



IUS. Revista del Instituto de Ciencias  
Jurídicas de Puebla A.C.

ISSN: 1870-2147

revista.ius@hotmail.com

Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla  
A. C.  
México

Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro  
Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario  
IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., vol. IX, núm. 36, julio-  
diciembre, 2015, pp. 7-60  
Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C.  
Puebla, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293244044002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica  
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# Comparecencia de una persona con discapacidad ante el notario\*

## *Appearance of a disabled person before the notary*

Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez\*\*

### RESUMEN

*Se analiza la situación de la persona con discapacidad a la luz de la Convención de la onu sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, examinando su recepción en el derecho español y extrayendo conclusiones para la práctica notarial.*

**PALABRAS CLAVE:** Discapacitado, integración, complemento, dignidad, notario.

### ABSTRACT

*This is an analysis of the situation of a disabled person in the light of the UN Convention on the rights of disabled persons of 2006, examining its reception in Spanish law and extracting conclusions for notarial practice.*

**KEY WORDS:** Disabled, integration, complement, dignity, notary.

---

\* Recibido: 9 de febrero de 2015. Aceptado: 16 de marzo de 2015.

\*\* Notario en Alcalá de Henares, España. (i.loratamayo.r@notariado.org)

## SUMARIO

1. Situación jurídica de las personas con discapacidad
2. Documentos notariales en previsión de la propia discapacidad
3. Intervención ante el notario de una persona con discapacidad

## 1. Situación jurídica de las personas con discapacidad

Tratar de la capacidad de la persona constituye un reto y un desafío, pues la persona es lo nuclear del derecho civil y la protección de sus derechos la parte más digna y específica de la actividad notarial. Por ello, no nos debe extrañar que muchos de los negocios jurídicos tendentes a proteger a la persona hayan nacido en los despachos notariales.

Vamos a centrar nuestra exposición en la discapacidad de tipo intelectual; pero antes de entrar en el estudio específico de su comparecencia ante el notario, conviene que reflexionemos sobre su situación jurídica. A nuestro juicio, existen dos hitos importantes: el primero, el reconocimiento de algunos ordenamientos jurídicos que la capacidad del llamado incapaz debía adaptarse a su capacidad natural; y el segundo, la Convención Internacional del año 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad (en adelante la Convención).

### 1.1 Primer hito. Graduación de la capacidad

Hasta el año 1983, el Código Civil español no hacía matices en la capacidad de la persona. A la persona o se le reconocía plena capacidad, en cuyo caso no se le podía incapacitar, o se la incapacitaba judicialmente, en cuyo caso se le negaba prácticamente la capacidad de obrar. Era más radical que el Código Civil cubano de 1987, cuyo artículo 31 incluye entre las personas carentes de ejercicio de la capacidad jurídica (las consideradas incapaces): a los menores de diez años y a los mayores de edad declarados judicialmente incapacitados. Valdés Díaz,<sup>1</sup> al comentar este precepto, afirma: “Se trata de un pronunciamiento legislativo de alcance general, que abarca a todos los actos

---

<sup>1</sup> Citada por PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. “El notario ante las recientes o posibles reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de autoprotección: Crónica de un protagonismo anunciado”, en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 88-89, 2014, pp. 579-655. PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. “Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: Un intento de posibles respuestas”, en *Revista Jurídica del Perú*, No. 143, enero, 2013, pp.179-200.

en los cuales pueda involucrarse un sujeto, de manera que toda su actuación queda vetada y corresponderá al representante legal del incapacitado obrar en nombre de aquél”.

Sin embargo, con base en el artículo 30 del mismo Código cubano, algunos autores como Pérez Gallardo consideran que la persona, en principio, puede realizar todos los actos jurídicos civiles, salvo aquellos para los cuales la resolución judicial de incapacitación así lo ha previsto. Por ese motivo, ha de verse como lo que es: una excepción al pleno ejercicio de la capacidad de obrar del agente. No obstante, este mismo autor se lamenta de la práctica de declarar judicialmente incapacitada a la persona en supuestos en los cuales no se explora las posibles potencialidades del sujeto.<sup>2</sup>

Esa era la situación de la legislación española hasta el año 1983, criticada especialmente por las asociaciones de discapacitados, que se lamentaban cómo frente a sus esfuerzos para incorporar lo más posible a quienes tenían una discapacidad, el derecho les cerrara las puertas, negándole más alternativas que la capacidad plena o la incapacidad absoluta. Recuerdo, por ejemplo, los problemas que se planteaban con el intento de insertar a estas personas en el mundo laboral: si contrataban ellos solos, el contrato podría ser declarado nulo por falta de capacidad del sujeto, pero si lo hacía su representante legal se estaba atentando contra la dignidad de la persona, en el sentido de que era un tercero quien estaba comprometiendo el trabajo ajeno.

A pesar de la rigidez del sistema, el TS en sentencia de 5 marzo 1947 entendió que la ley entonces vigente tenía una laguna, pues no permitía regular los efectos de la debilidad o el atraso mental como distintos de los de la demencia o locura, laguna que colmó ajustando la extensión de la tutela al grado de intensidad con que se manifiesta en cada caso la perturbación. Esta sentencia fue seguida por las de 13 mayo, 1960, 25 marzo, 1961, 17 abril, 1965, y 6 febrero, 1968.

El Código Civil se reforma en 1983 y después la Ley de Enjuiciamiento Civil o Ley procesal, que al regular el proceso de incapacitación judicial dispone en su artículo 760: “La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”. Es decir, la extensión de la incapacitación ha de adaptarse a la capacidad natural de la persona incapacitada, por lo que el artículo 267 del Código Civil dispone: “El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación”.

---

<sup>2</sup> *Ibidem*.

Ello supuso, a nuestro juicio, un gran paso tanto en un plano jurídico como en el moral. Moralmente, al suponer el reconocimiento de la propia individualidad de la persona discapacitada. Congruente con ello, el artículo 268 del Código Civil añade: “Los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica”.

Efectivamente, tenemos la tendencia a clasificar a las personas por género o por especies; se dice: “los españoles o los cubanos son de tal o cuál manera”, como si cada español o cubano no fuera un mundo diferente. Pues bien, esa simplificación es aún mayor y más degradante cuando de personas discapacitadas se trata. Si nos centramos en las personas afectadas por síndrome de Down, es frecuente oír que se trata de personas muy cariñosas, alegres, que se les dan muy bien las manualidades o la música, que tienen mucha paciencia, etcétera. Estos prejuicios indignan a los familiares de estas personas, pues una y otra vez dicen “cada uno es distinto”.

Es decir, son personas, y como tales cada cual tiene su propia individualidad, y el derecho tiene la obligación de reconocer esa individualidad. Conozco casos excepcionales que han cursado estudios universitarios; otros que han tenido una formación profesional; los hay aptos para oficios concretos y los hay que no consiguen autonomía alguna. Es del todo injusto dar un tratamiento igual a lo desigual. Más aún, las discapacidades intelectuales que pueden afectar a las personas son de una variedad infinita; por poner algunos ejemplos, una persona Down nada tiene que ver con una persona autista o con otra que tenga un trastorno límite de la personalidad. Los apoyos por razón del tipo concreto de discapacidad, y dentro de ella de su propia individualidad, han de ser muy distintos.

## 1.2 Segundo hito. Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad

La citada Convención fue aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, firmada el 30 de marzo de 2007, por el Plenipotenciario de España, ratificada por su majestad el rey de España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008; entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Abreviadamente, la llamaremos la Convención. Algunas anécdotas en torno a su elaboración nos pueden ayudar a profundizar en su promulgación:<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Estas anécdotas están copiadas de una interesante conferencia dada en la Fundación AMAI, por Manuel Lora-Tamayo Villacieros, notario de Madrid y gran estudioso en temas de discapacidad, en torno a los discapacitados *Boder Line*.

- Es la primera Convención de la ONU del siglo XXI, y la que se negoció con mayor rapidez en toda su historia, debido, entre otras cosas, a la existencia de internet y las nuevas tecnologías.
- Normalmente, en una Convención los grupos de personas afectadas (en este caso las familias y las organizaciones de discapacitados) “hacían pasillo” mientras se negociaba la misma, transmitiendo sus opiniones e ideas a los delegados durante los recesos. Sin embargo, en este caso, la participación de las ONG fue muy activa durante toda la negociación, no sólo formando parte de las delegaciones, sino haciendo oír también sus opiniones durante las propias reuniones y negociaciones de la Convención.
- En el momento inicial, fue ratificada nada más y nada menos que por 81 países y también por la Unión Europea, como entidad independiente.
- La concepción de la discapacidad difería mucho por culturas. Así, en países como China, Rusia y países islámicos, aunque se reconocía la posibilidad de que las personas con discapacidad pudieran tener derechos, no se les reconocía la capacidad para ejercerlos por sí mismos. Fue tan fuerte su oposición que se llegó a una solución de compromiso, con un novedoso sistema de pie de página en ruso, árabe y chino, en el cual se excluía lo que se denomina capacidad de obrar. No obstante, en la redacción final dicha nota fue suprimida.

El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad y el respeto de su dignidad inherente (artículo 1). En ella se desarrollan diferentes derechos humanos. Brevemente, enumeramos los contemplados, para centrarnos con detalle en los que afectan a las diferentes esferas del derecho civil, que son objeto de nuestro estudio.

El acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales (artículo 9).

El derecho a la vida como inherente a todos los seres humanos en igualdad de condiciones con las demás (artículo 10).

Libertad y seguridad de la persona discapacitada en igualdad de condiciones con las demás, impidiendo que la existencia de una discapacidad justifique una privación de la libertad (artículo 14).

Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Ninguna persona será sometida a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido a experimentos médicos o científicos sin su libre consentimiento (artículo 15).

Protección contra la explotación, la violencia y el abuso (artículo 16).

Protección de la integridad personal. Toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones que las demás (artículo 17).

Libertad de desplazamiento y nacionalidad (artículo 18).

Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (artículo 19).

Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (artículo 21).

Respeto de la privacidad (artículo 22).

Respeto del hogar y de la familia (artículo 23).

