250 enumera son las que precisa una persona para el ejercicio de su capacidad jurídica, cuando la discapacidad afecta, precisamente, al proceso de toma de decisión.

Afirma Carlos Marín (24), que, aunque la Convención deja abierto el concepto de discapacidad, se dirige a un colectivo particular, el de las personas con una discapacidad intelectual que pudiéramos llamar habitual (como por ejemplo el síndrome de Down), que es propia de personas jóvenes (en la mayoría de los casos nacen con ella, aunque la pueden provocar ciertos accidentes). Estas personas, en los últimos cuarenta o cincuenta años, están intentando, y en gran medida consiguiendo, con su loable y enorme esfuerzo,

con el apoyo de sus familias, educadores y preparadores, integrarse en la sociedad y llevar una vida que podríamos llamar "normal", anhelando una vida cada vez con más autonomía y, relativamente, independiente. Estas son las candidatas perfectas a las medidas de apoyo. Sin embargo, la Ley 8/2021, bajo la justificación de estar dando cumplimiento a la Convención, amplia mucho más el circulo de beneficiarios, aplicando el mismo tratamiento y las mismas soluciones, a otros colectivos que incluyen a personas que también sufrían injustos problemas en el ámbito del derecho civil. Siguiendo a Carlos Marín, la Ley amplia el ámbito de aplicación a las siguientes:

- Al colectivo de aquellas personas que padecen trastornos del comportamiento, provocados por adicciones, ludopatías o consumismo, que se manifiestan en su dificultad de controlar sus propios asuntos económicos, a los que será útil las medidas de apoyo, pero siempre que se configuren como obligatorios o preceptivos.

- A otro colectivo, quizás más numeroso, el de personas que, como consecuencia de la prolongación de la esperanza de vida y el envejecimiento, sufren una progresiva disminución de sus facultades mentales, con enfermedades degenerativas mentales o demencias (como el Alzhéimer). No parece adecuado a este último colectivo aplicarles las medidas de apoyo, a la que no están acostumbrados, y que su desarrollo natural no es adquirir más autonomía e independencia, lo que necesitan es, personas que tomen decisiones por ellas, aunque respetando los criterios que el poderdante especifique y en su beneficio, cada vez con menos o ninguna participación, por lo que la medida apropiada serán los poderes preventivos o curatela representativa. Medidas representativas que en realidad la convención no prohíbe, porque no es a estas personas a las que se dirige.

- Y, al colectivo de las personas que padezcan otras enfermedades mentales, que, aunque pueden llevar una vida normal, la pueden alterar por trastornos ocasionales que les lleva a perder el contacto con la realidad o a errores de

juicio, o aquellas que se encuentran en situación de dependencia emocional. Dada la diversidad de casos, las medidas apropiadas serán distintas.

c) Disposiciones comunes a todas las medidas de apoyo.

La Ley establece, común a cualquiera de las medidas de apoyo, los principios recogidos en el capítulo I "las disposiciones generales" del título XI del Libro primero, artículos 249 a 253, que, son los siguientes:

1.- Prioridad de las medidas voluntarias, pues las judiciales solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. (artículo 249 "*Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate*"

2.- Que "*Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera*."; y que se sustituya la voluntad de la persona con discapacidad lo menos posible en la toma de decisiones, lo que tendría lugar con el poder preventivo. Cuando haya que sustituir su voluntad dispone el párrafo tercero del artículo 249 "*En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación*"; especialmente en deterioros cognitivos de adultos.

3.- Que el ejercicio del apoyo se ajuste a los principios de proporcionalidad y necesidad como prescribe el artículo 249, teniendo como finalidad el desarrollo de su personalidad, fomentando "*que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro*".

4.- En la actuación del que presta el apoyo señala el artículo 250 "*se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia*

indebida" lo que nos plantea hasta qué punto el notario ha de averiguar para dejar rastro en el documento o denegar la autorización.

La noción de conflicto de intereses es conocida en la práctica notarial y judicial. Si surgiera un conflicto de intereses después de la designación del apoyo y es ocasional, habrá que solicitar la designación de un defensor judicial (artículos 295 a 298).

Sin embargo "*la influencia indebida*" es un concepto que introduce la Ley 8/2021. Carlos Marín Calero elaboró una lista de supuestos que son indicadores de que pueda haber riesgo de abuso o influencia indebida (25).

5.- Que se adopten "medidas de salvaguardia" que sean adecuadas y efectivas para: asegurar el respeto a los deseos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad; prevenir los abusos; y las influencias indebidas, no solo de la persona que presta el apoyo sino también de terceros. Dentro de estas salvaguardias, establece la Ley una prohibición en el último párrafo del artículo 250 del CC "*No podrán ejercer ninguna medida de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo*". Precepto que ha sido criticado por la mayor parte de la doctrina. Para Isidoro Lora Tamayo, el precepto es discriminatorio, y sin perjuicio de que, cree que hay argumentos para entender que solo es aplicable a las medidas judiciales y no a las voluntarias, apoyándose en la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia* a la que se remite la Ley 8/2021 al tratar de dar un concepto de discapacidad (artículo segundo.- sesenta y siete por el que se modifica la disposición adicional cuarta del CC), opina que la prohibición solo es aplicable a los que en virtud de la relación contractual ayuden a la persona con discapacidad a realizar actividades básicas de la vida diaria de forma continua o varias veces al día, pero no comprende, por ejemplo el abogado que le asiste en determinados asuntos con el que tiene contratada una asignación periódica. En el mismo sentido, Alfonso Madridejos, opina que contraviene la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad,

por lo que hay que interpretarla restrictivamente, limitando la prohibición en los apoyos voluntarios a los que ayuden en las necesidades básicas, no a la asistencia en el ejercicio de su capacidad; o entender limitada a las medidas judiciales. Almudena Castro entiende que, la prohibición tiene por finalidad evitar conflicto y, a su juicio, no afecta a las medidas voluntarias, que ha sido un olvido del legislador. Igualmente, Carlos Marín Calero, destaca que esta limitación no afecta a las personas sin discapacidad por lo que considera que es una discriminación proscrita por la Convención, por lo que debe interpretarse restrictivamente, y propone no aplicarla a aquellas que presten asistencia a la persona con discapacidad en su propio domicilio, ni al personal no directivo de los servicios sanitarios de salud o de las residencias públicas, entendiendo, en este último caso que la relación contractual no es directa con esas personas, sino con el centro. Para María Paz García Rubio, la explicación de este desajuste se encuentra en el proceso de elaboración de la Ley (26).

6.- No regula la Ley los requisitos de la persona que presta el apoyo, pero si está sujeta a las prohibiciones del artículo 251 "*Se prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo:*

1.º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. Esta excepción, en una interpretación sistemática del Código no son liberalidades sino regalos de cortesía o de costumbre (artículo 1041)

2.º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

3.º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título. Junto a esta prohibición, pero limitado a quien realice funciones representativas la nueva redacción del artículo 1459.1 "*No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia:*

1.º Los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo, los bienes de la persona o personas a quienes representen."

Termina el precepto estableciendo que *"En las medidas de apoyo voluntarias estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas."* Pueden ser dispensados por la persona con discapacidad, por lo que el notario no debe tener especial cuidado en admitir esta dispensa, si la persona que presta el apoyo es la misma a la que libera o dispensa el conflicto de intereses.

7.- El correcto cumplimiento de la función de apoyo requiere una preparación específica, por lo tanto, todos los operadores hemos de hacer un esfuerzo para la búsqueda de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, y para ello tenemos que aprender y elaborar herramientas. A tal fin, la Ley 8/2021 en la disposición adicional segunda se refiere a que los órganos de gobierno de los desempeñen funciones en esta materia *"asegurarán una formación general y especifica, en medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica…cursos de formación y sensibilización en las medidas de apoyo"* dirigido a todos los trabajen con personas con discapacidad: jueces, magistrados, fiscales, letrados de la Administración de justicia y, en su caso, funcionarios del Estado, de las CCAA o de los municipios que desempeñen funciones en esta materia; abogados, procuradores y graduados sociales; y en el Senado se añadió a notarios y registradores, a través de sus respectivos Colegios profesionales. Estos Colegios profesionales colaborarán con el tercer sector cuyo papel es reconocido en la Disposición Final Primera. El Consejo General del Notariado colabora con CERMI, y las fundaciones ONCE y AEQUITAS.

8.- Compatible con las medidas de apoyo existentes, voluntarias o judiciales, artículo 252 regula el administrador designado por el disponente a título gratuito "*El que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercitará, en su caso, con el apoyo que proceda. Igualmente podrán establecer los órganos de control o supervisión que*

se estimen convenientes para el ejercicio de las facultades conferidas." No indica la norma quién determina que el destinatario de la disposición gratuita sea persona necesitada de apoyo, no parece que sea adecuado que lo aprecie el transmitente, que tampoco está obligado a acreditarlo. Siguiendo a Carlos Marín (27), entiendo que es aplicable con carácter general a cualquier disposición a favor de persona con discapacidad, necesite o no apoyos, sin perjuicio de que la persona discapacitada se oponga negando la necesidad de apoyo. El precepto no impone a la persona designada para prestar el apoyo la obligación de respetar la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sin embargo, Carlos Marín opina que ha de hacerlo como derecho básico que es de la persona con discapacidad.

Constituye una novedad, la posibilidad de establecer órganos de control o supervisión que se estimen convenientes para el ejercicio de las facultades conferidas, tanto, excluir la necesidad de autorización judicial, sustituirla por otra o por ninguna.

Aplicable a cualquiera de las medidas de apoyo son los requisitos de forma y publicidad a los que me referiré a continuación en cada una de las figuras, pues el Código Civil no las incluye entre las disposiciones generales.

d) Clases de documentos públicos regulando la discapacidad:

***1.*- ESCRITURAS PÚBLICAS DE MEDIDAS DE APOYO**

Comprende la designación de la persona y forma de apoyo al otorgante en la formación y comunicación de su voluntad, así como su participación plena y efectiva en la sociedad. El capítulo II del nuevo Título XI del Libro Primero del CC se destina a las medidas voluntarias de apoyo dedicándole dos artículos: el artículo 254 que se refiere a medidas para el menor, mayor de dieciséis años, que previsiblemente precise apoyo cuando alcance la mayoría de edad, precepto que ha sido criticado por la doctrina por entender que es contrario a los principios de la Convención ya que atiende al modelo médico,

y por ser discriminatorio pues se refiere en el futuro y la necesidad de apoyo ha de determinarse en el momento y no a futuro; y el articulo 255 que contiene reglas generales sobre medidas voluntarias y dispone "*Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes*".

Es una novedad en nuestro derecho positivo, como afirma Isidoro Lora Tamayo (28), el contenido son las voluntades anticipadas o previsión global de la persona que prevé, para ella misma, el ejercicio de su capacidad jurídica con medidas de apoyo, pero, cuando la voluntad de la persona con discapacidad sea, que sea sustituida en ese ejercicio, la figura apropiada será a través de un poder o de una curatela representativa.

En este apartado me voy a referir a las medidas de apoyo distintas de los poderes preventivos y la curatela, sin perjuicio de que en el mismo documento pueden recogerse las tres declaraciones de voluntad.

Vuelvo a reiterar que las medidas que adopte la persona discapacitada serán preferentes, preferencia que se establece además de en los preceptos del CC, en la Ley de Jurisdicción Voluntaria y así lo refuerza en el nuevo artículo 42 bis b) al regular los tramites procesales "*3. En la comparecencia se procederá a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, a quien, a la vista de su situación, podrá informar acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria*" y 4 "*Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo, se pondrá fin al expediente*"

a) Sujeto otorgante.

Los preceptos citados comprenden al mayor de edad y menor emancipado. Incluso el artículo 254, párrafo primero establece la posibilidad de medidas judiciales al mayor de 16 años, antes comentado por discriminatorio, "*para cuando concluya la minoría de edad*" señala el precepto. El objetivo es facilitar la transición entre la patria potestad o tutela del menor y la medida de apoyo que se establezca, pues, si tiene discernimiento suficiente, aunque precise apoyos, le permitirá evitar el paso por los juzgados, teniendo en cuenta, además, que ha sido suprimida la patria potestad prorrogada.

En cuanto al menor emancipado, para aquellos negocios que no puede realizar por sí sólo sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial, previstos en el artículo 247 como tomar dinero a préstamo, enajenar bienes inmuebles, etc…, no podrá prescindir de esos consentimientos, dado carácter imperativo de la regulación del régimen del emancipado, pero sí que puede añadir a otras personas que le presten apoyo, pues esos consentimientos son independientes del emancipado.

El articulo 255 citado establece "*en previsión o apreciación*" comprendiendo tanto en previsión de una futura discapacidad o teniéndola en el momento del otorgamiento de la escritura en la que establezca medidas de apoyo.