Derechos y acceso a la educación (artículo 24), salud (artículo 25), trabajo y empleo (artículo 26).

Derecho a tener un nivel de vida adecuado y a la protección social (artículo 28).

Derecho de participación en la vida política y pública (artículo 29).

La Convención no se limita a hacer una enumeración de los derechos anteriores, sino que hace una regulación de ellos, lo cual no es frecuente en las convenciones internacionales. Por ejemplo, en lo relativo a los derechos y acceso a la educación, no sólo recoge los derechos de igualdad en la educación, sino que concreta la necesidad de educación integrada, de que sea gratuita y de calidad, que se hagan los ajustes razonables en los programas educativos, que se facilite el aprendizaje en Braille, sistemas bimodales u otros para disminuciones sensoriales, que se forme al profesorado. Esto es muy importante, porque no deja al completo arbitrio de los Estados el desarrollo de los derechos de la Convención, sino que marca un camino muy concreto.

Se dice que la Convención pasa de un modelo médico o rehabilitador a un modelo social o integrador. O sea, de considerar que las personas con discapacidad eran unas personas enfermas a quienes tenía que apartarse de la sociedad y someterse a un tratamiento médico, se pasó a una consideración que tiene presente toda su dimensión humana y personal, que parte de una situación de desventaja social que debe ser compensada mediante la adaptación de la sociedad a sus necesidades, y no al revés, y que está basada en la dimensión universal de los derechos fundamentales de la persona. O sea, el problema lo tendría la sociedad, que debe poner medios necesarios para que la persona con discapacidad pueda integrarse; por tanto, no es el problema del propio *discapaz*. La integración debe ser a todos los niveles, en pie de igualdad.

Ya desde el inicio, la Convención, en el propio concepto de discapacidad, dice: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

### 1.3 *La capacidad jurídica en la Convención.<sup>4</sup> Planteamiento general*

En la enumeración de los derechos de la personas con discapacidad, bajo la rúbrica: “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, el artículo 12 de la Convención dispone:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y

<sup>4</sup> Es imprescindible en esta materia la obra de MARÍN CALERO, CARLOS. *El derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*, Editorial Universitaria Ramón Areces - Fundación Aequitas, Madrid, 2013.



tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Destacamos y entrecomillamos el principio general que resulta de esta artículo: “Las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica y tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, sin perjuicio de que los Estados adopten las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. Observemos, por tanto, que se invierte el planteamiento clásico:

- La capacidad la tiene el discapacitado, cuya voluntad y preferencias se han de respetar. Es él quien en principio deberá actuar y no anulando éstas su representante legal. No cabe una sustitución de la persona del discapaz, salvo que no pudieran de ninguna manera expresar su voluntad, y necesitara de un apoyo constante
- Sin perjuicio de ello, el discapacitado puede necesitar de medidas de apoyo, pero éstas deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.
- La incapacidad ya no puede ser un estado civil diferente; las personas con discapacidad también deben tener posibilidad para obrar. Debe existir una integración también en el mundo jurídico. Ya no se trata de incapacitar, sino, como apuntan algunos autores, de “capacitar”, lo que supone ver la cuestión desde el punto de vista positivo, de la capacidad y de las cualidades de la persona con discapacidad.

### 1.3.1 *Recepción en el derecho español*

En teoría, lo correcto es sostener que la Convención, desde su publicación en el BOE, es de aplicación directa en nuestro derecho. Ello es lo congruente con el artículo 45 de la Convención que, al tratar de su entrada en vigor, dispone:

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de

ratificación o adhesión. 2. Para cada Estado y organización regional de integración que ratifique la Convención, se adhiera a ella o la confirme oficialmente una vez que haya sido depositado el vigésimo instrumento a sus efectos, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado su propio instrumento.

Por su parte, el artículo 96-1 de la Constitución Española dispone:

“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”. En armonía, el artículo 1 del Código Civil español añade: “5. Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado”.

España ratificó la Convención el 23 de noviembre de 2007, la cual se publicó en el Boletín Oficial del Estado el 21 de abril de 2008, y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Si ello es así, desde esta fecha debería considerarse lo contenido en la Convención como derecho interno español. No olvidemos, además, que el artículo 49 de la Constitución española contiene un mandato de protección de las personas con discapacidad. Establece: “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

Algunas sentencias de nuestros Tribunales de Justicia califican a la Convención como norma de derecho interno. Así la SAP de Barcelona, Sala 18, de 25 de noviembre de 2014, considera:

La Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, que entró en vigor como parte de nuestro derecho interno el 3 mayo 2008, establece la obligación de respetar en la medida de lo posible la capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad, estableciendo medidas inherentes a la protección de dichas personas en cuanto a su integridad personal, administración de sus bienes, libertad de desplazamiento, derecho a vivir de forma independiente, a la salud, a la

participación en la vida política y pública, entre otros derechos. Entre las posibilidades legales para la protección de tales personas debe, pues, buscarse la más adecuada al caso concreto. No debe modificarse el estado civil de una persona si hay otros medios menos gravosos para atender a las situaciones y necesidades de la persona que precisa cierta ayuda para su desenvolvimiento autónomo. A tal fin, nuestra legislación regula diversas instituciones para proveer de guarda y protección a la persona y bienes o sólo a la persona o los bienes, mediante constitución de la tutela, como establece el art. 222 ss, curatela art. 223 ss, defensor judicial art. 224 ss, guarda de hecho art. 225 ss, asistencia art. 226 ss, patrimonio protegido art. 227 ss, prórroga o rehabilitación de la potestad parental, art. 236-33 y 34, todos ellos del Código Civil de Cataluña, entre otras figuras protectoras.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa del 11 de febrero de 2011 aplica de lleno el espíritu y mandato del artículo 12 de la Convención, basado en la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad, al reconocer a un joven con síndrome de Down el derecho a votar, casarse y testar. Esta es la primera vez que en España un tribunal plasma en una resolución el principio general que la Convención consagra en su artículo 12: el reconocimiento de que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en todos los aspectos de su vida, en igualdad de condiciones con las demás. Delimita la capacidad de obrar de la persona con discapacidad y establece los medios de apoyo que necesita para el pleno disfrute y ejercicio de sus derechos. El fallo de la sentencia es el siguiente:

- 1º.- La incapacitación parcial de D. S. alcanzando la misma al aspecto patrimonial de su autogobierno y especialmente a los actos de administración patrimonial extraordinarios entendiéndose por tales los enumerados en el artículo 271 del cc.
- 2º.- La rehabilitación de la patria potestad de sus progenitores mediante la atribución a los mismos de:
  - La representación del demandado para la realización de los actos de administración extraordinarios de su patrimonio entendiéndose por estos los enumerados en el artículo 271 del cc.
  - La asistencia y apoyo del demandado en la administración ordinaria de su patrimonio, que conservará el demandado, en particular la administración de las rentas que perciba por razón de su trabajo.
  - La asistencia y apoyo del demandado en las decisiones personales de

especial trascendencia que afecten a la fijación de su residencia o a sus relaciones laborales.

3º.- La conservación y no afectación de los siguientes derechos civiles del demandado:

- Derecho de sufragio.
- Derecho a contraer matrimonio en relación con el cual el otorgamiento del consentimiento válido se regirá por sus normas específicas y sin perjuicio de eventuales medidas de protección de su patrimonio en relación con el régimen económico matrimonial.
- Derecho a disponer de sus bienes *mortis causa* que igualmente se regirá por sus normas específicas en cuanto a la validez de tales disposiciones.<sup>5</sup>

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de marzo de 2013, se subraya el “cambio de paradigma” que ha supuesto primero la aprobación y luego la aplicación, en nuestro país,<sup>6</sup> de la Convención, a la hora de abordar en la sede jurisdiccional la problemática de la discapacidad. Se señala, asimismo, que las modificaciones necesarias en el proceso judicial se difieren a un proyecto de ley que debiera haber sido remitido por el gobierno a las cortes generales, en el plazo de un año a partir del 2 de agosto de 2011.

En una sentencia de la Audiencia Nacional, del 2 de noviembre de 2009, no se aborda el tema de la capacidad jurídica de la persona. Se refiere al tema de la obtención, por un discapacitado, de una beca de estudio. Pero aplica la Convención sobre la normativa española. Parte de que el artículo 24 establece el derecho de los discapacitados a la educación, en igualdad de oportunidades con los demás; asegura un sistema de educación inclusiva a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida. Con base en este artículo, el Tribunal estima que no exigir los citados requisitos académicos para la obtención de la beca al recurrente constituye un “ajuste razonable” que debe hacerse sobre la normativa general, en atención a la discapacidad que presentaba el solicitante de la beca.

La Fiscalía General del Estado dictó la Instrucción número 3/2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas.

<sup>5</sup> Insistiremos posteriormente en ello, pero es interesante observar cómo en esta sentencia no se sigue el esquema puro, por así decirlo, de la tutela, en la cual tiene toda la representación el tutor o la curatela, donde combina ambas funciones.

<sup>6</sup> Artículo 96, en relación con el artículo 49 de nuestra Constitución y la Ley 26/2011, del 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Ley 26/2011, del 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención, realiza esta adaptación a casi todas las materias objeto de la Convención. Así, trata de la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad a las telecomunicaciones y a la sociedad de la información, comercio electrónico, espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación, transportes, bienes y servicios a disposición del público, relaciones con las administraciones públicas, administración de justicia y patrimonio cultural, el derecho a la sanidad sin que la discapacidad sea causa de discriminación, acceso al mundo laboral. Además, se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación de las personas con discapacidad auditiva y ciegas.

Sin embargo, esta ley no se atrevió con la adaptación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad a la Convención. En su disposición adicional séptima, retrasa la adaptación para un momento posterior, concediendo al gobierno el plazo de un año a partir de su entrada en vigor para remitir a las cortes generales un proyecto de ley para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención. Dicho proyecto establecerá la determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad.