Si la persona ya tiene una discapacidad, habrá que comprobar si ya tenía medidas de apoyo voluntarias o judiciales, o carecía de ellas. Si las medidas eran voluntarias, no hay inconveniente que las modifique con los apoyos que la persona discapacitada, o en su defecto el Notario estimen. Si las medidas de apoyo son judiciales, en lo no previsto por las mismas, podrá otorgarlas con los apoyos que el otorgante y el notario consideren precisos; pero si lo que quiere establecer, es modificar lo previsto en la resolución judicial o existe una curatela representativa, habrá que acudir a una modificación judicial de las medidas acordadas. En el caso de que la persona tenga el apoyo de un guardador de hecho, teniendo capacidad natural suficiente, podrá regular su propia discapacidad; así se deduce del artículo 267 del CC al establecer que la

guarda de hecho se extingue "*cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo*"

b) Titular de la medida de apoyo:

Como señala la notaria Ana Fernández-Tresguerres (29) "*la ley 8/2021 no establece un estatuto de la persona que ejerce el apoyo*"

La Observación General Primera del Comité sobre Derechos de la Personas con Discapacidad de 2014, que pretende ser una interpretación autentica de la Convención, establece "*Apoyo es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades*" por lo que no se exige que estén contemplados en la Ley. Para Almudena Castro Girona, el término "apoyo" viene del ámbito social, entendido como cualquier herramienta técnica o humana que ayuda a hacer o decidir algo. Y destaca Carlos Marín (30) "*La Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad ordena a los países signatarios proporcionar apoyos a esas personas, pero no los define y apenas hace algunas referencias concretas a los apoyos de tipo tecnológico……Como tampoco se definen los apoyos en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia… Y quizás no se haya molestado la Convención en definir los apoyos porque su uso está extendido y normalizado en todos los demás aspectos de la vida de la persona con discapacidad, tanto física como intelectual, que bien se podría decir que la anomalía ha quedado reducida al mundo jurídico y tampoco a todo él, pues no es así en el ámbito administrativo ordinario, el mundo de las ventanillas; pero sí, en el más formal y, en este sentido más anticuado, como es el de los notarios; el único escenario que quedaba en sus vidas en el que no estaba previsto ni casi permitido el uso de apoyos…*"

Respecto a la persona de apoyo que pueda designar la persona con discapacidad, ha de ser mayor de edad y que no le afecte la prohibición del último párrafo del artículo 250 de relación contractual con la interpretación generalizada de la doctrina que antes he expuesto.

Se pueden nombrar a una o varias personas como claramente se deduce del artículo 255 *"de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo"*, pero si se nombran a varios es conveniente aclarar en la escritura la forma de ejercicio por cada uno de ellos.

También parece posible que se pueda delegar la designación de la persona que ha de prestar el apoyo, en los términos que el artículo 274 establece para la autocuratela.

En cuanto a si puede ser una persona jurídica, siguiendo a Isidoro Lora Tamayo (31), no creo que le sea aplicable la prohibición del articulo 275 prevista para el curador, de modo que puedan ser titulares de las medidas de apoyo las personas jurídicas, aunque tengan ánimo de lucro o no persigan fines de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, pues no se puede limitar la autonomía de la voluntad de la persona con discapacidad ya que el CC solo establece la limitación respecto del curador y como tal limitación es de interpretación restrictiva.

Coincide la mayor parte de la doctrina en considerar que, no existe limitación legal para que pueda ser titular de una medida de apoyo otra persona con discapacidad, pues, lo contrario no se ajusta a los principios de la CDPD.

c) Forma.

El artículo 255 establece "*podrá prever o acordar*", es decir, podrá establecerla unilateralmente o pactarlas con un tercero.

La forma documental será como señala el precepto *"en escritura pública"*. Dada la doble condición del notario, a su vez funcionario público y profesional del Derecho que establece el artículo 1 del Reglamento Notarial, tiene la misión de asesorar y por lo tanto intervenir en el proceso de formación de la voluntad del otorgante. Debe asegurarse que la voluntad manifestada del interviniente es consciente y libre, que se ha formado sin influencias indebidas.

Pero, la discapacidad no es un estado civil, no se decreta, no se hace constar en ningún Registro Público. La obligatoria inscripción de este tipo de documentos en el Registro Civil, que prescribe el artículo 255 del CC, imponiendo al notario la comunicación de oficio y sin dilación, y la consiguiente modificación de los artículos 4 y 77 de la Ley de Registro Civil, tiene por finalidad conseguir la adecuada publicidad de la existencia de las medidas de apoyo. En este sentido, como señala la exposición de motivos, "*el Registro civil se convierte en una pieza central, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas voluntarias previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes*". No obstante, esta publicidad se ha visto por algunos autores e incluso en algunas legislaciones (el caso de derecho suizo), como estigmatizante y discriminatoria, contraria a los principios constitucionales de libertad como el respeto a la vida privada, por lo que, con el fin de evitar cualquier tipo de estigma o discriminación, ha llevado a la Ley a considerar que las medidas de apoyo que accedan al Registro Civil sean objeto de publicidad restringida, estando legitimados para su consulta solo los que enumera el artículo 84 de la Ley de Registro Civil entre los que señala solo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que este expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos "*las Administraciones Públicas y los funcionarios públicos …cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de las medidas de apoyo*".

La comunicación que ha de hacer el notario autorizante al Registro Civil, de momento se hará por correo postal, pero una vez esté en funcionamiento la comunicación telemática con el Registro civil, a través del sistema DICIREG en la que participa la Agencia Notarial de Certificación en colaboración con el Ministerio de Justicia, la comunicación en tiempo real informará de la situación del otorgante y sus medidas de apoyo que cualquier notario podrá consultar. La instrucción de 16 de septiembre de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y fe Pública fija las pautas y criterios a partir de la puesta en funcionamiento de la primera oficina conforme a las previsiones de la Ley 8/2021.

A diferencia de la publicidad en el Registro Civil, que como he dicho ha de practicarse de oficio y comprende las medidas voluntarias y judiciales, sin embargo, la publicidad en el Registro de la Propiedad, según el artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, solo se realiza de las medidas de apoyo judiciales y a petición de parte.

d) Contenido.

La Ley no establece un contenido mínimo, solo da unas pautas del contenido posible artículo 255 "*establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le han de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo… prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo*" puesto que pueden ser muy heterogéneas y variadas. El apoyo variará tanto por razón de la persona a la que se le presta (su capacidad mental, su entorno, cultura, formación) como por su objeto, en función del derecho que se trata de ejercitar, evidentemente no es lo mismo comprar una camiseta que una vivienda. Sería conveniente que comprendiera aspectos personales, familiares y patrimoniales. También puede interesar el otorgamiento para excluir a cualquier persona o entidad que pretenda irrogarse el carácter de guardador de hecho de la persona con discapacidad.

En cuanto a las medidas de control de los apoyos que establezca la persona con discapacidad, serán preferentes a las establecidas por el juez o a las legales, pudiendo en ejercicio de la autonomía de su voluntad excluir la necesidad de autorización judicial en los supuestos previstos en el artículo 287 e incluso excluir, por lo menos para determinados supuestos, las prohibiciones del artículo 251 (recibir liberalidades, conflicto de intereses, transmitir sus bienes a título oneroso a la persona a quien presta el apoyo o adquirir por el mismo título sus bienes). Podrá, por ejemplo, exigir que se demuestre una situación de necesidad para proceder a la venta de determinados bienes, o establecer obligatoria la mediación o el dictamen de un tercero.

También podrá contemplar las medidas para que la persona con discapacidad precise menos medidas de apoyo en el futuro, que es un objetivo del legislador (artículo 259 CC), aunque no parece adecuado respecto de las personas con enfermedades mentales que provoquen un progresivo alejamiento de la realidad.

e) Forma de ejercer el apoyo.

Ha de ser limitado y respetuoso. La persona con discapacidad puede establecer que el apoyo se preste cuando lo precise con carácter voluntario, o autoimponerse la persona con discapacidad el carácter obligatorio, este último, es el apropiado para aquellas personas que, por estar aquejadas por adicciones o ludopatía, pueden actuar de forma temeraria poniendo en peligro su patrimonio. Si el apoyo es obligatorio, limita la actuación del otorgante de las medidas.

Carlos Marín (32) apunta "*El apoyo debe limitarse a apreciar, objetiva y particularmente, en cada caso concreto, la competencia social de la persona con discapacidad, en relación con el acto a realizar o de la decisión a adoptar, y medir el refuerzo mínimo que allí se necesita.*" *…se promueva, respete y potencie su autonomía personal…es necesario ofrecerles ámbitos de autonomía y de discrepancia aún mayores que los que habitualmente se conceden a personas sin discapacidad.… lo interesante no es tratar de averiguar de antemano qué sabe hacer la persona con discapacidad intelectual por sí sola, sino qué podría hacer con el apoyo adecuado; y eso no se puede averiguar, claro, sino cuando se permite al apoyo adaptarse a las circunstancias y aprender de sus propios errores- errores de ambas partes, de la persona con discapacidad intelectual y de quien la apoya-, hasta encontrar la manera correcta de actuar*"

Establece el comité en su punto 20, "*los objetivos del apoyo en ejercicio de la capacidad jurídica es fomentar la confianza y la aptitud de las personas con discapacidad, de modo que puedan ejercer su discapacidad jurídica con menos apoyo en el futuro, si así lo desean*"

La función de quien presta el apoyo e, incluso, la que pueda prestar el notario, no es que la persona con discapacidad realice el negocio jurídico mejor, sino que lo haga conforme a su voluntad, desarrollando su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento, aunque sus decisiones no sean las más convenientes o acertadas; no cabe alegar para no respetarlas el mejor interés o interés superior de la persona con discapacidad, pues, como señalaba antes, tiene derecho a equivocarse como cualquier persona.

Podrán introducirse mecanismos de control para garantizar que la persona que presta el apoyo no imponga su criterio.

***2*.- PODERES PREVENTIVOS:**

El poder preventivo fue introducido por la ley 41/2003 y modificada posteriormente por ley 1/2009, pero se refería a él el CC a propósito de la extinción del poder, y no tenía regulación específica. Es la Ley 8/2021 la que mejora su regulación resolviendo algunos problemas que se planteaban en la práctica y lo regula en los artículos del 256 a 262 del CC.

Señala el profesor Fernández Campos (33) que constituye una medida de apoyo voluntaria, que, aunque parece una figura contraria al espíritu de la reforma por su idea de sustitución, pero entiende que no es así por dos razones:

- Su origen voluntario

- No es una representación puramente sustitutiva, pues, el apoderado, en la utilización del poder, ha de respetar siempre los deseos, voluntad y preferencias del poderdante y en su defecto su trayectoria de vida. No es una representación clásica.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el poder preventivo, aunque el CC lo regula dentro de las medidas de apoyo, implica sustitución de la

voluntad, por lo que tiene que haber una voluntad clara de la persona de ser sustituida.

El poder como medida de apoyo se puede configurar de dos formas:

1.- Poder, negocio jurídico unilateral cuya validez y eficacia dependen exclusivamente de la voluntad del poderdante, si bien dirigido a la persona que ha de prestar el apoyo, quien deberá querer actuar como tal apoyo.

2.- Mandato, negocio jurídico bilateral, que precisa la voluntad de ambas partes para su validez y eficacia, de modo que el apoderado quede comprometido a cumplir su función, aceptando el mandato. El mandado puede ser con o sin apoderamiento. Este último, previsto en el artículo 262, para aquellas situaciones en las que la actuación del apoyo no se exterioriza frente a terceros.

a) Poderdante.

No habiendo regulación específica, el artículo 255 ubicado en la sección 1ª relativa a las disposiciones generales dentro del capítulo II que tiene por título "De las medidas voluntarias de apoyo", por lo que el poderdante ha de ser mayor de edad o menor emancipado. Pero si lo otorga un menor emancipado, requerirá la asistencia de sus padres y en su defecto de un defensor judicial, si comprende facultades para las que el emancipado las precisa según el artículo 247 del CC.

Se plantea si puede otorgarlo, pues el código no lo dice expresamente en los artículos que los regula, la persona con una discapacidad presente en el otorgamiento, a lo que la mayor parte de la doctrina responde afirmativamente por ser la interpretación más acorde con los criterios de la CNUDPD y por la ubicación de su regulación como he indicado antes incluida en el capítulo II bajo el epígrafe "*De las medidas voluntarias de apoyo*" y así lo establece el artículo 255 incluido en la sección 1ª *"disposiciones generales"* que le precede. Frente a este criterio, Ana Fernández -Tresguerres García **(34)** afirma que "*solo*

pueden ser otorgados por personas que presentan una plena capacidad- que superen el juicio notarial de capacidad sin adaptación o juicio de discernimiento- de forma anticipada a la posibilidad o certeza de devenir en persona con discapacidad". En el mismo sentido Josep María Valls Xufré. Destaca Marifé Lozano Semitiel **(35)** que en Andalucía desde 2015 en salud mental, las personas, solo en periodo de lucidez, completan un formulario sobre sus decisiones en materia de salud.

b) Apoderado.

El apoderado ha de ser mayor de edad, salvo el poder que se limite a aquellas facultades que pueda realizar el menor emancipado**.**

Se puede designar apoderado a una o varias personas.

También puede ser apoderado una persona con discapacidad, si ello no le impide el ejercicio de las facultades atribuidas.

La mayor parte de la doctrina entiende que, frente a lo dispuesto en el artículo 275 para la designación de curador persona jurídica, podrá ser apoderado la persona jurídica, aunque tenga ánimo de lucro o no persiga fines de asistencia, por los mismos motivos a los que me he referido antes, respecto a quien ha de prestar apoyo. Pensemos, y es frecuente, que se designe apoderado para la gestión del patrimonio a sociedades de asesoramiento profesional.

El apoderado podrá no ejercer las facultades conferidas, pero si el poder comprende todos los negocios del mandante, podría incurrir en responsabilidad, por la remisión a la aplicación de las normas del curador según el artículo 259, sin perjuicio de los supuestos de excusa previstos para el curador.

El CC no regula la responsabilidad del apoderado, pues el artículo 294 se refiere solo a la del curador, según el cual responde por los daños causados a la persona curatelada a quien presta el apoyo, por su culpa o negligencia, y la acción prescribe a los tres años contados desde la redición final de cuentas. En consecuencia, no siendo aplicable ese precepto, se aplican las reglas generales,

por lo que el apoderado estará sujeto a la responsabilidad extracontractual, que de conformidad con el artículo 1968 la acción para exigir la responsabilidad por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia prescribe en el plazo de un año contado desde que lo supo el agraviado y a la responsabilidad contractual con el plazo general de prescripción de cinco años del artículo 1964.

c) Forma documental.