A fecha de hoy, el mandato al gobierno de regular esta materia no se ha hecho. Ello ha merecido críticas de las personas ocupadas y preocupadas por la integración de los discapacitados intelectuales. El órgano encargado del seguimiento de la Convención, en sus observaciones al informe del Estado español, en septiembre de 2011, ha llegado a reprochar directamente al gobierno de nuestro país el retraso en aplicar una nueva legislación que regule el alcance y la interpretación del artículo 12.

La Ley 26/2011, del 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención, ha sido desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1276/2011, del 16 de septiembre. La única referencia con interés en materia de capacidad es la relativa a los testigos en los documentos notariales, tema de escasa trascendencia y que causa una cierta frustración, pues pierde la oportunidad de regular algo mucho más importante, como la comparecencia ante el notario como otorgantes de las personas con discapacidad.

Los proyectos legislativos que afectan a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no parecen adaptarse del todo a la Convención. Recientemente, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) criticaba el Anteproyecto de jurisdicción voluntaria, preparado por la Comisión General de Codificación (sección especial para la regulación de la jurisdicción voluntaria) del Ministerio de Justicia, con las siguientes palabras:

Es de deplorar que futuras leyes en trámite como la propuesta de Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria de la que hemos tenido conocimiento, también dejen sin solventar esta situación (su Título II, que regula la jurisdicción voluntaria en materia de personas, aún conserva figuras como la tutela y la curatela, que son incompatibles absolutamente con la Convención, por no garantizar los derechos de las personas con discapacidad; asimismo, es de criticar el mantenimiento a lo largo de todo el texto de un vocabulario totalmente irrespetuoso con las personas con discapacidad, al referirse a las mismas como “incapaces”). Se diría que el órgano que ha redactado el borrador no conoce la Convención de la Discapacidad, tratado internacional de derechos humanos, ni ha asumido sus valores, principios y mandatos. No es sostenible tras la entrada en vigor en nuestro país de la Convención, pues burla sus prescripciones. Ni esta futura Ley, ni ninguna otra en adelante, debieran abstraerse a la necesidad de observancia y respeto absoluto a la Convención.

Este anteproyecto se convirtió en proyecto de ley aprobado por el gobierno en agosto de 2014. En él se sigue hablando de tutela y curatela, pero no se emplea el término de incapaces, sino el de personas con capacidad modificada judicialmente. Por su parte, en el anteproyecto de modificación del Código Civil, para la integración del artículo 12.4 de la Convención en el artículo 216, exige en el ejercicio de las funciones tutelares el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con capacidad modificada judicialmente y evitar que haya conflicto de intereses ni influencia indebida. El artículo 268 introduce en el ejercicio del cargo de tutor la salvaguarda de la capacidad de decisión, preferencia, voluntad e intereses del tutelado. La posición de nuestro Tribunal Supremo queda recogida, entre otras, en la sentencia del 29 de abril de 2009.

En las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2012 y 24 de junio de 2013 se reinterpreta la curatela a la luz de la Convención y se ordena su aplicación, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención.

El Tribunal Supremo considera que nuestro sistema no requiere una reforma profunda en la materia. Debe considerarse que la protección del Código Civil en materia de discapacidad no es incompatible con la Convención; basta adaptarlo a las circunstancias concretas de la persona con discapacidad y que la curatela sea el instrumento más adecuado para, manteniendo su

personalidad, establecer un complemento de su capacidad para protegerla. La jurisprudencia más avanzada de tribunales inferiores se decanta por esta curatela, entendida como una prestación de apoyo que no suplente la voluntad de la afectada, sino que la refuerza, controla y encauza, y complementa su deficiente capacidad. Por lo tanto, su función no es de representación, sino de asistencia y protección, en cuanto presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y estén especificados en la sentencia, los cuales no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial.

Recientemente, el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de noviembre de 2014, consideró:

En aplicación de lo dispuesto por el artículo 1.5 del Código Civil, las normas jurídicas contenidas en la Convención son de aplicación directa, y, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución Española, los principios de la Convención deben ser aplicados para resolver los casos referentes a los derechos fundamentales y a las libertades.

Esta argumentación le sirve para respetar la voluntad de la incapacitada en cuanto al nombramiento de tutor, pero no va más allá.

## 2. Documentos notariales en previsión de la propia discapacidad

Nos referimos a las posibilidades de que una persona plenamente capaz quiera tomar las previsiones necesarias por si perdiera su capacidad. Tratamos de los poderes preventivos, de la autotutela y de la previsión global de la discapacidad.

### 2.1 *Poderes preventivos*

20 Aceptamos definirlos, con gran parte de la doctrina, como “aquellos en que una persona plenamente capaz, en previsión de padecer una futura patología incapacitante, faculta a otra u otras para realizar en su nombre actos y negocios, que produzcan sus efectos en su persona y bienes, dentro de los límites y en la forma establecidos”. Esta figura, actualmente, es conocida y utilizada en la práctica notarial.

El artículo 1732 del Código Civil, en su número 2, prevé la extinción del mandato por la incapacitación del mandatario; pero, en su párrafo último, dispone:

El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.

Por tanto, la incapacitación o, empleando la terminología del proyecto, la capacidad modificada judicialmente del mandante no siempre producirá la extinción del mandato, como se disponía antes, sino sólo cuando no ha establecido otra cosa el propio mandante: bien porque el mandato se celebra para este supuesto (mandato de protección) o bien porque se establece que subsista el mandato ya otorgado, a pesar de la modificación judicial de la capacidad (mandato prorrogado).

Estamos ante dos modalidades de apoderamiento preventivo: *a)* el apoderamiento normal u ordinario, en el cual se prevé su subsistencia o continuación a pesar de la discapacidad sobrevenida del poderdante (en estos casos, el poder despliega sus efectos desde el momento del otorgamiento —salvo que exista otro tipo de previsión— y, una vez sobrevenida la incapacidad del poderdante, se mantiene su vigencia); y *b)* el previsto expresamente para el supuesto de modificación de la capacidad judicial del poderdante.

La incapacitación referida en el primero de los supuestos, como literalmente dice el Código Civil, es la judicial. Pero si se declara subsistente en caso de incapacitación judicial, podrá dejarse subsistente para caso de discapacidad no declarada judicialmente. En el segundo de los supuestos, se trata de una discapacidad sobrevenida, apreciada conforme con lo dispuesto por el poderdante. Aquí no se habla de incapacitación, sino de incapacidad; es decir, se está contemplando más una discapacidad física o psíquica que no ha producido una modificación judicial de la capacidad y es el poderdante quien determinará los supuestos de esta discapacidad, pues él da el poder para este supuesto. ¿Cómo acreditar que se está ante el supuesto de discapacidad? Normalmente, con un certificado médico o incluso con un certificado administrativo, lo cual puede ser ágil si se obtuvo ya para otras finalidades, como pensiones o prestación de dependencia.

La doctrina discute la naturaleza de estos apoderamientos preventivos. Algunos lo consideran como un contrato que se manifiesta en la órbita de la representación voluntaria y al cual debería aplicarse las normas del mandato. Otros estiman que estamos ante unas situaciones cuasi tutelares. Las consecuencias prácticas de una u otra postura son evidentes. Si es un contrato, se



regirá en principio por la voluntad de las partes. Si se trata de instituciones cuasi tutelares, no se podrá prescindir sin más de las normas reguladoras de los organismos tutelares.

Con Parra Lucán,<sup>7</sup> creemos que estas dos posturas son complementarias. El problema, como dice esta autora, es concretar en qué medida las funciones que la ley atribuye al juez y al ministerio fiscal en materia de protección de incapaces suponen un límite a la voluntad del interesado. Prueba de que estamos ante situaciones intermedias entre el mandato y las protecciones tutelares, es que el Código Civil introduce estos poderes en sede de mandato, pero con ocasión de la Ley 41/2003, del 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. En esta misma ley, al tratar de las previsiones tutelares, se dice en el artículo 223 del Código Civil: “cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”.

### 2.1.1 *Poder o mandato prorrogado*<sup>8</sup>

En estos casos, existirá la sentencia judicial de modificación de la capacidad y el poder o mandato prorrogado. El juez, al dictar la sentencia, habrá tenido presente este poder, pues el artículo 46 ter de la Ley del Registro Civil dispone: “En todo caso el notario autorizante notificará al Registro Civil donde constare inscrito el nacimiento del poderdante las escrituras de mandato o de otra relación o situación jurídica de la que se derivara la atribución de apoderamiento a favor de cualquier persona para el caso de incapacidad del poderdante”.

Por su parte, aunque no se trate de materia de poder preventivo en sentido estricto, el artículo 223 del Código Civil dispone:

Cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el

<sup>7</sup> PARRA LUCÁN, MARÍA ÁNGELES. En Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas (Dir.), *Tratado de derecho de familia*, tomo 6, pp. 254 y ss, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

<sup>8</sup> Véase RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, MANUEL. “Organización de la propia discapacidad. Poderes y mandatos preventivos”, en *sic*, Colegios Notariales de España, Fundación Aequitas.

juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.

Por ello, cuando el apoderado de una persona con capacidad modificada pretenda realizar cualquier acto o negocio jurídico deberá exigirse, además de la copia autorizada de la escritura de poder, testimonio de la sentencia modificativa de la capacidad y examinar si contiene alguna previsión sobre las facultades conferidas en el poder prorrogado.

Ciertamente, la sentencia modificativa de la capacidad no produce por sí misma la extinción del poder, pues la intención del poderdante es su subsistencia, no obstante la incapacitación; pero no olvidemos que el juez, al constituir el organismo tutelar, como dice al final el artículo 1732 del Código Civil, puede resolver la terminación del poder otorgado. Creemos que si el juez tiene tal facultad, es lógico pensar que cuando en el poder se otorguen varias facultades o se trate de un poder general, pueda dar por terminada (o incluso limitar) sólo algunas de ellas. Dentro de las limitaciones, estaría la exigencia de la autorización judicial para determinados actos.