Conforme al artículo 260 del CC han de constar en escritura pública y el notario autorizante los comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil. En tanto no se habilite la vía telemática, lo haremos por correo postal. No se señala plazo para la comunicación, lo haremos de forma inmediata salvo que lo impida la concurrencia de causa justificada.

La mayor parte de la doctrina aplaude la necesidad de escritura pública, con el fin de fortalecer la seguridad del tráfico jurídico y la confianza del tercero que contrate con el discapacitado.

La inscripción en el RC es obligatoria pero no constitutiva. Por otro lado, no menciona la Ley necesidad de constancia en otros registros (propiedad…).

El Registro Civil inscribirá cualquier documento público que contenga medidas de apoyo en el registro individual del poderdante según el artículo 77 de la Ley Registro Civil. El precepto no se refiere a las modificaciones o extinción de los poderes, pero en buena lógica el notario debe comunicar cualquier modificación o revocación.

Habrá que tener especial cuidado en el poder general con cláusula de subsistencia, pues en tanto el otorgante no tenga discapacidad, se le aplica las normas del poder general, y una vez que tenga discapacidad las de la curatela (artículo 259), principalmente, el apoderado habrá de respetar la voluntad, deseos y preferencias del poderdante, en su defecto su trayectoria vital, y será preciso la autorización judicial para los actos previstos en el artículo 287, salvo que el poderdante lo haya excluido.

d) Contenido.

Las facultades del apoderado serán las determinadas por el poderdante, a diferencia de las del curador, que, aunque lo haya designado la persona con discapacidad, sus facultades las determina el juez que realice el nombramiento.

Siguiendo los principios que inspiran la Ley, puede comprender aspectos personales y patrimoniales muy diversos. El párrafo 3 del artículo 258 menciona contenidos posibles, pero puede ser muy variado, y para facilitar el respeto a la voluntad del poderdante cuando el apoderado actúe en ejercicio del poder, podrá indicar el otorgante cuál es su modo de proceder en su vida ordinaria, especificando donde y con quiere vivir; si quiere que le ingresen en un establecimiento, y si quiere o no participar en la actividad diaria del mismo; en lo relativo al cuidado diario de su persona, elección del vestuario, peluquería, manicura, tratamiento de belleza; el dinero de bolsillo que puede utilizar; si quiere o no continuar realizando sus regalos de costumbre o donativos benéficos; tomar decisiones en materia de salud. También podrá imponer deberes al apoderado, como los relativos a la confidencialidad, o realizar una venta si se dan determinadas circunstancias. Asimismo, podrá excluir del ámbito de actuación del apoderado los asuntos o actos que no desee que el apoderado realice, a los que se suman todos los que, por su carácter personalísimo, se excluyen por ley tales como, la celebración de matrimonio, la adopción, el reconocimiento de un hijo, votar o el testamento, respecto de los que el apoyo nunca puede ser representativo, pues en ellos la voluntad del interesado no puede ser sustituida por la de un tercero.

En su extensión, el poderdante habrá de tener en cuenta el grado de confianza con el apoderado, teniendo cuidado especialmente con facultades como la de afianzar o donar. En lo relativo a las facultades de enajenar e hipotecar puede limitarla, señalando, por ejemplo, que sea por el valor de mercado o el valor razonable fijado por un experto independiente. También habrá de evitar, salvo con una finalidad concreta, la dispensa de autocontrato y conflicto de intereses.

Debemos de huir de modelos estereotipados y atender específicamente a la voluntad y necesidades de cada otorgante.

e) Forma de ejercicio.

La designación de apoderado es constitutiva, en el sentido de poder utilizarse y entrar en vigor sin necesidad de intervención judicial.

Desde otro punto de vista, si se han designado a más de un apoderado, el poderdante fijara si su ejercicio es conjunto, solidario, subsidiario unos de otros, o separado en función del tipo de decisión que haya de ser tomada.

Si el poderdante ha incluido "*una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad" (art. 256),* el apoderado seguirá actuando de forma ininterrumpida, sin perjuicio de que, al producirse la discapacidad, de poder ordinario ha pasado a ser una medida de apoyo. Pero, si el poder se ha otorgado según el artículo 257 "*solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del otorgante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial del mismo*". Pero hemos de tener en cuenta, que hay que comprobar la discapacidad en el caso concreto, que las situaciones de hecho son dinámicas, por lo que no podemos considerar el acta como título legitimador para el futuro.

El acta es meramente potestativa, por lo que, si el poderdante, en la redacción del documento, ha determinado, con criterios objetivos, cuando entra en vigor el poder, no será necesario. Las circunstancias para poder utilizar el poder, por haber sobrevenido la dificultad de formar su voluntad, podrán acreditarse según indique el poderdante mediante: una simple manifestación del apoderado o de la persona que designe el poderdante; manifestación o informe del médico que designe el poderdante; de los trabajadores sociales del centro al que asista; certificado o informe de la Seguridad Social…etc. También podrá condicionar

su eficacia a que el poderdante alcance determinada edad. Es importante cuidar en la redacción, la precaución de la posible temporalidad de la dificultad en la formación de su voluntad, pues el poder subsiste mientras no se extinga.

Nótese que el artículo 257 se refiere a "informe pericial" y no siempre informe médico, y ello es congruente con los principios que inspiran la Convención de que la discapacidad no es una deficiencia de la persona, sino que proviene de los obstáculos sociales externos.

En cualquier caso, la comprobación de si concurren las circunstancias para la vigencia del poder preventivo corresponde al notario autorizante del negocio en el que se use el poder, y escapan del control de los registradores en la calificación de los negocios jurídicos inscribibles, como puso de manifiesto la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Publica en su resolución de 31 de agosto de 2020, en el que el registrador suspendió la inscripción de un negocio de donación, por no señalar el Notario en la escritura, las circunstancias que determinan la entrada en vigor del poder y como se han acreditado, o bien constatar que dicho poder ya era eficaz desde su autorización. La DGSJFP revocando la calificación afirma que, "*afectan a la corrección del juicio de suficiencia emitido por el notario"* porque no pueden considerarse incluidas en la reseña identificativa del documento autentico del que resultan las facultades de representación que el Notario ha de hacer de conformidad con el articulo 98 Ley 24/2001, "*cuya valoración excede de las facultades del registrador … y queda para su eventual examen en el proceso judicial que pudiera iniciar la parte interesada*". (36)

El modo de ejercer las facultades por el apoderado, será el que fije el poderdante. En principio es personal por el apoderado, conforme al artículo 261 del CC que dispone "*El ejercicio de las facultades representativas será personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas. Aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables*". A diferencia del régimen de los poderes ordinarios en general que conforme al artículo 1721 "El mandatario

puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido", es un régimen similar al de las representaciones legales, como el titular de la patria potestad o el tutor de un menor, que no pueden ser sustituidos en el ejercicio de sus cargos, pero si pueden apoderar para actos concretos. Algunos autores sin embargo sostienen que, debe respetarse siempre la voluntad del poderdante, por lo que pueden autorizar expresamente la posibilidad de sustitución del poder, utilizando como argumentos a favor que el apoderado puede ser una persona jurídica que actuará a través de personas físicas que pueden cambiar; y que, sí se permite delegar la designación curador según el art 274, demuestra que el ejercicio de las facultades de apoyo no es personalísimo. Esta norma, a juicio de María Paz García Rubio, va dirigida al apoderado, debe entenderse de naturaleza dispositiva, es decir, que el poderdante puede disponer otra cosa, y solo se aplicará si el poderdante no ha dispuesto lo contrario.

Siguiendo a Ana Fernández- Tresguerres García **(37),** el amplio margen del ejercicio del poder se puede dividir en diferentes apartados:

1.- control de ejercicio del poder, cuya complejidad dependerá de la voluntad del poderdante en todo caso, de la confianza en el apoderado, y de la cuantía y patrimonio del poderdante. Podrá consistir en la intervención de una o más personas mancomunadamente para determinadas operaciones o las que alcancen determinada cuantía; la inclusión de un informe de asesoramiento legal o financiero; o certificado de acuerdo del consejo de familia creado por el poderdante.

2.- establecimiento de cautelas, con fin de evitar conflicto de intereses, determinando los supuestos en que sea preciso que se nombre defensor judicial o designando un defensor con carácter voluntario.

En la nueva regulación, los poderes y/o mandatos preventivos pueden coexistir con otras medidas de apoyo, tanto voluntarias como judiciales, siempre que sean compatibles, dándose preferencia a las voluntarias. Así se

deduce del párrafo primero del artículo 258 del CC y el número 5º del artículo 1732.

Con el fin de establecer un régimen supletorio, para el supuesto que el poder no haya previsto, sobre todo en lo relativo al establecimiento de salvaguardas que eviten abusos, conflictos de intereses e influencias indebidas o mecanismos de revisión, el artículo 259 establece para los poderes preventivos "*Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa*". Señala María Paz García Rubio, que este precepto no puede interpretarse como una conversión del apoderado en curador, sino que es una norma destinada a servir de incentivo a que el poder se redacte de la forma más completa e individualizada posible. Son muchos los problemas que puede plantear sobre la necesidad o no de autorización judicial para los negocios identificados en el artículo 287 aplicable al curador, incluidos los de derecho interregional, que se pueden evitar con la redacción adecuada en la escritura de poder.

No obstante, este precepto hay que coordinarlo, respecto los poderes anteriores a la Ley, con la disposición transitoria tercera que en su párrafo segundo dispone "*Los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil",* con especial relevancia sobre la necesidad de autorización judicial para los actos de transcendencia relacionados en el artículo 287 o la aprobación judicial de los previstos en el artículo 289, porque siguiendo a García Rubio, incentiva la modificación o complemento de los poderes otorgados con anterioridad.

En cualquier caso, respecto al ejercicio por el apoderado señala María Paz García Rubio (38) *"la directriz en el punto relativo al modo de ejercitar el apoyo por parte de la persona designada por el autor de la medida anticipatoria, es el de respetar escrupulosamente la voluntad, deseos y preferencias de quién lo designó. En este sentido es de subrayar que el imperio de la voluntad del poderdante no se estanca en el momento del otorgamiento del poder, sino que, igual que sucede en el resto de las medidas, fácticas o jurídicas, es crucial en el efectivo ejercicio del apoyo."*

Como en cualquier poder, su existencia, no limita la posibilidad de que el poderdante otorgue por sí el negocio prescindiendo del apoderado, si tiene capacidad de discernimiento suficiente.

f) Duración y extinción

El poder preventivo, en principio, tiene una vigencia ilimitada, pero el poderdante podrá establecer tanto formas específicas de extinción de poder (final del párrafo tercero artículo 258), como la posibilidad de que lo revoque la persona que él designe, o que caduque cuando el apoderado llegue a determinada edad.

También puede el poderdante establecer cautelas para su revisión y, en su caso modificación En cuanto a su revisión, podrá prever, que para cuando no pueda formar o expresar su voluntad, pueda su cónyuge, pareja o cualquier persona de su entorno, cuando ocurran determinadas circunstancias que especifique o transcurra cierto periodo de tiempo, sean ellos los que revisen su utilización por el apoderado.

Sin embargo, el poder subsiste pese a la constitución de otras medidas de apoyo al poderdante, ya sea medidas judiciales o voluntarias, como establece el párrafo primero del artículo 258, sin perjuicio de que de conformidad con el artículo 51 bis de la modificada Ley de Jurisdicción voluntaria "*cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán instar la extinción de los poderes preventivos otorgados por la persona con discapacidad, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas*

para la remoción del curador". En el mismo sentido, además de las cautelas que establezca el poderdante, dispone el último párrafo del artículo 258 del CC "*Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa".* Para Ana Fernández-Tresguerres García **(39)**, no se entiende muy bien esta última contra excepción. Los legitimados conforme al artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán el propio poderdante, su cónyuge no separado de hecho o legalmente, o pareja asimilada, su ascendiente, descendiente o hermano.

Por lo demás, se aplicarán las causas generales de extinción del mandato en su vertiente representativa del artículo 1732:

1.º *Por su revocación.* Lo que no será posible si el poderdante no puede formar su voluntad.
2.º *Por renuncia del mandatario.* Entiendo que solo cabe si es justificada, dada la finalidad protectora como medida de apoyo.
3.º *Por muerte o por concurso del mandante o del mandatario.* En caso de muerte del apoderado, si el poderdante designó sustituto, comenzará este su ejercicio.
4.º *Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición.* Salvo que las medidas de apoyo constituidas no incidan en las facultades atribuidas en el poder.
5.º *Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos.* Salvo que sea compatible.

Prevé el CC la extinción automática del poder otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho en el párrafo segundo del artículo 258 al disponer *"Cuando se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho*

del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este". Poniéndolo en relación con la revocación automática de los poderes otorgados por un cónyuge a otro regulada en el artículo 102 del CC, he de destacar notables diferencias:

- el artículo 258 se refiere a los otorgados por cónyuge o pareja de hecho; el 102 sólo cónyuge.
- el artículo 258 permite voluntad contraria del poderdante/ el 102 no.
- en el artículo 258 la extinción se produce con el cese de convivencia / en el 102 se produce con la admisión judicial de la demanda de nulidad, separación, o divorcio, no basta el cese de convivencia.

Para comprobar que no ha tenido lugar esta extinción automática, el cónyuge o pareja apoderado, en ejercicio del poder, deberá manifestar que no se ha interrumpido la convivencia.

El cese de la convivencia como causa de extinción puede ser discutible cuando responda a razones distintas de las relaciones afectivas como por ejemplo razones laborales. Tampoco aclara el precepto durante cuanto tiempo ha tenido que existir el cese, ni si luego reanudan la convivencia, como quedó revocado el poder, si es preciso un nuevo otorgamiento.

3.- AUTOCURATELA

La Ley 8/2021 regula la curatela como la principal medida de apoyo de carácter judicial, prevista para el supuesto de que la necesidad de apoyo a la persona con discapacidad sea permanente, consagrando un único tipo de curatela, muy flexible, en la que se pueden combinar las funciones de asistencia o acompañamiento con las de representación. La nueva legislación permite, como la legislación anterior permitía respecto del tutor, que una persona en previsión de que haya que someterla a curatela pueda designar a quien ha de desempeñarla.

Esta posibilidad de designar curador se regula en los artículos 271 a 274 del CC. En la nueva legislación, como destaca mi compañero Eduardo Hijas Cid (40), "*la autocuratela ha perdido cierta fuerza, en beneficio de otras instituciones que están llamadas a ocupar un mayor protagonismo, como las medidas voluntarias de apoyo, los poderes preventivos o, incluso, la guarda de hecho*. Todas estas medidas, con el fin de facilitar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y desjudicializar la misma.

Santiago Castán Pérez-Gómez (41) señala que, antes de la reforma, el Tribunal Supremo ya se había inclinado al amparo de la Convención de Nueva York, por tener en cuenta la voluntad del interesado a la hora de nombrar curador en la sentencia 298/2017, de 16 de mayo *"junto a la autotutela, no hay que descartar, además, que si la persona discapacitada está en condiciones de hacerlo, exprese su predilección acerca de quién prefiere que asuma el cargo de tutor o curador en el mismo momento en el que se va a proceder a su nombramiento"*

a) Caracteres del negocio

Los caracteres del negocio jurídico de autocuratela, son los siguientes:

1.-Es un negocio jurídico de carácter personalísimo. No puede ser otorgado por medio de representante. Se plantea si cabe la posibilidad de otorgamiento por un representante instrumental o *nuntius* que se limite a transmitir una voluntad ya formada. No parece posible como regla general, por la importancia que reviste el juicio de capacidad en el otorgamiento de este negocio, y parece ser el criterio del legislador a la vista de la regulación actual, dado los estrictos términos de la posibilidad de delegar del articulo 274 "se podrá delegar ….la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada", cuyo examen más detenido hare después.

Este carácter personal no impide que pueda ser otorgado por dos personas en el mismo documento, siempre que exista autonomía

negocial, con el mismo contenido y designaciones casualizadas, derivados de la relación personal de los otorgantes.

Sí parece posible que el otorgante del documento notarial de autocuratela pueda designar un representante para promover el expediente de provisión de alguna medida judicial de apoyos, puesto que el nuevo artículo 42 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, legitima para promover el expediente a la propia persona con discapacidad, e incluso en el propio documento designar el procurador y abogado que le hayan de representar y defender.

2.- Tiene carácter esencialmente revocable, como señaló mi compañero Antonio Jiménez Clar (42), se puede incluir entre los negocios jurídicos en los que se atiende preponderadamente al poder dispositivo del declarante, cuya eficacia no se despliega hasta el nombramiento del curador por el juez. La revocación ha de cumplir los mismos requisitos de forma y publicidad que la propia designación. Se plantea si el otorgamiento de un nuevo documento de autocuratela revoca tácitamente el nombramiento anterior; en este punto Jiménez Clar sostiene la aplicación analógica del articulo 739 a propósito de los testamentos, siempre que el de fecha posterior sea incompatible con el de fecha anterior.

3.- Es una declaración de voluntad de carácter unilateral. No precisa la aceptación del designado para su eficacia, sin perjuicio de que el designado pueda excusar el desempeño cuando tenga lugar el nombramiento judicial, de conformidad con el artículo 279 del CC.

4.- Es un negocio estrictamente formal. El artículo 271 establece "… podrá proponer en escritura pública …". En la regulación anterior, el artículo 223 establecía la forma de "*documento público notarial*", sin especificar si se refería a la escritura pública o al acta notarial. Sin embargo, del artículo 144 del Reglamento Notarial que

establece que el contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad (no el de las actas) y que la autocuratela, en cuanto negocio jurídico, precisa la determinación indubitada de la capacidad de discernimiento de la persona antes de su discapacidad, lo que habrá de hacer constar el notario en las escrituras públicas, según el artículo 167 del RN (no así en las actas notariales según el artículo 198, 1.1º RN "*En la comparecencia no se necesitara afirmar la capacidad de los requirentes*..."), no había duda que la forma notarial adecuada era la escritura pública.

La nueva regulación de la autocuratela plantea numerosas cuestiones de las que destaco:

b) Sujetos.

1.- Sujeto otorgante: El artículo 271 se refiere a "…*mayor de edad o menor emancipado en previsión de la concurrencia de circunstancias que pueda dificultarle…"* por lo que se plantea si podrá otorgarlo quien ya presente algún grado de discapacidad. El Tribunal Supremo en la citada sentencia 298/2017, de 16 de mayo admitió la relevancia de la manifestación del discapacitado en el momento de constitución de la curatela, disponiendo *"puede ser relevante como un criterio que permita al juez apartarse motivadamente del orden legal establecido para el nombramiento de tutor o curador*". A pesar de la dicción literal del precepto, la mayor parte de la doctrina así lo admite, pues es la interpretación más acorde a los criterios de la CPCD. Además, el artículo 255 relativo a la escritura que regule los apoyos, permite el otorgamiento "*a cualquier persona mayor de edad, en previsión o apreciación*", por lo que no parece lógico que el legislador lo haya permitido para regular los apoyos y sea más estricto para la autocuratela. Por otro lado, se ha suprimido el tercer párrafo de este artículo que contenía el Anteproyecto de 21 de septiembre de 2018 y también el proyecto de ley 121/00027 de 17 de julio de 2020 que establecía "*Una vez instado el procedimiento de provisión de apoyos, no tendrá eficacia la propuesta de nombramiento de curador, si bien la autoridad judicial deberá tener en cuenta las preferencias manifestadas por la persona necesitada de apoyo*". Lo que si está claro

que no procede, es el otorgamiento de la escritura que establezca la autocuratela si judicialmente ya ha sido nombrado curador; en tal caso, se podrá solicitar la remoción del curador si se dan las circunstancias previstas en el artículo 278, y en su caso, establecer nuevas medidas. Para asegurarnos que no se ha establecido judicialmente la curatela, habrá que pedir un certificado de nacimiento.

La Ley 8/2021 recoge la posibilidad de designación la persona del curador por terceros, pero, con carácter subsidiario, pues en defecto del propuesto por la persona con discapacidad o la persona en quien esta hubiese delegado se refiere el artículo 276 "*la autoridad judicial nombrara curador: …4ª a la persona o personas que el cónyuge o la pareja conviviente o los progenitores hubieran dispuesto en testamento o documento público*". Pero para estos documentos públicos no prevé la LEC su presentación en el expediente de nombramiento de curador, ni en la Ley de Registro Civil su constancia en el Registro Civil, pues ambas se limitan a los documentos públicos de autocuratela, por lo que, como destaca Ana Fernández-Treguerres, "*tales previsiones se limitan a un ruego o a una carta para el Juez*".

2.- **Persona/s designadas para ser curador**: Señala el artículo 275 que para ser curador ha de ser mayor de edad y apto para el adecuado desempeño de su función, lo que lógicamente ha de tener en cuenta el otorgante al hacer la designación, y además esta exigencia vincula a la autoridad judicial al hacer el nombramiento. Ello sin perjuicio de que la ineptitud para el ejercicio es causa de remoción con arreglo al artículo 278 del CC.

La designación puede hacerse a favor de una o varias personas (artículo 271 y 277), incluso designar un curador para la persona y otro distinto para los bienes. Cuando se designe sustituto es conveniente señalar el orden de sustitución, pues en otro caso se aplica el artículo 273 "*será preferido el propuesto en documento posterior. Si se proponen varios en el mismo documento, será preferido el propuesto en primer lugar*".

Cuestión discutida es, si puede el interesado designar **curador de los bienes a personas jurídicas profesionales** (dedicadas, por ejemplo, al asesoramiento jurídico o económico). Un sector de la doctrina, entre ellos Hijas Cid (40) e Isidoro Lora Tamayo (31), lo descartan, basados en la dicción literal del artículo 275 del CC que solo se refiere, para admitirlas como curadores, a "*las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia de las personas con discapacidad*", pues, el precepto parece que excluye a todas aquellas que tenga ánimo de lucro o persigan fines distintos, incluso de forma más rotunda Sofía Salas de Murillo afirma que se trata de una prohibición legal, basada en una presunción *iuris et de iure* de conflicto de intereses o de influencia indebida que se reitera en el artículo 276, tanto en el párrafo primero "*la autoridad judicial estará también a lo dispuesto en el artículo 275*" y en el número 7 del párrafo segundo "*la autoridad judicial nombrará curador: ..7º A una persona jurídica en la que concurran las condiciones indicadas en el párrafo segundo del artículo anterior*". Por el contrario, otro sector de la doctrina - María Paz García Rubio o mi compañera Inmaculada Espiñeira Soto- señalan que las limitaciones del citado precepto para ser curador no pueden imponerse a la voluntad contraria del interesado, la prohibición vincula al juez no a la persona discapacitada.

También es cuestión dudosa la interpretación de la **delegación para designar curador** que regula el artículo 274 "*se podrá delegar en el cónyuge o en otra persona la elección del curador de entre los relacionados en escritura pública por la persona interesada*", pues caben dos posibles interpretaciones:

- entender que tanto el cónyuge como otra persona han de elegir solo de entre los designados por el otorgante en la escritura;
- o que el cónyuge puede elegir a cualquier persona, y, sin embargo, si es otra persona distinta del cónyuge, se limitara a los relacionados por el otorgante.

Yo creo, siguiendo a Isidoro Lora Tamayo y Eduardo Hijas Cid que, la distinción que hace el articulo entre el cónyuge y otra persona, es porque al

cónyuge, se le atribuye además de la delegación, la libertad de elegir la persona del curador; en tanto que, si la delegación es a otra persona, habrá de limitarse a los relacionados en la escritura, una interpretación distinta no encaja con la referencia al cónyuge y bastaba haber establecido "*delegar en cualquier persona*".

Si la delegación de la designación de curador se realiza a favor del cónyuge, comparto con Eduardo Hijas Cid que, quedaría sin efecto en el supuesto de cese de la convivencia posterior, como expresamente lo sanciona el artículo 258 a propósito de los poderes preventivos, pues considero que analógicamente ha de aplicarse, ya que ambos casos están basados en la confianza con la persona en quien se delega o apodera; y también que queda extinguida la delegación de la designación de curador con la interposición de la demanda de separación judicial por aplicación de la revocación del articulo 102 del CC.

c) Forma.

La propuesta de curador ha de hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro civil (artículos 271 CC, y 4, 10º LRC). El Tribunal Supremo en sentencia de 17 de septiembre de 2019, vigente la legislación anterior, permitió la designación de curador para la propia discapacidad, mediante testamento notarial, en cuyo caso el notario habrá de expedir copia autorizada parcial limitada exclusivamente a las cláusulas testamentarias relativas al nombramiento de curador. Y también pueden hacerlo por testamento, el cónyuge o pareja conviviente o los progenitores de la persona con discapacidad. Sin embargo, parece más apropiado la escritura pública por el régimen de publicidad en el Registro civil.

Hay autores que sostienen que pueden existir designaciones de curador en documento distinto de la escritura pública, pero comparto con Isidoro Lora Tamayo, "*que incurren en una confusión, pues una cosa es que el Juez deba tener en cuenta lo que en relación a sus medidas de apoyo haya hecho constar la persona con discapacidad al margen de la escritura pública (especialmente si esa escritura no*

existe) y, otra cosa es que sin más pueda dar preferencia a estas sobre las que consten en escritura pública".

La escritura de autocuratela no es constitutiva, pues, aunque pueda contener la designación y las reglas de ejercicio del cargo de curador, no se harán efectivas hasta el nombramiento por el juez. Entretanto es solo un proyecto.

Nada dice el CC en esta sección "de la autocuratela" sobre la obligación del Notario de enviar una copia al Registro Civil, pero se deduce del artículo 300 ubicado en el TITULO XII "*Disposiciones comunes*".

Señala Ana Fernández-Tresguerres García (43) que, aunque no lo ha contemplado el legislador, sería conveniente la comunicación del órgano jurisdiccional al notario, una vez realice el nombramiento, a fin de que el notario de oficio pudiera hacer constar por nota en la matriz, de modo que permita en el futuro constar en copias posteriores a fin de dotar al sistema de máxima seguridad y certeza.

d) Contenido.

Podrá consistir en la proposición del nombramiento o la exclusión de una o varias personas para el ejercicio de la función de curador; o una para el cuidado de la persona y otra para el de los bienes; o en la delegación del articulo 274 a que antes me he referido, que la ley 8/2021 establece como novedad; o el funcionamiento, reglas de administración o disposición. La Ley 8/2021 no se refiere a "*ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes*" que contemplaba en el antiguo artículo 223, lo que no quiere decir que no se pudiera disponer. El contenido del CC es indicativo, pues, podrá comprender todos los aspectos que el disponente considere.

Podrá establecer una curatela asistencial o representativa, o incluso mixta. Establecer las funciones de apoyo en su condición de curador y las reglas de su

actuación, hasta el punto de perfilar un régimen distinto o, incluso, opuesto al establecido por el legislador.