Esta interpretación puede ayudarnos a salvar las dudas que surgen en relación con el artículo 271 del Código Civil: si cuando el poderdante otorgó al apoderado facultades debe exigirse para su ejercicio autorización judicial.<sup>9</sup> A nuestro juicio, si el juez en la sentencia no ha dispuesto otra cosa, el poder debe subsistir en los mismos términos y con idénticas facultades con las cuales el poderdante lo otorgó, pues esta era su voluntad y deberá respetarse, si el juez no hizo un pronunciamiento diferente. Tengamos en cuenta que el artículo 1732 habla de continuación del poder, por voluntad del poderdante, sin restricción alguna. De aquí la importancia de que el juez, al dictar la sentencia, tenga muy presente el poder, y que los notarios, al autorizar cualquier documento, tengan presente y examinen con detenimiento las previsiones de la sentencia y el contenido del poder.

<sup>9</sup> El artículo 271 del Código Civil dispone: "El tutor necesita autorización judicial: 1.º Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. 2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. 3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado. 4.º Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades. 5.º Para hacer gastos extraordinarios en los bienes. 6.º Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. 7.º Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años. 8.º Para dar y tomar dinero a préstamo. 9.º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado. 10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado".

Creemos que esta interpretación es la congruente con el artículo 224 del Código Civil, que dice: “Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”. La sentencia del Tribunal Supremo, del 17 de julio de 2012, Sala Primera, concluye:

En los ordenamientos que han previsto la delación voluntaria de la tutela, 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 [...] En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el Art. 234.1 cc debe efectuarse en resolución motivada.

De lo anterior se deduce que si por algún motivo el juez no hubiese tenido presente el poder en el expediente de incapacitación, por lo cual no pudo hacer pronunciamiento alguno sobre él, debe ponerse en su conocimiento la existencia del mismo. A nuestro juicio, si se pretendiera otorgar una escritura, con base en este poder, ignorado judicialmente, el notario no debe autorizar la escritura y notificar al juez su existencia. No creo que el poder deba considerarse extinguido, como sostiene Parra Lucán,<sup>10</sup> pues en la medida que el juez lo considere subsistente valdrá lo hecho por el apoderado, pero sí que ningún funcionario, como el notario, pueda admitirlo.

Es importante tomar en cuenta la instrucción 4/2008, de la Fiscalía General del Estado, que manifiesta que para salvaguardar el patrimonio del incapaz, los fiscales requerirán a los familiares que aporten una copia del poder otorgado por el demandado. Cuando se conozca la existencia de poderes otorgados por el presunto incapaz, los fiscales solicitarán la suspensión de su eficacia, y la notificación de modo fehaciente al apoderado de la medida acordada. Cuando no se conozca la existencia de poderes otorgados por el presunto incapaz, los fiscales solicitarán la suspensión de la eficacia de cuantos poderes hubieren sido otorgados por el demandado, y la notificación de modo fehaciente de la medida acordada al guardador de hecho, o al defensor judicial según los casos. Se deberá solicitar que la medida cautelar se convierta en definitiva para el caso de que la sentencia sea estimatoria, salvo cuando quede evidenciada la conveniencia para el beneficio del tutelado de mantener la vigencia el poder otorgado.

---

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 257.

Se plantea la duda si la persona designada como apoderado puede ostentar el cargo de tutor cuando fuera el llamado legal o voluntariamente a la tutela. ¿Surge un conflicto de intereses? El Código Civil, en el artículo 244, establece que no pueden ser tutores los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado. Creo que, en este caso, no puede hablarse de un conflicto de intereses con el incapacitado, en sentido estricto, pues es probable que la persona en quien concurren ambos cargos no tenga interés personal en el asunto.

Existe un conflicto (no sé si de intereses) entre ambos cargos, que, intuyo, los hace incompatibles. El tutor tiene que vigilar la actuación del apoderado, por propia definición y por mandato expreso del artículo 1732. ¿Cómo va a vigilarse a sí mismo? El artículo 1732 le está dando este encargo de vigilancia, y eso nos da también una cierta tranquilidad. Habría, en cierto sentido (recalco las palabras en cierto sentido), una confusión: ¿Puede uno ser apoderado de sí mismo? Si el tutor es el representante legal de la persona con la capacidad modificada: ¿cómo va a ser también su apoderado? Sería además paradójico que, como apoderado, tuviera más facultades que como tutor. Podríamos poner como ejemplo a una persona que como tutor pretende enajenar inmuebles de una persona con la capacidad modificada judicialmente; al pedirle la autorización judicial, nos dirá: “entonces no actúo como tutor sino como apoderado”.

Cuando se pretenda un otorgamiento ante notario con base en un poder o mandato prorrogado, creemos que el apoderado debe manifestar si ha variado la capacidad del poderdante, en el sentido de que exista declaración judicial modificativa de la capacidad. En caso afirmativo, el notario deberá solicitar testimonio judicial de la sentencia y obrar en consecuencia, como antes veíamos. El problema surge cuando la manifestación del otorgante no responda a la verdad. Concretamente, el apoderado manifiesta que no ha variado la capacidad del poderdante, cuando en la realidad existe una sentencia modificativa, en la que el juez resolvió dar por terminado el mandato. Surge la pregunta sobre la validez del negocio jurídico que se formalice con base en un poder o mandato prorrogado que el juez declaró extinguido.

Para contestar a la pregunta, debemos partir del artículo 1738 del Código Civil, según el cual: “Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe”. Este artículo exige ignorancia en el mandatario de la extinción del mandato y buena fe en el tercero para la validez de la actuación. Respecto a éste, el hecho de conocer que al poderdante le fue modificada judicialmente su capacidad, no supone conocimiento de la extinción del mandato, porque tal modificación no extingue automáticamente el poder.

Es necesario que tenga conocimiento de que el juez decretó su extinción, para lo cual debería notificársele formalmente. Si el mandatario conoce efectivamente la extinción del poder, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, interpretando el artículo 1738, considera que el tercero que contrató no queda protegido, aunque haya actuado con buena fe, es decir, considerando que el mandato estaba vigente.

Pérez Ramos<sup>11</sup> sostiene el mismo criterio que la sentencia de 13 de febrero de 2014, pues recoge la tesis defendida por los primeros comentaristas del Código Civil. Considera que debe seguirse una interpretación correctora del artículo 1738 del Código Civil, teniendo en cuenta la protección que merece la apariencia voluntariamente creada por el poderdante; pero añade que, incluso aunque admitiéramos simplemente una interpretación literal del artículo 1738 del Código Civil, podríamos llegar a la misma solución que se desprende de su interpretación corregida, tratándose de poderes notariales, aplicando la regla general de los artículos 1218 y 1219.

Conforme al primero, la escritura de poder hace prueba “aún contra tercero”, y por tanto, “incluso a favor de tercero” del “hecho que motivó su otorgamiento”, es decir, que se concedió un poder. En consecuencia, el tercero puede confiar que el poder sigue vigente. En virtud del artículo 1219 del Código Civil, la escritura está hecha “para desvirtuar otra anterior entre los mismos interesados”. En este caso, la escritura de revocación de poder que pretende desvirtuar la anterior sólo producirá efectos contra terceros “cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiese procedido el tercero”. De manera que el tercero puede apoyarse en la escritura de apoderamiento y no le perjudicará la de revocación, en tanto no la conozca (porque entonces sería de mala fe) o pudiera conocerla.

Finalmente, es verdad que en el interesante dilema entre seguridad estática y dinámica están en pugna dos intereses igualmente lícitos; pero el titular de uno de ellos —el tercero de buena fe— no tiene más culpa que haber confiado en el instrumento que el ordenamiento crea para contratar con quien no está presente; mientras que el poderdante, igualmente de buena fe, a lo menos es responsable de haber creado la apariencia en la que el segundo ha confiado.

A la argumentación de Pérez Ramos, en el caso de los poderes o mandatos prorrogados, objeto de nuestro estudio, debe tenerse en cuenta que el poderdante, cuando tenía plena capacidad, creó una apariencia aún mayor, al disponer su subsistencia, no obstante la incapacitación, y que en el caso

<sup>11</sup> PÉREZ RAMOS, CARLOS. “¿Qué le pasa al Tribunal Supremo con los poderes?”, *El notario del siglo xxi*, No. 54, marzo/abril, 2004.

de no constar en el Registro Civil la revocación del poder, la protección del tercero debe ser más intensa, conforme con los principios informadores de la publicidad dimanante de la inscripción.

En contra de lo que sostiene esta sentencia, Espejo Lerdo de Tejada<sup>12</sup> se ha manifestado con estas palabras:

No podemos estar de acuerdo con el resultado de este criterio literal de interpretación, que, aunque resulta cómodo, introduce unas desigualdades en la aplicación de nuestro sistema de protección de los terceros de buena fe que, a nuestro juicio, resultan injustificadas. Es decir, que el resultado del litigio llega a una solución que supone dotar de consecuencias jurídicas diversas a supuestos de hecho similares o análogos, lo que introduciría una radical incoherencia en el conjunto del ordenamiento jurídico.

### 2.1.2 Poder o mandato de protección

En estos casos, se otorga el poder previendo la discapacidad futura del poderdante, pero partiendo de que no se modificará judicialmente su capacidad. El procedimiento judicial modificativo de la capacidad produce socialmente rechazo en la mayoría de las ocasiones. Es un procedimiento contencioso en el cual la persona con discapacidad es demandada por sus familiares. Este procedimiento se evita si una persona capaz otorga un poder para que el apoderado actúe en los casos de discapacidad física o psíquica apreciada conforme a lo ordenado por el otorgante. La utilidad práctica de la figura es evidente, pero no olvidemos que las acciones del apoderado obligan al poderdante, aún sufriendo éste una discapacidad y sin que exista control judicial o extrajudicial de su actuación. Esto nos obliga a hacer algunas reflexiones, siguiendo en esta materia a Carlos Marín Calero.<sup>13</sup>

La existencia de estos poderes, sobre todo cuando se trata de poderes generales, puede suponer una autotutela establecida por la persona en previsión de su discapacidad.<sup>14</sup> Tal y como se configuran, el apoderado sustituye al poderdante discapacitado, invirtiendo el paradigma de la Convención, el cual procura que sea el discapacitado quien intervenga, con los apoyos que fuere necesario. En el poder de protección, como regla general, se prescindirá del

<sup>12</sup> ESPEJO LERDO DE TEJADA, MANUEL. "La interpretación literal del art. 1738 cc y la representación aparente. A propósito de algunas Sentencias recientes del Tribunal Supremo", en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, No. 1, 2015.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 741.