Se ha planteado la cuestión de si puede dispensar al curador propuesto de la necesidad de autorización judicial en los supuestos del artículo 287 del CC. La postura negativa, es decir, que no puede excluir la necesidad de autorización judicial en los supuestos previstos en el CC, se puso de manifiesto durante la tramitación parlamentaria. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina entiende que sí está permitido en la Ley, basando su argumentación en el principio básico de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad recogido en la Convención de Nueva York, y que inspira toda la reforma, dando preferencia a los apoyos voluntarios sobre los judiciales; además, el legislador lo permite para los poderes preventivos en el artículo 259 que dispone "*cuando… comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevenida la necesidad de apoyo, quedara sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa*", y no parece lógico admitir la exclusión de autorización judicial para el otorgante de un poder preventivo y negarlo al que otorgue una autocuratela. En cualquier caso, y, sobre todo, si se ha excluido la autorización judicial, es conveniente que en la escritura de autocuratela el otorgante nombre a otras personas que fiscalicen la actuación de los curadores o establezca cualquier otra medida de control. Pero, aun sin establecerlas, no queda desamparada la persona con discapacidad pues el articulo 278 regula la remoción del curador "*Serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios de su cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona que presta el apoyo*".

Esta escritura de autocuratela vincula al juez al hacer el nombramiento, de conformidad con el artículo 272, y solo podrá prescindir del designado en resolución motivada "*si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones*". Se trata, de la aplicación del principio de

derecho "rebus sic stantibus" a esta materia, de modo que, si no se alteran las circunstancias previstas por el otorgante, el Juez ha de respetar su voluntad, aunque este equivocada o no sea la más conveniente. De nuevo se pone de manifiesto que lo importante no es el interés de la persona, o lo que otros, aunque sea el juez, pueden entender que es lo mejor, lo importante es respetar la voluntad, deseos y preferencias del otorgante. Muy gráficamente explica Inmaculada Vivas Tesón (44), que el curador ha de limitarse a ser el intérprete de la partitura creada por la persona a la que apoya, evitando crear una canción nueva, esto es, sin suplantar su voluntad, sus creencias, anhelos, aspiraciones vitales, también cuando le han sido atribuidas funciones de representación ya que, con carácter general, la curatela cuando sea posible será meramente asistencial.

Para ello resulta imprescindible que la escritura que contenga la autocuratela se redacte con exquisito cuidado, designando no solo a la persona del curador sino también las causas y circunstancias que han sido tenidas en cuenta por el otorgante para designarlas y cuya alteración sobrevenida pueda ser apreciada por el juez para justificar que prescinda del designado al realizar el nombramiento.

El comienzo del ejercicio del cargo de curador será cuando el juez lo designe.

e) Medidas de control.

Cuando se constituya la curatela hay un control y vigilancia de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal como se establece en el artículo 270 del CC, pero estas medidas son supletorias de las que haya dispuesto la persona con discapacidad y el juez estará vinculado como he señalado anteriormente.

V.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO APLICANDO LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK:

A) Antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

Desde la **Sentencia 282/2009 de 29 de abril**, el Tribunal Supremo contempla la vigencia de la Convención de Nueva York en nuestro ordenamiento, e insiste en que una lectura de nuestro Código y de nuestra LEC, permite acordar unas medidas de apoyo que son *un traje a medida* de las necesidades del discapacitado en cada caso, para atender a las exigencias de la Convención de Nueva York, sin necesidad de modificación legislativa alguna, dado que la Ley 13/1983 abrió la puerta en nuestro Código a un sistema elástico de modificación de la capacidad de las personas discapacitadas, ajustado a la protección requerida en cada caso por la persona discapacitada en cuestión. De la sentencia destaco el escrito presentado por el ministerio fiscal "En primer lugar, señala "*la fuerza obligatoria de los tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico español, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 96 CE*". Y después de hacer un examen de la Convención que *propugna el cambio del modelo de "sustitución en la toma de decisiones" por el nuevo modelo de "apoyo o asistencia en la toma de decisiones*". Concluye el escrito del Fiscal proponiendo una solución intermedia a la espera de medidas legislativas que se adapten a la Convención: "*La aplicación del Art. 12…incide de lleno en el proceso especial de "capacidad de las personas", fundamentalmente en la incorporación del "modelo de apoyos", que se enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional. Sin duda, la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no sea posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales sea necesario tomar una decisión en su nombre*", para acabar proponiendo que mientras no se modifique el ordenamiento español para adaptarlo a la Convención, "[...] *la curatela, reinterpretada a la luz de la Convención, desde el modelo de apoyo y asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, parecen la respuesta más idónea. [...]Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona*

con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta. [...]y desde el contenido de la Convención y la inclusión plena de la discapacidad en el discurso de los derechos humanos, la eliminación de esas instituciones y la adopción de un nuevo sistema de apoyo, requerirá necesariamente de una profunda, sino nueva, reforma legislativa, y por ello consideramos necesario, que, por parte de la Sala, pueda marcarse el camino interpretativo de los aspectos fundamentales de su aplicación".

El TS, aunque recoge las recomendaciones del ministerio fiscal, de prevalencia de la curatela, matiza que:

- una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona y que hay que leer por tanto conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los *artículos 10, 14 y 49 CE*, obliga a los poderes públicos a llevar a cabo políticas de integración y protección.

- No es argumento para considerar a la incapacitación como contraria a los principios establecidos en la Convención, el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el *artículo 14 CE,* al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su personas y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión.

Concluye que, en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad. En el mismo sentido la **STS 1259/2009, de 29 de septiembre.**

STS 3441/2013 de 24 de junio, La incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. Lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones para proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás, permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen. La incapacitación no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. Necesidad de una supervisión de los aspectos patrimoniales y de aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas siendo aplicable la curatela y no la tutela.

STS 3168/2014 de 1 de julio 2014, Constituida una tutela ello es acorde con la incapacitación declarada, que es total. En principio, el tribunal debería seguir el orden legal de llamamientos, aunque puede apartarse de este orden legal, ya sea porque lo altere o porque prescinda de todas las personas allí mencionadas, siempre en atención al interés más relevante, que es el del incapacitado necesitado de la protección y no el de los llamados a ejercerla. El conflicto familiar entre los hermanos, (uno de los llamados a ser tutor padecía síndrome de Diógenes), llamados legalmente a asumir la tutela de la madre incapacitada, no debería justificar la alteración del orden de prelación, si no fuera porque debido a dicho conflicto, en ese caso concreto, la atención, cuidado y representación de los intereses personales y patrimoniales de la madre incapaz se verían perjudicados, o no tan bien atendidos, como si una fundación tutelar se hiciera cargo de la guarda legal de la incapaz. El tribunal de instancia ha prescindido de las personas llamadas a asumir la tutela, sin haberlo motivado en que así lo exige el beneficio del incapacitado.

STS 1945/2015 de trece de mayo. El juicio de incapacidad no puede concebirse como un conflicto de intereses privados y contrapuestos entre dos partes litigantes, sino como el cauce adecuado para lograr la real y efectiva

protección de la persona discapacitada mediante el apoyo necesario para el ejercicio de su capacidad jurídica. Para la determinación de la capacidad, el juez no está vinculado por los hechos aportados por las partes, ni por las pruebas solicitadas, sino que puede tener en consideración todos los hechos que estime relevantes, con independencia del momento en que hubieran sido aportados, y goza de una gran discrecionalidad en la valoración de la prueba practicada que ha de justificar en la motivación de la sentencia. La incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad, y en la medida de lo posible en la realización de un "traje a medida". Por sí, una demencia senil leve, la falta de movilidad, la sordera y una minusvalía administrativa del 90% no tienen por qué determinar la incapacitación total de la persona (Convenio Nueva York 2006): sólo si afecta de forma efectiva a la capacidad de autogobierno, conocimiento de la realidad y realización de juicios de conveniencia o merma de voluntad. Y todo ante la necesidad de dotar de protección a la persona afectada por la incapacidad, tratando de preservar el ejercicio de los derechos y libertades.

STS 298/2017 de 16 de mayo Las reglas sobre prueba de los procesos de modificación de la capacidad se establecen en interés del discapacitado, con el objetivo de fijar los apoyos que precise desde el respeto a derechos humanos y libertades fundamentales. En la valoración de las pruebas en este tipo de procesos, el juez goza de una gran discrecionalidad que debe justificar en la motivación. La Convención, como perspectiva de interpretación del CC y de la LEC: sistema de apoyos para hacer efectivos los derechos de personas discapacitadas. Extensión y límites a la capacidad: deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo más adecuado para el ejercicio de los derechos de la persona y a las particulares circunstancias. Sistemas de apoyo en el Derecho español: tutela, curatela, la guarda de hecho y defensor judicial. La tutela como forma de apoyo más intensa. La curatela como apoyo de menor intensidad, de complemento de capacidad sin sustituir a la persona discapacitada: institución flexible caracterizada por su contenido de asistencia y supervisión, no por su ámbito o extensión. En el caso, procede la curatela, como institución flexible

que, en el caso de personas con discapacidad, no se limita al ámbito patrimonial y que puede extenderse a todo lo que precise la asistencia.

STS 597/2017 de 8 de noviembre En primera instancia se limitó totalmente la capacidad de la demandada en las esferas personal y patrimonial y se nombró tutor a un instituto tutelar público. Recurrida la sentencia por la demandada, esta es revocada parcialmente por la Audiencia quien mantuvo la limitación de la capacidad en lo relativo al control de su enfermedad y a su esfera patrimonial (gestión de actos de especial trascendencia), así como la necesidad de apoyo del tutor para todos estos actos. Recurrida en casación la sentencia por la demandada, la sala acoge en parte sus pretensiones, ya que entiende que la Audiencia ha alcanzado una solución contradictoria con la prueba practicada. Valora que la demandada lleva una vida autónoma, que vive en un piso alquilado por ella misma, que ha reanudado los estudios que dejó cuando comenzó a trabajar y que su enfermedad está estabilizada. En consecuencia, la sala mantiene únicamente las limitaciones con relación al ámbito médico sanitario, que precisarán de apoyo, así como la inhabilitación para el uso de armas, sin embargo, no mantiene las otras limitaciones de su esfera personal y patrimonial por lo que la demandada podrá comparecer en juicio, contraer matrimonio, otorgar testamento, así como mantener el derecho de sufragio. El complemento de sus actos se llevará a cabo por un curador que será el instituto tutelar público.

STS de 2 de diciembre 2017, consideró que el síndrome de Diógenes no exime de la responsabilidad penal.

STS 2987/2018 de 18 de julio en relación con la necesidad de motivación para que el juez pueda apartarse de la designación hecha por el interesado en escritura pública, afirma "*el Juez no está vinculado por ella cuando no sea conveniente para la persona con capacidad restringida, teniendo en cuenta la protección del interés de la persona sometida a este tipo de protección, que está por encima de la autonomía de la voluntad*"

STS 654/2020, de 3 de diciembre, constituye un paradigma del firme propósito de la Sala por confeccionar un *traje a medida* para proteger a la persona discapacitada en cuestión, de acuerdo con su enfermedad y con sus circunstancias personales, tratando de encontrar el equilibrio adecuado entre el mayor respeto posible de su capacidad de obrar y la preocupación por establecer las medidas de apoyo necesarias para garantizar su protección.

STS 269/2021 de 6 de mayo, resume los principios jurisprudenciales recogidos en otras sentencias**,** derivados de la suscripción de la Convención, que son:

1.- Presunción de capacidad de las personas, en tanto no se demuestre cumplidamente que carece de facultades para determinarse de forma autónoma.
2.- Flexibilidad. El sistema de protección no puede ser rígido, sino que se debe adaptar a las conveniencias y necesidades…debe ser un traje a medida
3.- Aplicación restrictiva a las limitaciones de los derechos fundamentales, solo restricciones como sistema de protección.
4.- No alterar la titularidad de los derechos fundamentales, la modificación de la capacidad determina su forma de ejercicio.
5.- Interés superior de la persona con discapacidad, manteniéndolo en su entorno social, económico y familiar.
6.- Consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad**.**
7.- Principio de fijación de apoyos para la toma de decisiones puede abarcar todos los aspectos de la vida, personales, económicos y patrimoniales.

B) Posteriores a la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Sentencia 589/2021 de 8 septiembre y posteriores.

La primera sentencia dictada después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021 es **STS 589/2021 de 8 de septiembre** en la que después de hacer un

repaso a todos los principios recogidos en la Ley e inspirados en la Convención y en el caso concreto, declara acreditado que padece un trastorno que le lleva a recoger y acumular basura, y abandona su cuidado personal de higiene y alimentación, pero que, al margen de ese trastorno de conducta, no se aprecian sustancialmente afectadas sus facultades cognitivas y se muestra contrario a recibir apoyos, sin embargo admite la constitución de una curatela como medida de apoyo contra la voluntad del interesado, en base a los siguientes argumentos que sintetizo (45):

- Conforme a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en caso de oposición se pone fin al expediente y hay que acudir a un procedimiento contradictorio, que no excluye la imposición de medidas de apoyo.
- literalidad del artículo 268 del CC "*atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias"* y la palabra *atenderán* según la RAE puede significar *"tener en cuenta o en consideración algo"* lo que significa que no siempre haya que aceptar su voluntad, si existe causa que lo justifique y en el caso concreto está justificado, pues, le está provocando un grave deterioro personal, degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno.
- el trastorno que sufre la persona lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad.

Concluye el Supremo, que, aunque rectifica la sentencia de instancia al rechazar cualquier limitación de la capacidad, admite la constitución de una curatela para prestar apoyo en el mantenimiento de la higiene y limpieza.

La doctrina en general ha reconocido en la sentencia, la cuidada argumentación y el respeto a los principios de la Ley. Los comentarios han sido muy encontrados:

- entre los que la critican, podemos destacar a la profesora Cristina Amunategui, por entender que, si la Ley ha prescindido del principio de protección no lo pueden aplicar los tribunales, y afirma "*me he mostrado extremadamente*

crítica con la reforma, pero entiendo que una vez aprobada debemos hacer un esfuerzo en cuanto al cambio de mentalidad necesario para proceder a su aplicación, o, recurriendo a la repetida expresión lampedusiana, evitar "que todo cambie para que todo siga igual". Sería un fracaso." Más radical es la crítica de García Rubio, que considera que, no cabe resolver un problema de asistencia social y de convivencia, a través de apoyos. También critica Carlos Marín, que el Tribunal Supremo parece seguir entendiendo que, un juez puede ser mejor intérprete de los intereses de la persona con discapacidad, que ella misma.

- a favor de la misma, Segismundo Álvarez Royo- Villanova, parte de que no es cierto que en la Ley este ausente el principio de protección, y partiendo de la finalidad esencial de la Ley que es la defensa de la igual dignidad de las personas con discapacidad, puede llevar en casos concretos y excepcionales requerir actuación contra su voluntad. La sentencia también acoge el principio del reconocimiento de la diversidad de las personas con discapacidad, en el que el sistema de apoyos es el preferido por la Ley, pero para las personas con discapacidad grave será imposible la comprensión y decisión, y será necesaria una actuación representativa. En el mismo sentido Ignacio Maldonado Ramos (46) y Santiago Castán Pérez Gómez (47). Rodrigo Bercovitz (48) aplaude de forma contundente el criterio del TS señalando "*Es muy de agradecer que la Sala afronte la contradicción y sea clara en su respuesta a la misma, dada la confusión creada por quienes pretenden desconocer que en muchas ocasiones la medida de protección tendrá que adoptarse contra la voluntad de la persona discapacitada a la que se quiera proteger, o incluso prescindiendo totalmente de ella por no ser posible conocerla o conocerla con certeza, anteponiendo siempre a todo lo demás el propósito de protección que se pretende*".

Sentencias posteriores:

STS 3770/2021 de 19 de octubre reitera criterios expresados en sentencias anteriores "Preferencia de la voluntad expresada por la persona con discapacidad sin que existan motivos para desvincularse de esta elección" el mismo criterio la STS 4003/2021 de 2 de noviembre y STS 4879/2021 de 21 de diciembre.

VI.- CRITICAS A LA LEY

Para representantes del CERMI, ponen de manifiesto las siguientes: no se ha creado una red de medidas de apoyo suficientemente amplia, adecuada a las necesidades específicas de las personas con discapacidad; solo se ha dado nuevo contenido a figuras anteriores; el requisito de convivencia para determinar al curador, no siempre es el más adecuado; debería exigirse siempre la intervención de abogado y procurador en los procesos sobre discapacidad para la mayor protección y, su supresión, implica excluirlos del beneficio de asistencia jurídica gratuita; y muy importante, queda por resolver las cuestiones de pensiones, pues hasta ahora el reconocimiento era automático con la sentencia.

Natalia Velilla Antolín (49), magistrada, si bien entiende que la Ley es positiva y necesaria, considera que ha complicado situaciones que se podrían haber mantenido con puntualizaciones para adaptarlas a la Convención; también critica que se mantenga a los menores el sometimiento a tutela, sin darle la posibilidad de ser oídos cuando tengan más de 12 años y suficiente madurez, en determinados actos que les conciernen; con el ánimo de la Ley de igualar a todas las personas con discapacidad, ha suprimido las instituciones de protección permanentes para aquellas personas aquejadas de grave discapacidad psíquica, que ni pueden ni podrán prestar ningún tipo de consentimiento, lo que implica la necesidad de revisión de las medidas, sin que pueda excluirlo el juez, por lo que obliga a padres y familiares a emprender acciones judiciales periódicas; aunque juzga de forma positiva la reforma desde el punto de vista procesal, el incremento de procedimientos judiciales va a sobrecargar a los juzgados; destaca positivamente que se han reconducido estos litigios hacia expedientes de jurisdicción voluntaria, así como que la "entrevista judicial" entre el juez y la persona con discapacidad se reproduzca en todas las instancias; la figura del facilitador para conseguir la conexión de la persona con discapacidad y la fría administración de justicia; sobre todo critica que el legislador no se ha atrevido a regular los internamientos involuntarios en el

artículo 769 de la LEC. Para terminar, se mantiene muy escéptica sobre cómo el ejecutivo piensa reforzar los juzgados con competencia en esta materia.

Josep María Valls I Xufré (5), después de señalar la importancia que el legislador atribuye al notario, critica la escasa regulación sobre cómo ha de actuar el notario.

COUCH ROURA, a propósito del anteproyecto en 2018 manifiesta que "*no es respetuoso con los principios de mínima intervención, de proporcionalidad y de carácter restrictivo de las medidas de protección propugnadas por la Convención*"

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su informe, avalando el anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia considera que "*la implantación de un sistema de autorregulación no debe significar necesariamente una disminución de la intervención judicial. Al contrario, la determinación de los apoyos necesarios en cada caso conlleva una serie de incidencias y trámites que deberían venir acompañados de un aumento cuantitativo y cualitativo de intervención judicial y de la estructura auxiliar de la Administración de Justicia"* requiriéndose para ello más órganos judiciales y personal especializado. La redacción definitiva rectificó, dando preferencia a la voluntad de la persona, sobre las medidas judiciales. En el mismo sentido Miguel Pascual de Riquelme, presidente de TSJ de Murcia.

Carlos Marín Calero (50) en general aplaude la Ley, por el avance que la misma aporta, pero no obstante critica muchas cuestiones de la misma, entre ellas, la afirmación del preámbulo "*basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona* ***quien, como regla general****, será la encargada de tomar sus propias decisiones*", pues debería ser regla única y obligada. La actuación por otro, debería haberse limitado a quien carece de voluntad propia- aún con los apoyos adecuados.

La doctrina también ha criticado la falta de precisión en cuestiones tan transcendentes como los destinatarios de las medidas de apoyo; si la voluntad de la persona con discapacidad tiene o no limites; si cabe la renuncia a los apoyos; el carácter dispositivo o imperativo de algunas disposiciones (prohibición último párrafo articulo 250…).

VII.- CONCLUSIONES

Existen posiciones muy encontradas en la interpretación y aplicación de la Ley y los principios que la inspiran.

Frente a criterios, no solo jurídicos, sino como el señalado por el comité de Bioética de España que apunta que "la preocupación por la autonomía no debe poner en riesgo la protección de las personas con discapacidad, se trata de buscar el equilibrio entre los riesgos que supone dotar de plena autonomía a la persona que se encuentra en una situación de discapacidad y que, al amparo de la misma, se muestra vulnerable y evitar que bajo dicho principio se mantenga una posición injustificada de exclusión social". Y este equilibrio creemos que debe ser el que ha de guiar en la implementación de la Convención, evitando que una extensión irracional de la autonomía permita exponer a aquellos que precisan de una protección frente a decisiones. (Comité de bioética de España 2017, 12).

No podemos criticar los principios introducidos por la reforma, como hacen muchos sectores, basándonos en situaciones extremas en la que se encuentran alguna de las personas con discapacidad, que como he explicado no contempla la Convención aunque sí la Ley, y hay que aplicarla pensando que, entre principios constitucionales en pugna (dignidad, seguridad jurídica, protección a las personas vulnerable,…) hay que buscar el equilibrio, pues no existen principios constitucionales absolutos, salvo el de no sufrir tortura.

Concluyo con las palabras de mi compañero Carlos Marín Calero, "*La Ley 8/2021 aborda un gran número de cuestiones y suscita igual cúmulo de dificultades y problemas, pero, sobre todo, nos proporciona oportunidades y medios para mejorar la vida de las personas con discapacidad. Mejorarla en un ámbito muy determinado, pero importante, uno de los pocos en los que les faltaba la aceptación de la sociedad, el del ejercicio, por sí mismas, de su capacidad jurídica*. (51)

CITAS

(1) BLANCO DIAZ, ANGELES. delegada de derechos humanos representante de confederación ASPACE en Jornada en el congreso de los diputados sobre la Ley 8/2021 celebrada el 13/12/2021.

(2) MARIN CALERO, CARLOS, Notario de Lorca (Murcia) "*La integración de las personas con discapacidad en el derecho civil, una crítica constructiva a la Ley 8/2021"* editorial AFERRE EDITOR S.L. 2022 pág 153

(3) BAREA MARTÍNEZ, MARÍA TERESA, Notario de Granada y decana del Colegio Notarial de Andalucía. "El envejecimiento de la sociedad: principal desafío del siglo"

Revista del Colegio Notarial de Madrid El notario del siglo XXI Nº102 MARZO/ ABRIL 2022 pgs 14 a 17.

(4) CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO Circular Informativa 3/2021 de la comisión permanente del de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad.

(5) VALLS I XUFRÉ, JOSEP MARÍA "El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos" El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio editorial Tirant lo Blanch 2022 página 95.

(6) MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, ALFONSO. Notario de Madrid REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO Nº112, enero-junio 2021 pg 437.

(7) FOSCHIANI, GIULIA. "*El rol del comité de los derechos de las personas con discapacidad"* Fundación Aequitas. Editorial Centro de estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 2007, pg 28 y ss

(8) PALACIOS RIZZO, AGUSTINA. "*La discapacidad como una cuestión d derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*" Ed. Cinca, Madrid 2007, p 13

(9) GOMÁ LANZÓN, JAVIER, filósofo y director de la fundación Juan March. *"Dignidad. La ley del más débil"* Conferencia inaugural del XII CONGRESO NOTARIAL ESPAÑOL celebrado en Málaga los días 19 y 20 de mayo de 2022

(10) PAU PEDRÓN, ANTONIO. Doctor en Derecho, registrador de la propiedad, notario y abogado del Estado. Actualmente consejero de Estado y presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, conferencia inaugural congreso sobre la incorporación de las personas con discapacidad al tráfico económico, Universidad de Murcia febrero 2022

(11) DEMÓFILO MARIANO DE BUEN Y LOZANO. Catedrático de derecho civil en las universidades de Sevilla y Salamanca. Presidió el Tribunal Supremo durante la II república. Anotaciones al Tratado, de Colin y Capitant, II, I pg 302

(12) MARIN CALERO, CARLOS, Notario de Lorca (Murcia) "*La integración de las personas con discapacidad en el derecho civil, una crítica constructiva a la Ley 8/2021"* editorial AFERRE EDITOR S.L. 2022 pág 148.

(13) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, SEGISMUNDO. "Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo de las personas con discapacidad" Revista del Colegio Notarial de Madrid El notario del siglo XXI Nº99 NOVIEMBRE/DICIEMBRE 2021 pg 76 a 81

(14) TENA ARREGUI, RODRIGO. Notario de Madrid "El juicio notarial de la valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad" Revista del Colegio Notarial de Madrid El notario del siglo XXI Nº99 SEPTIEMBRE/OCTUBRE 2021 pg 55

(15) MARIN CALERO, CARLOS, Notario de Lorca (Murcia) "*La integración de las personas con discapacidad en el derecho civil, una crítica constructiva a la Ley 8/2021"* editorial AFERRE EDITOR 2022, introducción, pg 23.

(16) CABANAS TREJO, RICARDO Notario de Torredembarra. Profesor de derecho mercantil de la universidad de Barcelona. "Observaciones irrespetuosas sobre la Ley 8/2021 para la práctica notarial" Blog Notarios y Registradores. 08/09/2021, https//notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/Observaciones-irrespetuosas-sobre-la-Ley-8-2021-para-la-práctica-notarial/

(17) MARIN CALERO, CARLOS. conferencia 04/10/2021 en el Colegio Notarial de Murcia

(18) PASQUAU LIAÑO, MIGUEL. "La reforma de la incapacitación: dignidad personal y derecho a equivocarse" CONTEXTO 9 julio 2020.

(19) PEREÑA VICENTE, MONSERRAT "Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio" El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio editorial Tirant lo Blanch 2022 página 163.

(20) GARCÍA HERRERA, VANESSA, profesora titular de Universidad Rey Juan Carlos, "*Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato"* El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio editorial Tirant lo Blanch 2022 página 352.

(21) LÓPEZ BURNIOL, JUAN-JOSE. Notario de Barcelona "jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados" celebradas en Valencia enero y febrero de 2004, organizadas por el Instituto Valenciano de Estudios Notariales, editadas por el Colegio Notarial de Valencia.

(22) GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. Vocal Permanente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación "*Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad"* Artículo monográfico, editorial jurídica SEPIN, pg 6.

(23) PEREÑA VICENTE, MONSERRAT profesora titular de Universidad Rey Juan Carlos "*Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio"* El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio editorial Tirant lo Blanch 2022 página 159.

(24) MARIN CALERO, CARLOS, Notario de Lorca (Murcia) "*La integración de las personas con discapacidad en el derecho civil, una crítica constructiva a la Ley 8/2021"* editorial AFERRE EDITOR S.L. 2022 pág 16 y siguientes.

(25) MARIN CALERO, CARLOS, Notario de Lorca (Murcia) "*El Derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar";* Ed. Universitaria Ramón Areces, 2014 pág 946 a 948 y siguientes De entre los que destaco: la domiciliación bancaria del cobro de la nómina laboral de una persona con discapacidad intelectual directamente en una cuenta bancaria de la no sea titular; la ausencia de medios normalizados (libreta de ahorro, tarjetas de débito o crédito…) para que una persona con discapacidad pueda disponer del dinero

que gane con su trabajo o industria; las transferencias reiteradas de dinero que una persona con discapacidad o muy mayor realice a favor de una misma persona física o jurídica, sin expresar que con ellas se realiza el pago de una obligación o la remuneración del servicio prestado; las extracciones sistemáticas de dinero, en forma anónima (por medio de cajeros automáticos o acceso telemático); atribución de cotitularidad o la autorización para disponer cuentas bancarias, contratos sobre inmuebles o muebles de gran valor a favor de cuidadores que no tengan relación de parentesco. La concesión, por parte de una persona con discapacidad o muy mayor, de los conocidos "poderes generales", cuando salven la autocontratación y el conflicto de intereses y salvo que se den a favor de ascendientes, descendientes, cónyuge u otros herederos forzosos.