<sup>14</sup> No obstante, algunos autores destacan el carácter contractual de estos poderes.

discapacitado. Podría argumentarse que ello es lo que ocurre en cualquier supuesto de apoderamiento; según el artículo 1727 del Código Civil, “el mandante debe cumplir todas las obligaciones que el mandatario haya contraído dentro de los límites del mandato”.

Sin embargo, existe una diferencia importante: si el poderdante no sufre discapacidad, en cualquier momento puede revocar el poder, y en el mandato de protección, al existir la discapacidad en el poderdante, la revocación se dificulta o incluso se imposibilita. Marín Calero<sup>15</sup> escribe:

En caso de que el poderdante haya perdido la opción real de revocar, por causa de discapacidad, debe entenderse también que ha perdido la capacidad para que se celebre en su nombre nuevos contratos, como serán los que se realicen por el apoderado tras ese cambio en su situación personal, de modo que deberían devenir ineficaces por Ley los poderes otorgados.

No debe entenderse esta frase fuera del contexto en que la enuncia el autor, pues daría la sensación de que aboga por la extinción de estos poderes, al devenir una discapacidad profunda en el poderdante, con los peligros que ello supondría para la seguridad del tráfico jurídico. Se trata de una advertencia muy importante que debe tenerse en cuenta en el momento de otorgarse estos poderes y en la dinámica o aplicación de los mismos.

Debe tomarse en cuenta que la existencia del poder o mandato de protección no exime a las personas de promover la constitución de la tutela “desde el momento que conocieren el hecho que las motivare”,<sup>16</sup> y que, como dice el artículo 230: “cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela”. Ello significa que, si bien es cierto que el discapacitado puede no estar en condiciones de revocar el poder, la ley prevé la posibilidad de que otros promuevan constituir la tutela. Ello da posibilidad al juez de pronunciarse sobre la extinción o subsistencia de estos poderes, conforme dispone el artículo 1732 del Código Civil. Por otro lado, si los obligados a promover la constitución de la tutela, conocedores de la existencia del poder, pudiendo hacerlo, no lo hacen, están permitiendo tácitamente la actuación del apoderado; sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios causados a la persona con

<sup>15</sup> *Op. cit.*, p. 745.

<sup>16</sup> Artículo 229. “Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”.

discapacidad, esta “permisión tácita” podría suponer un *venire contra factum* propio que les impidiese pedir la nulidad de lo hecho por el apoderado. No parece lógico que los terceros tengan que soportar las consecuencias de la inactividad de los obligados y que estos se beneficien de ella.

En algunos casos, este apoderado tendría una situación bastante parecida al guardador de hecho, tomando en cuenta la situación fáctica y jurídica del poder; incluso su guarda es más sólida, por así decirlo, que la de cualquier otro, pues se apoya en la voluntad del discapacitado, expresada cuando tenía capacidad. De ser así, como considera la SAP de Valladolid, sentencia 3, del 1 de febrero de 2015, con apoyo en el artículo 304 del Código Civil:<sup>17</sup> “El legislador acoge la teoría de la eficacia plena de los actos realizados por el guardador de hecho que hubieren redundado en utilidad o beneficio del menor o presunto incapaz [...] Y, como la utilidad es una cuestión de hecho, que habrá de ser objeto de prueba en el proceso y sobre la cual habrá de pronunciarse el juez”.

Para nuestra jurisprudencia, esta guarda de hecho tiene semejanza con la situación tutela. Así lo considera la SAP de Córdoba, sentencia 2, del 13 de diciembre de 2012:

Pero no es menos cierto que comparte este tribunal el criterio de que la guarda de hecho es una institución regulada jurídicamente que contiene un régimen equiparable a la tutela en determinados aspectos, reputándose válidos los actos efectuados por el guardador que redunden en beneficio del incapaz. Es precisamente el principio de protección de éste, en cuanto persona desvalida, lo que propicia una interpretación amplia al referido precepto sustantivo.

La SAP Vizcaya, sentencia 4, 13 de febrero de 2008, se manifiesta en términos parecidos: “La guarda de hecho, regulada en los arts. 303, 304 y 306 del Código Civil es en gran medida asimilable a la tutela pues, en definitiva, estamos en presencia de una tutela de hecho o no constituida formalmente”.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Artículo 304 del Código Civil: “Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad”.

<sup>18</sup> El respeto al buen guardador de hecho se manifiesta en una sentencia del Tribunal Superior del 27 de octubre de 2010: “cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, ni se excluye ni se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección”.



Partiendo de las consideraciones anteriores, examinamos a continuación dos fases de este tipo de poder. La primera sería la relativa al otorgamiento del poder. En ella el asesoramiento del notario al poderdante de las consecuencias es capital y, por obvio, no insistimos en ello. Sin embargo, queremos recalcar que debe huirse de la aplicación de poderes estereotipados, como los poderes generales, y procurar hacer un traje a medida, adaptado a las necesidades y circunstancias personales de cada persona. Los notarios deben ser conscientes de la importancia de este tipo de poder, pues puede condicionar el futuro del poderdante y las dificultades que puede tener para controlar al apoderado. Nos permitimos a continuación señalar algunas posibilidades.

Es frecuente que estos poderes se otorguen no sólo para el caso de discapacidad, sino también para el supuesto de que la misma no exista, pero que subsistan en caso de que se produzca una discapacidad física o psíquica del poderdante. Creemos que las facultades del apoderado en uno y otro caso no deben coincidir. Mientras la persona está en pleno uso de sus facultades, puede interesarle un poder dinámico, prácticamente para todo, pero cuando esté con una discapacidad física o psíquica seguramente la función del apoderado debe ser más conservadora, tendente a asegurar la decorosa subsistencia del poderdante en términos semejantes a los que tenía, disponiendo de sus bienes sólo para finalidades muy específicas, como la de obtención de liquidez con las que pagar una asistencia médica, salarios a personas que le cuiden, gastos de una residencia, etcétera.

Diferenciar cuándo el apoderado tiene plenas facultades o cuando estén disminuidas para determinar si debe usar el poder en uno o en otro sentido puede ser difícil, por lo que no debe afectar a la seguridad jurídica, en orden a la contratación con terceros. Así, quizá la distinción entre una y otra situación debe tener efectos internos en la relación poderdante y apoderado, pero no afectar al tercero que contrate de buena fe, con base en un poder que consta en escritura pública, debidamente acreditado.<sup>19</sup>

Insistimos en que el notario debe indagar lo que realmente se pretende prevenir y no aceptar la práctica cómoda de un poder general, sino procurar facultades concretas para situaciones determinadas. No es lo mismo las facultades dispositivas respecto a inmuebles que respecto a participaciones en fondos de inversión; las facultades dispositivas respecto a acciones que cotizan en bolsa o derechos de suscripción preferente, que las relativas a participaciones sociales en una sociedad de responsabilidad limitada.

<sup>19</sup> Ciertamente, este "traje a medida" debe también hacerse en los supuestos del poder o mandato prorrogado, con la diferencia que en estos casos, al existir una declaración judicial, el juez actuará en consecuencia.

Por otro lado, conviene que el apoderado tenga algunos controles e indagar si en algunos casos debe actuar individualmente y en otros en conjunto, con otros apoderados e incluso si en algunas facultades debe contarse con la intervención del propio poderdante, cuando su capacidad lo permita.<sup>20</sup> Podría incluso ser interesante prevenir que un tercero pudiera revocar el poder, en todo caso o en algunos supuestos, y la posibilidad de personas ante quienes deban rendirse cuentas.

Otorgado el poder, entramos en la fase en que el apoderado pretende ejercitar las facultades que en el mismo se le confirieron. Deberá acreditar que se ha producido la situación prevista por el poderdante para usar el poder. Marín Calero<sup>21</sup> estima que si el apoderado llega a la conclusión leal de que el poderdante sigue comprendiendo la situación y mantiene su voluntad de apoderar, debe continuar desempeñando el mandato recibido, pero si considera que el poderdante no comprende lo suficientemente bien el asunto, debe dirigirse a las personas que tienen obligación de instar la tutela, o incluso al Ministerio Fiscal, para que adopte las decisiones pertinentes. Salvo que cause mayores perjuicios con la demora, el apoderado deberá abstenerse de actuar, hasta tanto reciba las instrucciones oportunas.

Sin embargo, no creemos que de *lege data* estos poderes queden revocados cuando la persona tenga un grado de discapacidad que le impida comprender las actuaciones del apoderado y la posibilidad de revocarlos. Ninguna norma establece esta revocación y el artículo 1732 del Código Civil lo admite expresamente. En esta línea, el Real Decreto Legislativo 1/2013, del 29 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece en su artículo 3, inciso *a*, como principio de actuación “El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas”.

De considerar estos poderes revocados, carecerían de sentido su utilidad y la persona discapacitada quedaría perjudicada, pues nadie se atrevería a contratar con ella en estas circunstancias. Es interesante al respecto la sentencia del Tribunal Supremo del 30 de noviembre de 2014, la cual considera:

<sup>20</sup> Inmaculada Espiñeira Soto insiste en estas ideas, al decirnos que el notario debe huir, rotundamente, de las denominadas “cláusulas de estilo”. Por ejemplo, la “auto-contratación” no tiene por qué abarcar todas y cada una de las facultades encomendadas al apoderado, ni sobre todas las facultades encomendadas tiene que ser permitida la sustitución o delegación.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, p. 747.

Puede subrayarse la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso.

En este tipo de poder, si la persona, por su discapacidad, ha perdido la comprensión, nos encontramos ante un sistema de autotutela que choca con los principios informadores de la protección a las personas que, según el artículo 200 del Código Civil, por “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico psíquico” les impidan gobernarse por sí mismos. La Convención señala, en su artículo 12.4 que los Estados parte “asegurarán que todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica [...] estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”.

El artículo 232 del Código Civil dispone que “La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado”. Asimismo, el 216 sostiene: “Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”. Por su parte, en los juicios sobre incapacidad, el artículo 751 de la Ley de Enjuiciamiento Civil recoge el principio de indisponibilidad del objeto del proceso en el cual no surten efecto la renuncia, el allanamiento o la transacción. Por tanto, en sede procesal, la capacidad de la persona, como objeto del proceso de incapacitación, es indisponible.<sup>22</sup>

Creemos necesario considerar el llamamiento a la prudencia de Marín Calero: hasta que la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal adopten las medidas pertinentes ante una situación de estas características y salvo que cause mayores perjuicios con la demora, el apoderado deberá abstenerse de actuar hasta que reciba las instrucciones oportunas. ¿Pero qué debe hacer el notario si se pretende otorgar una escritura pública ante él con base en un poder en

<sup>22</sup> SAP DE ÁVILA, de 14 de mayo de 2009: “Es cierto que la naturaleza y principios rectores de estos procedimientos rige un interés público, por lo que el principio dispositivo se encuentra eclipsado por el de oficialidad”. SAP de Cantabria, sentencia 2, del 29 de enero de 2008: “El interés público inherente a los procesos de incapacidad ha determinado la introducción de importantes limitaciones en la vigencia del principio dispositivo y del poder de disposición sobre el proceso mismo, exigiendo el art. 751.2 la conformidad del Fiscal que, en el presente caso, no ha sido prestada, lo que veda toda posibilidad de resolver en el sentido interesado por la parte apelante”.

esta situación del poderdante? La situación trasciende al notario, pues el poder se otorgó para el caso de discapacidad que deberá acreditarse.

Si la discapacidad resulta de un certificado expedido por un organismo público, éste debería haberlo comunicarlo al Ministerio Fiscal, con base en el artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero si no resulta de un organismo de esta naturaleza, como por ejemplo de un certificado médico, creemos que deberá acreditarse al notario si se hizo alguna notificación al Ministerio Fiscal y, caso afirmativo, el resultado de la misma. Si tal comunicación no se hizo, creemos que deberá hacerla el notario con base en lo dispuesto en el artículo 757, 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal”.

Nos surge la duda de si el notario puede autorizar una escritura con base en un poder de protección, cuando falte un pronunciamiento judicial sobre el mismo. Un criterio excesivamente riguroso en esta materia hará inútiles estos poderes. No olvidemos que no quedan revocados por la discapacidad del poderdante; al contrario, esta discapacidad los hace eficaces, por disposición legal. Además, el Código Civil distingue entre los poderes subsistentes ante la incapacidad judicial declarada y los poderes para el caso de discapacidad, cuando la incapacidad judicial no ha sido declarada. La existencia de estos poderes se apoya en la voluntad del poderdante, cuando tenía plena capacidad, y en la del legislador. Si de los medios que acreditan la discapacidad del poderdante resulta que éste conserva un conocimiento suficiente para entender el acto que el apoderado pretende realizar en su representación, la Convención nos lleva a recomendar al notario que recabe el consentimiento de la persona discapacitada.

Si ello no fuera posible, por la situación de la persona discapacitada o por otras causas, creo que no hay inconveniente alguno en que, con base en estos poderes, puedan autorizarse actos de gestión o administración ordinaria, poderes para pleitos, actos debidos, como una escritura de cancelación por haberse pagado la cantidad adeudada, actos dispositivos exigidos por una administración dinámica del patrimonio del poderdante o cuya demora pudiera perjudicarle y también actos dispositivos previstos expresamente por el poderdante, como la venta de la vivienda familiar u otros inmuebles, para la obtención de ingresos que aseguren su decorosa subsistencia.

Sin embargo, si se trata de actos dispositivos, no previstos expresamente, para los cuales un tutor necesitaría autorización judicial, creo que el notario debe actuar con gran prudencia. Así, si consideramos que no están revocados

estos poderes, el negocio jurídico realizado por el apoderado, con base en este poder, debe ser válido y eficaz. Asimismo, el tercer contratante debe quedar protegido no sólo por los principios derivados de la seguridad jurídica, sino porque el incumplimiento de la obligación tutelar obliga a ello: hace responsable a las mismas de los daños y perjuicios causados (artículo 229 del Código Civil), pero en modo alguno a la subsistencia de los poderes que la persona otorgó antes de perder las facultades que la impiden gobernarse por sí mismo.

Las reflexiones anteriores nos llevan a insistir una y otra vez en la importancia de configurar adecuadamente el contenido de estos poderes en el momento del otorgamiento para facilitar su ejercicio y lo interesante de enmarcarlos en una escritura comprensiva de la previsión global de la discapacidad.

## 2.2 Autotutela

### 2.2.1 Designación del tutor

El artículo 223 del Código Civil dispone: “cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor”. Si en los supuestos de los poderes preventivos la persona en previsión de una futura discapacidad otorga estos poderes, pretendiendo en muchos casos excluir la modificación judicial de su capacidad, en la autotutela se parte de que al otorgante puede serle modificada judicialmente en un futuro la capacidad.

El Código Civil introduce la autotutela en la Ley 41/2003, del 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Antes de esta ley, existía ya una cierta demanda de ello. Recuerdo haber resuelto un caso con un acta de manifestaciones en la cual el compareciente refería las razones por las cuales no quería que asumieran su tutela, en caso de ser incapacitado judicialmente, ninguno de los llamados legalmente a ella; expresaba el deseo de que fuera otra persona.

Joanna Pereira Pérez,<sup>23</sup> en relación con el derecho cubano, señala que aún antes de que vea la luz el Código de Familia, las personas pueden, mediante escritura pública notarial, manifestar su voluntad sobre quién desea que funja como su tutor, lo cual, si bien no obliga al tribunal, sí puede ser tenido en cuenta por el órgano judicial al momento de decidir entre dos personas con

<sup>23</sup> PEREIRA PÉREZ, JOANNA. “Los mecanismos de autoprotección jurídica, la enfermedad de alzheimer y el ejercicio de la autonomía de la voluntad en previsión de la propia incapacidad”, en PÉREZ GALLARDO, LEONARDO (Dir.), *Discapacidad y Derecho civil*, pp. 98 y ss. Ed DyKinson, Madrid 2014.

igual grado de parentesco como los hijos o los padres.<sup>24</sup> Cita al respecto la sentencia 130, del 30 de septiembre de 2008, de la Sala Segunda de lo Civil y Administrativo del Tribunal Provincial de La Habana, que menciona la relevancia de la manifestación de voluntad realizada por la incapaz antes de serlo, que fuera su hija quien le cuidara en caso de no poder hacerlo ella *per se*, lo cual debe tomarse en cuenta para la designación de tutor. La autora afirma que, a propósito de esta sentencia, Pérez Gallardo publicó un artículo, con el título “La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada. ¿Luz verde en el derecho cubano?”<sup>25</sup>

El artículo 223 del Código Civil deja un margen de maniobra amplio que, concretado a la autotutela, en su sentido estricto, creemos, debe procurarse la mayor eficacia de lo pretendido por el otorgante, combinado los principios informadores de la Convención con la interpretación de la jurisprudencia, partiendo de nuestro marco legal. Efectivamente, el artículo 215 del Código Civil dispone: “La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1. La tutela. 2. La curatela. 3. El defensor judicial”.

En la tutela se sustituye al incapacitado por la representación del tutor; en la curatela, el curador asiste al incapacitado. El curador no suple la voluntad de la persona afectada, sino que complementa sus limitaciones en aquellos actos que haya de realizar la persona cuya capacidad queda modificada y que estén especificados en la sentencia.<sup>26</sup> Por lo tanto, su función no es de representación, sino de asistencia y protección, en tanto que presta su apoyo e intervención únicamente en actos concretos y determinados.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>25</sup> PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. “La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada. ¿Luz verde en el derecho cubano”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, No. 2, 2009, pp. 131-186.

<sup>26</sup> Debe tomarse en cuenta que, conforme con lo dispuesto en el artículo 290 del Código Civil: “Si la sentencia de incapacidad no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial”.

<sup>27</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Les Illes Balears, sección 4, sentencia del 7 de octubre del 2014, parece no haber entendido bien el funcionamiento de la curatela y al nombrar a una persona que se la incapacita judicialmente dice: “Abarcando en el citado curador la responsabilidad de tal administración de los bienes del incapaz, y extendiéndose la curatela también al control de los actos de disposición sobre el patrimonio del incapaz, siendo necesaria la intervención del curador, sin perjuicio de la autorización judicial conforme prevé el art. 290 del Código, para todos los actos en que los tutores necesitan autorización judicial, es decir, los previstos en los arts. 271 a 273 del citado Código”. Por una parte, le hace responsable de la administración de los bienes del incapaz, lo cual podría discutirse, pero lo que no dispone el artículo 290 del Código es que en los actos de disposición de la persona sujeta a curatela, previstos en los artículos 271 a 273, deba obtenerse autorización judicial, quien actúa es la persona a quien se le ha incapacitado judicialmente con la intervención del curador, pero sin necesitarse además de autorización judicial alguna.

No cabe duda de que la curatela como institución es mucho más acorde con el sistema de apoyo y asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad que proclama la Convención y es, por así decirlo, lo patrocinado por la jurisprudencia. Por ello, aunque el artículo 223 del Código Civil se refiere exclusivamente al nombramiento del tutor, por la persona que prevea su posible incapacitación judicial, nos parece innegable que también podrá nombrar un curador; más aún, es lo que debiera hacerse como regla general.