(26) GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ "*Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad"* Artículo monográfico, editorial jurídica SEPIN, pg 9 "*En su fase de anteproyecto, se distinguía entre instituciones de apoyo, que eran únicamente las perfiladas por el legislador, y las medidas de apoyo, que eran, además de las anteriores, las voluntarias diseñadas por el propio interesado. En esa fase el último párrafo del precepto del Anteproyecto que era espejo del actual 250 CC, limitaba la regla prohibitiva señalada a las instituciones de apoyo, dejando que fuera el interesado quien decidiera si sus prestadores de servicios podían o no ser adecuados para ser además sus apoyos voluntarios. El Proyecto de Ley unificó los términos de medidas e instituciones de apoyo, recogiendo en su seno solo las primeras; paralelamente y tal vez de modo inconsciente, extendió a todas ellas la norma prohibitiva que he reproducido y que, a mi parecer es demasiado amplia y categórica, además de escasamente respetuosa con la voluntad de la persona con discapacidad*".

(27) MARIN CALERO, CARLOS, Notario de Lorca (Murcia) "*La integración de las personas con discapacidad en el derecho civil, una crítica constructiva a la Ley 8/2021"* editorial AFERRE EDITOR S.L. 2022 pág 217.

(28) LORA TAMAYO, ISIDORO Notario jubilado *"Autorregulación de la discapacidad en la Ley 8/2021"* Revista jurídica del Notariado julio-diciembre 2021, num 113 pág 167.

(29) FERNANDEZ- TRESGUERRES GARCÍA, ANA. "El ejercicio de la capacidad jurídica" Editorial Aranzadi 2021 pg 70 y ss.

(30) MARIN CALERO, CARLOS, Notario de Lorca (Murcia) "*La integración de las personas con discapacidad en el derecho civil, una crítica constructiva a la Ley*

8/2021" editorial AFERRE EDITOR S.L. 2022, introducción, Tipos de apoyo pg 35 y 36.

(31) LORA TAMAYO, ISIDORO Notario jubilado *"Autorregulación de la discapacidad en la Ley 8/2021"* Revista jurídica del Notariado julio-diciembre 2021, num 113 pág 184.

(32) MARIN CALERO, CARLOS, Notario de Lorca (Murcia) "*El Derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar";* Ed. Universitaria Ramón Areces, 2014 pág 759

(33) FERNÁNDEZ CAMPOS, JUAN ANTONIO Profesor Titular Derechos Civil. Universidad de Murcia**.** Moderador de la cuarta mesa "*Autonomía de la voluntad vs seguridad jurídica en los contratos celebrados por personas con discapacidad psíquica*" Congreso sobre la incorporación de las personas con discapacidad al tráfico económico, Universidad de Murcia 4 de febrero 2022.

(34) FERNANDEZ- TRESGUERRES GARCÍA, ANA. "El ejercicio de la capacidad jurídica" Comentario práctico de la Ley 8/2021. Editorial Aranzadi 2021. Páginas 93 y 94

(35) LOZANO SEMITIEL, MARIFÉ. Directora Gerente Salud Mental Servicio Murciano de Salud. Primera mesa *"El proceso de toma de decisiones en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica"* Congreso sobre la incorporación de las personas con discapacidad al tráfico económico, Universidad de Murcia 4 de febrero 2022.

(36) Dirección General de seguridad jurídica y fe pública https://www.boe.es/boe/dias/2020/09/28/pdfs/BOE-A-2020-11328, resolución de 31 de agosto de 2020, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Reus n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de donación, otorgada por el donatario en su propio nombre y en nombre y representación de la donante.

(37) FERNÁNDEZ- TRESGUERRES GARCÍA, ANA. "El ejercicio de la capacidad jurídica" Editorial Aranzadi 2021 pg 101.

(38) GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. Vocal Permanente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación "*Las medidas de apoyo de*

carácter voluntario, preventivo o anticipatorio" Revista de Derecho Civil Vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018) pag 52.

(39) FERNÁNDEZ- TRESGUERRES GARCÍA, ANA. "El ejercicio de la capacidad jurídica" Editorial Aranzadi 2021 pg 107 "*Los supuestos punitivos- ligados al incumplimiento de obligaciones- no pueden quedar blindados frente a la autoridad judicial (que será, razonablemente del orden penal) y ha de entenderse sujetos a la apreciación judicial.*

(40) HIJAS CID, EDUARDO, Notario de Madrid *"Novedades en la regulación de la autocuratela"* Revista del Colegio Notarial de Madrid El notario del siglo XXI Nº99 noviembre/diciembre 2021, página 27.

(41) CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, SANTIAGO Profesor titular de Derecho Romano Universidad Rey Juan Carlos "*La curatela ¿una nueva institución?* El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio editorial Tirant lo Blanch 2022 página 246.

(42) JIMÉNEZ CLAR, ANTONIO Notario y profesor asociado de la universidad de Alicante *"La autotutela y los poderes preventivos"* jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados, Valencia 12, 19, 26 enero y 3 febrero de 2004, organizadas por el Instituto Valenciano de Estudios Notariales, editadas por el Colegio Notarial de Valencia.

(43) FERNÁNDEZ- TRESGUERRES GARCÍA, ANA. "El ejercicio de la capacidad jurídica" Editorial Aranzadi 2021 pg 96**

(44) VIVAS TESON, INMACULADA catedrática de derecho civil, Revista de derecho civil, vol. VIII, num 2 (abril-junio 2021).

(45) ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, SEGISMUNDO. Notario de Madrid "Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021 (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021) Revista del Colegio Notarial de Madrid El notario del siglo XXI Nº102 MARZO/ABRIL 2022 pgs 24 a 29.

(46) MALDONADO RAMOS, IGNACIO Notario de Madrid "Diógenes y el Tribunal Supremo" Revista del Colegio Notarial de Madrid El notario del siglo XXI Nº100 NOVIEMBRE/DICIEMBRE 2021 pgs 70 a 74.

(47) CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, SANTIAGO Profesor titular de Derecho Romano Universidad Rey Juan Carlos "*La curatela ¿una nueva institución?* El

ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio editorial Tirant lo Blanch 2022 página 232.

(48) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, Catedrático de Derecho Civil. *Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* Revista Jurídica del Notariado Número 113 julio-diciembre 2021, pág 53.

(49) VELILLA ANTOLÍN, NATALIA. titular del Juzgado de primera instancia Nº7 de Móstoles, *"Una visión crítica a la Ley de apoyo a las personas con discapacidad"*. Revista del Colegio Notarial de Madrid El notario del siglo XXI Nº99 SEPTIEMBRE/OCTUBRE 2021 pag 12 a 16.

(50) MARIN CALERO, CARLOS, Notario de Lorca (Murcia) "*La integración de las personas con discapacidad en el derecho civil, una crítica constructiva a la Ley 8/2021"* editorial AFERRE EDITOR S.L. 2022 pág 147

(51) MARIN CALERO, CARLOS, Notario de Lorca (Murcia) "*La integración de las personas con discapacidad en el derecho civil, una crítica constructiva a la Ley 8/2021"* editorial AFERRE EDITOR S.L. 2022, introducción, pg 9.

BIBLIOGRAFIA

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, SEGISMUNDO "Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo de las personas con discapacidad" Revista del Colegio Notarial de Madrid El notario del siglo XXI Nº100 NOVIEMBRE/DICIEMBRE 2021; "Protección o derecho a equivocarse en la Ley 8/2021 (más sobre la STS de 8 de septiembre de 2021) Revista del Colegio Notarial de Madrid El notario del siglo XXI Nº102 MARZO/ ABRIL 2022.

BAREA MARTÍNEZ, MARÍA TERESA, Notario de Granada y decana del Colegio Notarial de Andalucía. "El envejecimiento de la sociedad: principal desafío del siglo" Revista del Colegio Notarial de Madrid El notario del siglo XXI Nº102 MARZO/ABRIL 2022.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, Catedrático de Derecho Civil. *Sobre la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* Revista Jurídica del Notariado Número 113 julio-diciembre 2021.

CABANAS TREJO, RICARDO, "Observaciones irrespetuosas sobre la Ley 8/2021 para la práctica notarial" Blog Notarios y Registradores. 08/09/2021.

CARTA DE NACIONES UNIDAS, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, SANTIAGO, Profesor titular de Derecho Romano Universidad Rey Juan Carlos "*La curatela ¿una nueva institución?* El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio editorial Tirant lo Blanch 2022.

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

CONGRESO SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL TRÁFICO ECONÓMICO: UN DESAFIO

PARA EL SISTEMA DE APOYOS, celebrado en la Universidad de Murcia los días 3 y 4 de febrero de 2022.

FERNANDEZ- TRESGUERRES GARCÍA, ANA. "El ejercicio de la capacidad jurídica" Comentario práctico de la Ley 8/2021. Editorial Aranzadi 2021.

FOSCHIANI, GIULIA, Traductora e interprete, voluntaria de la ONG "SOLOCOM". "*El rol del comité de los derechos de las personas con discapacidad"* Fundación Aequitas. Editorial Centro de estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 2007.

GARCÍA HERRERA, VANESSA, profesora titular de Universidad Rey Juan Carlos, "*Los poderes preventivos: cuestiones derivadas de su configuración como medida de apoyo preferente y de su articulación en torno a la figura contractual del mandato"* El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio editorial Tirant lo Blanch 2022.

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela. Vocal Permanente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación "*Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad"* Artículo monográfico, editorial jurídica SEPIN.

HIJAS CID, EDUARDO, Notario de Madrid *"Novedades en la regulación de la autocuratela"* Revista del Colegio Notarial de Madrid El notario del siglo XXI Nº99 NOVIEMBRE/DICIEMBRE 2021.

JORNADA DE ESTUDIO Y REFLEXION EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, celebradas 13/12/2021 a instancia de fundación Aequitas, Once y Cermi, con la participación de diputados de los distintos grupos parlamentarios.

JORNADAS SOBRE LA NUEVA LEY DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE DISCAPACITADOS, Valencia 12, 19, 26 enero y 3 febrero de 2004, organizadas por el Instituto Valenciano de Estudios Notariales, editadas por el Colegio Notarial de Valencia.

LORA TAMAYO, ISIDORO Notario jubilado *"Autorregulación de la discapacidad en la Ley 8/2021" Revista jurídica del Notariado julio-diciembre 2021, num 113 págs 159-2000.*

MADRIDEJOS FERNÁNDEZ, ALFONSO. Notario de Madrid REVISTA JURIDICA DEL NOTARIADO Nº112.

MARIN CALERO, CARLOS, Notario de Lorca. "*El Derecho a la propia discapacidad. El régimen de la capacidad de obrar";* Ed. Universitaria Ramón Areces, 2014; *"La integración jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*" Ed universitaria Ramón Areces 2005 III premio Aequitas de investigación jurídica en la prevención, rehabilitación, integración social o promoción de las personas con discapacidad; Distintas sesiones en el Colegio Notarial de Murcia; "*La integración de las personas con discapacidad en el derecho civil, una crítica constructiva a la Ley 8/2021"* editorial AFERRE EDITOR 2022.

PALACIOS RIZZO, AGUSTINA Coordinadora de la Sección Discapacidad. Universidad Carlo III. Premio CERMI 2007-2008 "*La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*" 2Ed. Cinca, Madrid 2007.

PASQUAU LIAÑO, MIGUEL. Magistrado. Profesor de derecho civil de la Universidad de Granada. Novelista. "La reforma de la incapacitación: dignidad personal y derecho a equivocarse" CONTEXTO 9 julio 2020.

PEREÑA VICENTE, MONSERRAT Profesora titular de derecho civil Universidad Rey Juan Carlos "Una contribución a la interpretación del régimen jurídico de las medidas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica consagradas en la Ley 8/2021 de 2 de junio". El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio editorial Tirant lo Blanch 2022.

TENA ARREGUI, RODRIGO Notario de Madrid "El juicio notarial de la valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad" Revista del Colegio Notarial de Madrid El notario del siglo XXI Nº99 SEPTIEMBRE/OCTUBRE 2021.

VALLS I XUFRÉ, JOSEP MARÍA Notario de Barcelona "El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos" El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la ley 8/2021 de 2 de junio editorial Tirant lo Blanch 2022

XII CONGRESO NOTARIAL ESPAÑOL celebrado en Málaga los días 19 y 20 de mayo de 2022 *"El envejecimiento de la sociedad: principal desafío del siglo"*

CONTESTACIÓN

AL DISCURSO DE INGRESO DE LA EXCMA. SRA. Dª. BEGOÑA PORTILLO MUÑOZ

POR EL EXCMO. SR. D. MIGUEL ÁNGEL CUEVAS ALDASORO

Queridísima Begoña:

Quiero agradecerte en primer lugar el inmenso honor y el gran placer que supone para mí el que me hayas encargado esta contestación a tu Discurso de Ingreso en nuestra Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.