Antes de la Convención, el Tribunal Supremo había considerado, en algunas ocasiones, la curatela como la institución más adecuada para proteger a la persona discapacitada. Así se manifiesta la sentencia del 31 de diciembre de 1991:

La incapacitación que como estado y situación que puede afectar a doña A no ha de ser reputada con plenitud de efectos, es decir como incapacidad total, sino más bien como de tipo medio o atenuada que impone la necesidad de que la defectuosa personalidad de dicha recurrente en razón al retraso mental discreto que padece y consiguiente graduación de discernimiento se complementa, integre y asista sin necesidad de recurrir a la tutela mediante la institución intermedia de la curatela que la reforma del Código Civil llevada a cabo por Ley de 24 de octubre de 1983, vino en cierto sentido a resucitar y rescatar. En esta vertiente el motivo y la petición integrante del mismo, formulada por los recurrentes, ha de ser acogida, por responder a la solución legal más adecuada y conveniente a la cuestión y teniéndose en cuenta que el verdadero protagonista-objeto de esta clase de procesos es el presunto incapaz, que debe de estar ayudada tuitivamente en la forma más conveniente y útil para que, como persona, bien representada (tutela), bien asistida (curatela), pueda desenvolverse en sociedad y desarrollar su propia personalidad [...] El curador no suple la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección en el concurso que presta su apoyo e intervención para aquellos actos que haya de realizar el incapaz y estén especificados en la sentencia, los que no tienen que ser precisamente de naturaleza exclusivamente patrimonial.

Es interesante al respecto la instrucción número 3/2010, de la Fiscalía General del Estado, que considera a la curatela como:

La institución más acorde con el sistema de apoyo y asistencia en la toma de decisiones de las personas con discapacidad y el nuevo modelo supone que las medidas de apoyo se deben acordar por el órgano judicial en atención a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada. Así, el juez, dando prevalencia a la autonomía de su voluntad, debe establecer las medidas de apoyo que resulten indicadas conforme al interés de la persona con discapacidad.

Subrayamos que la curatela es la institución más acorde para la protección de la persona discapacitada y que el juez, al establecer las medidas de apoyo, debe dar prevalencia a la voluntad manifestada por estas personas. Por ello, insistimos en la conveniencia en el documento notarial de designar curador y no tutor que prevea la posibilidad de que se modifique en el futuro judicialmente su capacidad o, al menos, prever ambas posibilidades.

La Instrucción citada considera además:

La incapacitación total sólo deberá adoptarse cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, del 29 de abril, el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque, para adecuar su interpretación a la Convención, habrá de tenerse siempre en cuenta que las personas con discapacidad siguen siendo titulares de sus derechos fundamentales, que la incapacitación total constituye esencialmente una forma de protección, la cual deberá acordarse únicamente en supuestos excepcionales, cuando resulte estrictamente necesaria [...] El cambio de modelo planteado y el consecuente reemplazo de la actual regulación sobre la capacidad de las personas por otro sistema basado en el apoyo en la toma de decisiones, requerirá de cambios graduales e incluso la coexistencia de ambos, situaciones que deberán interpretarse en cada supuesto a la luz de los principios de la Convención, hasta que nuevas soluciones normativas y sociales den cumplimiento en su totalidad a los fines de aquella norma internacional. Mientras tanto, la curatela interpretada a la luz de la Convención, adaptada al principio del superior interés de las personas con discapacidad, constituye el instrumento actual más idóneo para dotar del apoyo y asistencia precisos para complementar las necesidades de aquéllas. La curatela ofrece al Juez un mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo que permitan a las personas con



discapacidad ejercer su capacidad jurídica. Esta institución está constituida por un marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la toma de decisiones. 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 [...] Nada impide que [...] la sentencia pueda conferir al curador funciones de administración ordinaria de determinados aspectos del patrimonio de la persona asistida, sin perjuicio de sus facultades para realizar los demás actos de esta naturaleza por ella misma. Sin duda, seguirán planteándose situaciones en las que no será posible conocer la voluntad de la persona, y en las cuales resultará necesario tomar una decisión en su nombre, pero la misma habrá de tomarse como consecuencia de la situación concreta, no de la incapacitación genérica.

El párrafo apunta algo muy interesante que podría incidir en la organización de una posible incapacitación judicial por el propio otorgante: la coexistencia en una sola persona de la función de asistencia y apoyo, es decir, lo característico de la curatela, con funciones de representación por la misma persona. La jurisprudencia, sin embargo, no es unánime en la posibilidad de combinar ambas funciones.

Por último, el artículo 234 del Código Civil, tras establecer la regla que para el nombramiento de tutor se preferirá en primer lugar al designado por el propio tutelado, añade en su último párrafo que, excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo del 17 de julio de 2012 considera que “en los ordenamientos que han previsto la delación voluntaria de la tutela, 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. En cualquier caso, la alteración del orden establecido en el Art. 234.1 cc debe efectuarse en resolución motivada”.

38

Parece lógico que se pueda nombrar sustituto de los llamados a los cargos tutelares, bien para el caso de que no quieran o no puedan aceptar el nombramiento o bien para cuando cesen en él.<sup>28</sup> Por otra parte, el artículo 236 del Código Civil establece como regla general que la tutela se ejercerá por un solo tutor, permitiendo como excepciones, entre otras:

<sup>28</sup> Lo admite expresamente el Código de Familia de Cataluña en el Artículo 222-7.

1. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.
2. Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad.

En ambos casos, no habrá inconveniente en que en la autotutela se ordene el ejercicio por dos personas conjuntamente. Más discutible sería cuando lo ordenase sin más el otorgante. Efectivamente, el número 4 de este mismo artículo 236, del Código Civil, añade como excepción al ejercicio de la tutela por un solo tutor “cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente”. Es decir, admite como excepción la designación por los padres del tutelado, pero no por éste.

Sin embargo, creemos que se puede ordenar el ejercicio conjunto de la autotutela, pues si la designación conjunta la pueden hacer los padres, con mayor razón debe permitirse al propio interesado. La explicación de la falta de previsión legal se encuentra, a nuestro juicio, en que la autotutela se introduce por la Ley 41/2003, y el artículo 236 del Código Civil proviene de la reforma de 1987, sin que este artículo se adaptase a la reforma del 2003. Los artículos 222-4 y 222-25 del Código de Familia de Cataluña lo admiten expresamente.

También podrá en la autotutela excluirse a determinadas personas para el ejercicio de los cargos tutelares. Al igual que en el supuesto del artículo 236, el artículo 245 sólo contempla las exclusiones hechas por el padre o la madre del tutelado, pero por las mismas razones antes señaladas debemos considerar este artículo aplicable a la autotutela. Dicho artículo dice: “Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado”. Siguiendo la misma línea argumental, el otorgante podrá excusar a los llamados a los cargos tutelares de las prohibiciones para ser tutor establecidas en los artículos 243 y 244 del Código Civil,<sup>29</sup> incluso con más amplitud que lo

<sup>29</sup> Artículo 243. No pueden ser tutores:

1. Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial.
2. Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior.
3. Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.

permitido por el artículo 246. Este precepto dispone: “Las causas de inhabilidad contempladas en los artículos 243.4 y 244.4 no se aplicarán a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres cuando fueren conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado”.

Las posibilidades apuntadas anteriormente encuentran además apoyo en la amplitud de la autorización del artículo 223 a la persona con capacidad de obrar suficiente y que prevea pueda ser incapacitada judicialmente de adoptar cualquier disposición relativa a su persona o bienes. Ello nos lleva a plantearnos si podría también designar defensor judicial para el supuesto de conflicto de intereses.

### 2.2.2 *La autotutela y el defensor judicial*

A la pregunta sobre la posibilidad de nombrar defensor judicial, al regular la autotutela, parece en principio que la contestación debería ser negativa; el mismo adjetivo judicial detrás de la palabra defensor lo confirmaría. El Tribunal Supremo, en sentencia del 17 de enero de 2003, afirma: “Se trata de un cargo judicial porque es necesario una resolución judicial que acuerde su nombramiento. Cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así”.

Se considera además como un cargo temporal para resolver el conflicto de intereses en un supuesto concreto, como señala la sentencia del Tribunal Supremo del 17 mayo de 2004. No obstante, no estamos convencidos de la imposibilidad de nombrar en la escritura pública de organización de la autotutela a una persona con carácter permanente que sustituya al tutor o al curador en el caso de conflicto de intereses con la persona cuya capacidad haya sido modificada judicialmente. El artículo 223 autoriza al otorgante a adoptar “cualquier disposición relativa a su persona o bienes”.

Históricamente, antes de la reforma del Código Civil, llevada a cabo por la Ley 13/83, del 24 de octubre, existía este defensor permanente, ante los intereses

---

4. Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.

Artículo 244. Tampoco pueden ser tutores:

1. Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.
2. Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.
3. Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.
4. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.
5. Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.

opuestos entre el tutor y el pupilo, que era el protutor. Ciertamente esta figura era extraña a nuestro derecho, que ante los referidos conflictos de intereses se nombraba un curador *ad hoc*. Fue una copia del Código de Napoleón y se daba la circunstancia de que su nombramiento no era judicial; correspondía hacerlo a las personas que tenían derecho a nombrar tutor o al consejo de familia (artículo 233 del Código Civil). Entre las obligaciones del protutor estaba “sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor” (artículo 236 del Código Civil).

Frente a lo anterior, se puede objetar que la figura del protutor respondía a la tutela de familia que ha sido sustituida por una tutela de autoridad. Argumento que no consideramos definitivo, pues la designación de una persona con carácter permanente para representar al incapacitado cuando tenga conflicto de intereses con el tutor, no excluye que su actuación, como la de cualquier cargo tutelar, esté bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, como lo ordena el artículo 232 del Código Civil, y no del consejo de familia, como se preveía en el sistema anterior. Si el juez considera que el beneficio del incapacitado exige prescindir del mismo, no quedará vinculado por la previsión hecha (artículo 224 del Código Civil). Dicha vigilancia y las atribuciones del juez son los pilares de la tutela de autoridad.

Por otra parte, al permitirse la tutela conjunta, el artículo 237 bis y el 299, 1, del Código Civil, establecen que en el caso de tutela conjunta, si hubiere incompatibilidad u oposición de intereses en alguno de ellos con la persona incapacitada para un acto o contrato, podrá realizarlo el otro tutor. Es decir, por una previsión realizada por quien designó a los tutores conjuntamente no será necesario, ante el conflicto de intereses, acudir al nombramiento del defensor judicial. Por último, la designación de un representante con carácter permanente para los supuestos de conflicto de intereses puede ser muy beneficiosa para la persona incapacitada, que es lo único que debe tomarse en cuenta. Pensemos, por ejemplo, en que la persona incapacitada y el tutor son socios; ante determinados acuerdos necesarios para la sociedad, puede existir conflicto de intereses entre ambos, y suspender cada vez la junta general de la sociedad hasta que judicialmente se nombre un defensor podría ocasionar la paralización de la sociedad.