Excelentísimo Señor Presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia; Excelentísimos Señoras y Señores Académicos; dignísimas Autoridades; señoras y señores:

Begoña Portillo nació en Murcia, precisamente en la calle Alfaro, en la misma en que, desde su creación, tiene su sede el Ilustre Colegio Notarial de Murcia. Toda una señal. Estudió Derecho en nuestra querida Facultad de la Universidad de Murcia en la promoción 1981-1986, donde, como yo unos años antes, tuvo como profesor de Derecho Civil a Don Juan Roca Juan, académico de esta Real Academia y padre del actual Presidente de nuestra corporación. Creo sinceramente que el magisterio de Don Juan nos marcó a los dos.

Sin antecedentes familiares, pero con una profunda vocación iusprivatista, preparó las oposiciones a Notarías en la vieja Academia murciana de Notarías y Registros, Academia que muchos todavía añoramos, y en la que recibimos las enseñanzas de su Director, José Tomás Bernal-Quirós, verdadero padre espiritual de todos nosotros, y también las de nuestro hoy compañero académico Bartolomé Nieto.

Begoña Portillo ingresó en el Cuerpo de Notarios en 1991. Desde entonces ha ejercido la profesión fuera siempre de los grandes conglomerados urbanos: ha sido siempre Notaria de pueblo. Con toda la dignidad y toda la grandeza

que conlleva esa expresión; porque, en el pueblo, con poquísimos juristas en el ámbito privado y en la Administración, se practica y se aconseja en toda clase de materias jurídicas, y porque la mayor y general inmediación con el ciudadano permite entablar una relación mucho más cercana con los problemas de los individuos.

Begoña ha servido las Notarías de Benilloba, Chelva y Enguera, todas en el interior de la Comunidad Valenciana. Allí llegó a aprender valenciano, fruto de su estrecha relación con las personas y de su integración en el pueblo. En 2007 regresó a la Región de Murcia para servir la Notaría creada en Ceutí, cuya Notaría sigue desempeñando en la actualidad.

La nueva académica colaboró en las iniciativas formativas, culturales y administrativas del Ilustre Colegio Notarial de Valencia. Ya en Murcia, se incorporó a la Academia de preparación de oposiciones dependiente del Colegio Notarial con muy notorios frutos, y habiendo sido su Directora durante seis años. Al propio tiempo, ha formado parte de la Junta Directiva de Nuestro Ilustre Colegio Notarial, como Tesorera, desde 2012 a 2020.

A nivel doctrinal es conferenciante y ponente habitual en los ciclos organizados por el Colegio Notarial de Murcia y ha sido profesora de un Máster de Postgrado en la Universidad de Murcia sobre Familia y Sucesiones.

Begoña es, en suma, una excelente Notaria y une a una perfecta preparación, puesta de manifiesto en su brillante carrera, en la superación de la oposición, en su magisterio y en sus trabajos doctrinales, una práctica concienzuda y constante. Por todo ello esta Corporación se enriquece con su presencia.

Enrique GIMÉNEZ-ARNÁU define el Notario como "un profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados" (GIMÉNÉZ-ARNÁU, Enrique, "Derecho Notarial Español",

Volumen I, Pamplona, 1964, página 50). El ejercicio de la función notarial exige un profundo conocimiento del Derecho y una puesta al día permanente. Ya lo señalan las Siete Partidas al afirmar que los Notarios "deven ser de buen entendimiento e leales e de poridad. E de buen entendimiento conviene que sean, porque si tales non fuessen, non sabrian fazer las notas derechamente, e apuestas, assi como deven ser fechas" (Partida Segunda, Título Noveno, XXIV Ley 7ª).

La preparación del Notario es imprescindible para la práctica de su profesión, y esa preparación del Notario se ha puesto de manifiesto a nivel social y a nivel institucional, como es buena prueba la presencia de Begoña Portillo en nuestra Academia.

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, como nos acaba de decir Begoña, introduce unas modificaciones trascendentes y revolucionarias, y no sólo por su amplitud, sino, además, por el cambio que supone para el tratamiento de la discapacidad.

Esta Ley es el último y definitivo eslabón en la cadena de normas que han implementado en nuestro ordenamiento jurídico la Convención de la Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York en 2006 y que España ratificó en 2008. A nivel sustantivo, yo caracterizaría la reforma por recoger el esencial principio que sienta el artículo 12.2 de la citada Convención: el reconocimiento de que "las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida". Sin perjuicio de que este principio ya estaba ínsito en nuestro ordenamiento a raíz de la ratificación de la Convención y de las disposiciones que la siguieron, lo que hace la Ley de reforma es consagrar a todos los niveles este principio en el ámbito jurídico y en el social.

En el nivel de la técnica legislativa llaman la atención dos cuestiones. La primera es la supresión o superación de la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Siguiendo a Don Federico DE CASTRO, capacidad jurídica es una cualidad o manifestación de la personalidad y consiste en ser susceptible de derechos y obligaciones (DE CASTRO Y BRAVO, Federico, "Derecho Civil de España", tomo II, Madrid, 1952, página 45), mientras que la capacidad de obrar es "la cualidad jurídica de la persona que determina –conforme a su estado- la eficacia jurídica de sus actos" (DE CASTRO Y BRAVO, Federico, obra citada, páginas 49 y 50). Tras la Ley de 2021, siguiendo el criterio de la Convención de Nueva York, habrá que distinguir sólo entre capacidad jurídica y ejercicio de esa capacidad jurídica.

La segunda cuestión es la recuperación de la vieja terminología romana en materia de tutela y curatela. En Derecho Romano, y así lo consagra el Digesto, tutor era el guardador del menor huérfano, mientras que al loco o furiosus e le asignaba un curador (DIGESTO, Libro XXIV, Título I, números 1 y 3, tomado de "El Digesto de Justiniano", versión castellana por A. D'Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, tomo II, página 203). No varía la terminología en las Siete Partidas, aunque engloba a tutores y curadores bajo el término castellano de guardadores (Partida Sexta, Título XVI, leyes I y XIII). Después de que el Código Civil, en su versión inicial, aplicara la tutela a menores e incapacitados, ignorando la palabra curatela, y de que la reforma de 1983 aplicara la tutela a los menores e incapacitados sin capacidad ninguna de obrar y la curatela a quienes tenían la capacidad de obrar limitada, la Ley de 2021 ha vuelto a los criterios clásicos de llevar la tutela al ámbito de los menores y la curatela al de los discapacitados, pudiendo ser la curatela de éstos bien representativa, bien asistencial.

Con buen criterio ha dedicado Begoña una de las partes de su brillante estudio al consentimiento de los discapacitados, pues el consentimiento es el primer requisito del negocio jurídico, es por ello esencial para la práctica notarial y, además, la Ley de reforma ha dado lugar a un nuevo enfoque a la hora de entenderlo.

Ahora bien, la realidad de la vida y la Medicina nos enseñan que hay supuestos en los que la persona, por razón de enfermedad, no puede prestar el consentimiento, o porque no es capaz de formarlo, aunque lo exprese, o porque no es capaz de expresarlo. En estos casos ni hay consentimiento ni puede recibirlo el Notario. Al respecto es muy claro el número 2º del artículo 663 del Código Civil introducido por la Ley de 2021, en cuanto establece que no puede otorgar testamento "la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su última voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello".

En los otorgamientos en los que intervenga Notario, es a éste a quien corresponde apreciar la capacidad, conforme claramente determina el artículo 665 del Código, también reformado, para los testamentos, y, para los actos inter vivos, el artículo 156.8º del Reglamento Notarial, que conserva su vigor. El Notario deberá negar su ministerio cuando, a su juicio, el sujeto no sea capaz de formar y expresar su consentimiento, y lo denegará en aplicación del artículo 145 del propio Reglamento Notarial. Y es que, a nivel personal, a quienes se encuentran en esta situación de imposibilidad de consentir, sólo cabe prestarles atención, respeto y cariño. Y, a nivel negocial, no queda más remedio que recurrir al apoderado con poder preventivo de la propia discapacidad o al curador.

Otra cosa ocurre, sin embargo, con aquellos discapacitados psíquicos que, de alguna manera, sí puedan formar y prestar el consentimiento. El párrafo final añadido al artículo 25 de la Ley el Notariado prescribe que, para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante Notario, éstas podrán utilizar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos...". El artículo 665 del Código, antes aludido, establece para los testamentos en este punto que el Notario "procurará que la persona 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".

Con gran acierto explica la nueva académica cómo, habiendo apoyos legalmente establecidos para el discapacitado, habrá que recurrir a ellos. La obligatoriedad de su inscripción en el Registro Civil y la necesidad legal de contar con ellos hace imprescindible, como también subraya, un Registro Civil capaz de suministrar información prácticamente en tiempo real. Como suele ser habitual, ha entrado en vigor la norma antes de ser dotado el Registro Civil con los medios materiales adecuados para que aquélla pueda ser plenamente cumplida.

Si no hay apoyos legalmente establecidos, como también ha indicado Begoña Portillo, la función del Notario será indagar la voluntad del otorgante y calificar la corrección del apoyo que presente. Habrá, pues, que desterrar la vieja práctica de encerrarse el Notario a solas con el otorgante presuntamente discapacitado para indagar la voluntad y habrá que permitir la asistencia de las personas que le acompañen, juzgando siempre el Notario la idoneidad de estas personas de las que el sujeto se auxilie.

Defiende Begoña la presencia ante el Notario del discapacitado aun en los casos de curatela representativa, siempre que tenga suficiente capacidad, y a los efectos de participar en la actuación de que se trate. E incluso cabría, creo yo, que el Notario recogiera una manifestación de voluntad del curatelado que tenga a juicio del Notario suficiente capacidad, por la que dicho curatelado se pronuncie en sentido contrario a lo dispuesto o pretendido por su curador representativo, y ello a los solos efectos de la valoración por la Autoridad Judicial de la voluntad o de los deseos de la persona con discapacidad.

Otra de las partes esenciales del discurso de la recipiendaria ha sido la dedicada a los documentos públicos que tienen por contenido la regulación de la discapacidad de una persona. Con meridiana claridad nos ha ido exponiendo quiénes son las personas destinadas a las medidas de apoyo; los principios o disposiciones generales en la materia, incluyendo la necesaria formación general y específica de los operadores jurídicos en medidas de apoyo a las

personas con discapacidad; y quiénes son otorgantes y titulares de las medidas de apoyo y el contenido de éstas.

Seguidamente ha tratado el discurso por separado de las tres clases de estos documentos públicos: escrituras públicas de medidas de apoyo, los poderes preventivos y la autocuratela. De los tres, sólo el primero es de nuevo cuño en nuestro Derecho, y el carácter abierto de su regulación permite muy amplias posibilidades a la hora de disponer. Los poderes preventivos de la propia discapacidad ya estaban regulados en nuestro ordenamiento y se usaban con cierta frecuencia sobre todo por personas ancianas; según estadísticas recientes y posiblemente por el efecto psicológico de la Ley de reforma, su otorgamiento se ha incrementado en un setenta por ciento. La autotutela ya era recogida por el Código antes de la reforma; ahora la regulación de la autocuratela es bastante más amplia. Aconseja Begoña que se hagan constar en la escritura las causas y circunstancias que han llevado al otorgante a designar a tal o cual persona curador; desde luego es aconsejable, aunque no es imprescindible.

La parte final del discurso de ingreso está dedicada a la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la Ley de reforma que aplica la Convención de Nueva York y a la jurisprudencia posterior a dicha Ley. Efectivamente, de las sentencias que con gran tino extracta la autora, puede colegirse la perfecta integración de los principios de dicha Convención en nuestra práctica jurídica. Yo destacaría la sentencia 1945/2015, de 13 de mayo, referida, entonces, al juicio de incapacidad y que afirma que tal juicio es el cauce adecuado para lograr la real y efectiva protección de la persona discapacitada. Y la 269/2021, de 6 de mayo, que resume los principios jurisprudenciales determinados por otras sentencias anteriores y derivados de la Convención de Nueva York.

En cuanto a la jurisprudencia posterior a la Ley, la primera sentencia, la 589/2021, de 8 de septiembre, admite la constitución de una curatela en contra de la voluntad del afectado, sobre la base de que el interés de la persona con discapacidad está por encima incluso de su propia voluntad. Se ha planteado con ello la tensión entre voluntad del interesado e interés del mismo, lo que

suscita una animada controversia doctrinal y dará lugar sin duda en el futuro a muchos otros fallos e interpretaciones.

Termina nuestra nueva académica su brillante estudio aludiendo a las críticas de la Ley, que son muchas, variadas y con muy diferentes puntos de vista. A mí algunas de estas críticas me recuerdan la opinión que del Código Civil inicial formuló Don Federico de Castro en relación con la acusación que se hizo al mismo de indeterminación de sus conceptos. Dejó escrito el maestro: "Esa pretendida imprecisión es una de las ventajas de nuestro Código, lo hace asequible al pueblo cuya vida ha de regir, evita las abstracciones alejadas de la vida y el esoterismo sibilino de otros textos, y le deja una flexibilidad que permite su adecuación a las circunstancias y su información por los principios generales" (DE CASTRO Y BRAVO, Federico, obra citada, tomo I, Madrid, 1949, páginas 209 y 210).

Concluye el discurso con una cita de nuestro maestro y compañero Carlos Marín Calero, autor de la que es posiblemente la mejor monografía que se ha publicado sobre la nueva Ley (MARÍN CALERO, Carlos, "La Integración de las personas con discapacidad en el Derecho Civil. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021", Barcelona, 2022). Brillantes y acertadísimas palabras para concluir el discurso.

En fin, creo que el discurso que acabamos de escuchar es una muy buena obra doctrinal que ha sido elaborada por una gran jurista, que une a una excelente preparación teórica el saber práctico que proporciona el ejercicio cotidiano de la Notaría.

Con toda honestidad te digo, querida Begoña, que esta institución es más completa y se mejora con tu presencia. Enhorabuena por tu discurso y por tu ingreso en esta Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.

De todo corazón, sé bienvenida.