### 2.2.3 Disposiciones sobre la tutela

El artículo 221 del Código Civil establece varias prohibiciones a quienes desempeñen cargos tutelares. Nos planteamos la duda sobre si podría en el otorgamiento de la autotutela dispensarse o, al menos, modalizarse algunas de

ellas: “Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar: [...] 2. Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. 3. Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título”. En el primer supuesto, se plantea el conflicto de intereses; en el segundo, las transmisiones y adquisiciones onerosas. Examinemos ambas prohibiciones.

Respecto al conflicto de intereses, ocurre algo parecido a lo expuesto anteriormente al tratar del defensor judicial. La protección de los intereses de la persona incapacitada puede hacer conveniente dispensar al tutor o al curador de la prohibición impuesta para situaciones determinadas (por ejemplo en una sociedad, empresa o comunidad) o actos concretos, y nadie mejor que el otorgante de la autotutela para saber si ello es así. Pensemos en la administración dinámica de un patrimonio familiar o de una sociedad, en la cual la persona con la capacidad modificada y su tutor tienen intereses; si el tutor es la persona más competente y de la que más se fía el constituyente de la autotutela, puede ser perjudicial que, con base en dogmatismos o prejuicios, se le prohíba intervenir y paralizar constantemente la administración hasta el nombramiento del defensor judicial. Son obvios los perjuicios que pueden derivarse de la administración de un patrimonio que necesite de agilidad por tener que acudir constantemente al juez para que nombre un defensor judicial por la existencia del conflicto de intereses. El rigor de la jurisprudencia en esta materia es grande en la apreciación del conflicto de intereses, lo cual nos hace pensar en lo oportuno que sería admitir la dispensa por el otorgante del documento.

Sobre las transmisiones onerosas entre quien ejerza un cargo tutelar y la persona con la capacidad modificada judicialmente, vemos difícil que se pueda dispensar la adquisición de bienes de su tutor, pero que el otorgante, al regular la autotutela, pueda dispensar al tutor de la prohibición de adquirir bienes suyos, es decir, permitir que en algún caso concreto sea el tutor quien adquiera bienes de su pupilo, me parece que puede ser muy conveniente para quien tenga modificada judicialmente su capacidad, y si fuere muy conveniente para él, creemos que debe ser posible la dispensa.

Pensemos en el supuesto de la conveniencia de vender la casa familiar por los elevados costos que supone su mantenimiento para una persona con la capacidad modificada judicialmente. Un padre, al regular su autotutela, considera que esa posibilidad puede darse y desea que el hijo adquiera la casa familiar, a quien nombra tutor. Si no le autoriza expresamente, el hijo no puede realizar esa compra, ni siquiera con autorización judicial y a través del defensor judicial, pues estamos ante una prohibición que se considera de orden público: prohibir que quien mejor conoce sus circunstancias pueda

admitir esta venta, perjudicando sus intereses y los de su familia, bajo el prurito de que así es como se le defiende mejor, carece de toda lógica.

Hay supuestos de los relacionados en el artículo 271 del Código Civil en los cuales es difícil admitir la dispensa de la autorización judicial: dar y tomar dinero a préstamo, disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado o ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado, incluso los de internarle en un establecimiento de salud mental.

Sin embargo, en otros como los de enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción, incluso para hacer gastos extraordinarios en los bienes o entablar demanda en su nombre y ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años, no vemos inconveniente en que pudiera dispensarse de la autorización judicial. En realidad se trata de facultades atribuidas por el constituyente de la autotutela al tutor, a semejanza de los poderes preventivos. Si por medio de estos poderes se pueden otorgar, no vemos inconveniente en que pueda hacerse directamente al tutor. Pero, eso sí, el juez, al constituir la tutela, al igual que en los poderes preventivos, podrá dejar sin efecto o limitar estas facultades conferidas.

La DGRN, ante un supuesto en que el testador nombró heredero a un nieto menor de edad y administrador de sus bienes al padre, hasta los 35 años de éste, relevándole de la obligación de obtener autorización judicial para cualquier acto, admite que la administración especial del testador de los bienes del menor dejados en testamento pueda excluir la intervención judicial; sin embargo, considera que dicha administración no puede afectar a la legítima.<sup>30</sup> Por tanto, en la medida que no afecte a la legítima, podría admitirse esta dispensa de la autorización judicial.

Ello nos sirve de argumento en el caso de la autotutela para cualquier caso, pues aquí no se trata de tema alguno relacionado con la legítima. Sin embargo, en reunión anterior del 1 de abril de 1993, sostuvo el criterio contrario con los siguientes argumentos:

La cuestión, en el caso, se reduce a determinar si cuando por acto gratuito se encomiendan las facultades de administración y disposición de los bienes dejados a un menor a determinada persona, estas facultades,

<sup>30</sup> La referencia a la legítima era del todo desacertada, pues el nieto, viviendo su padre, que no fue desheredado, no es legitimario. Podría hablarse de que no puede afectar a la mejora por ser legítima, pero en este caso el gravamen se impondría a favor del padre, que sí era legitimario.

que el tercero recibe en lugar de las que por ley corresponden a los padres, tienen, sin especiales determinaciones del testador o donante, un alcance superior al que tienen las que corresponden ordinariamente a los padres. Pues bien, si de la ley se deriva algún criterio es, naturalmente, el de que inspira mayor desconfianza y exige mayores cautelas quien con el menor no tiene una relación paternofilial —la actuación tuitiva del nombrado guarda más analogía con la tutela que con la patria potestad—; pero si no sólo los tutores (art. 271.2 cc) sino los padres mismos están sujetos en la enajenación de los bienes inmuebles a la necesidad de previa autorización judicial (art. 166 cc), habrá que entender que también lo están aquellos que, en la administración de ciertos bienes, hacen las veces de padres o tutores por disposición del testador o donante y que, como los padres o tutores, asumen funciones tuitivas duraderas a las que es inherente un poder representativo que está sujeto a un régimen diferente de la representación voluntaria.

La formación del inventario y la constitución de la fianza por el tutor tienen un alcance diferente en la regulación del Código Civil. La primera es obligatoria, pero la constitución de la fianza es una facultad discrecional del juez.<sup>31</sup> El artículo 260 dispone: “El Juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma. No obstante, la entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la Ley o la desempeñe por resolución judicial no precisará prestar fianza”.

Por su parte, respecto al inventario, el artículo 262 dice: “El tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo”. Nos parece que, con base en estos preceptos, el constituyente de la autotutela podría dispensar de la prestación de la fianza al tutor, lo cual le liberaría de una carga económica que le puede ser gravosa (pues si es simbólica carece de sentido su constitución), pero vemos más difícil liberarle de formalizar el inventario por el carácter imperativo con que el Código Civil se manifiesta y responder a una exigencia lógica de protección a la persona discapacitada.

La posibilidad de asignar una retribución al tutor en la constitución de la autotutela nos parece evidente. En algunos casos, cuando se trate de patrimonios complicados de administrar, puede ser muy conveniente. Encuentra ello su apoyo en el artículo 274 del Código Civil: “El tutor tiene derecho a una

<sup>31</sup> Así resulta también de los artículos 47 y 48 del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria.

retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes”.

A pesar de los términos imperativos del precepto al decir que es al juez a quien corresponde fijarla, creemos que indirectamente también está permitiendo que puedan fijarla los padres. Así, el artículo 275 dispone: “Sólo los padres, y en sus disposiciones de última voluntad, podrán establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa”. Si pueden fijarla los padres en un caso tan extremo como el contemplado en este precepto, con mayor razón debe permitirse que lo ordene el constituyente de su autotutela, sin perjuicio de las facultades del juez al constituir la tutela. La remuneración creemos que puede ser no sólo en metálico, sino también en especie; por ejemplo, el derecho a vivir en una vivienda de la persona incapacitada judicialmente sin pagar renta.

#### *2.2.4 Control judicial de la autotutela*

Lo ordenado por el constituyente de la autotutela vincula al juez, pero éste podrá acordar otra cosa si lo exige el beneficio de la persona incapacitada judicialmente. Así lo estipula el artículo 224 del Código Civil: “Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada”. A nuestro juicio, este control judicial da tranquilidad, pues siempre cabrá la última palabra del juez.

El Tribunal Supremo considera esencial el respeto a la voluntad de la persona. Así, en sentencia del 30 de noviembre de 2014, dice: “Ninguna duda puede existir de que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior, el que está por encima de cualquier otro que pueda concurrir”. Para conocer ese interés, es preciso analizar con rigor y exhaustividad las circunstancias de cada caso, ya que, como se indica en el preámbulo de la Convención, es indiscutible la diversidad de las personas con discapacidad.

No obstante, extraída de la Constitución Española, de la Convención mencionada y de la legislación ordinaria, puede subrayarse la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio



muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias, a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso. A tenor de lo establecido en la Convención, la voluntad de la persona discapacitada (en el caso, incapacitada por decisión judicial) debe ser respetada salvo que razones objetivas permitan concluir que ello la perjudicaría”.

Debemos, además, tomar en cuenta la fiscalización constante que los órganos judiciales deben ejercer durante la subsistencia de la tutela. Así resulta de los siguientes artículos del Código Civil:

- Artículo 232. “La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela”.
- Artículo 233. “El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado. Asimismo podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración”.
- Artículo 269. “El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: [...] A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración”.

### *2.3 Documento de previsión global de la discapacidad*

Hemos insistido en la conveniencia y casi necesidad de hacer un “traje a medida” a cada persona que pretenda otorgar previsiones sobre una posible discapacidad. Hay que huir de la idea de que los discapacitados forman un colectivo homogéneo, como si todas las personas que padecen alguna limitación, especialmente intelectual, precisaran del mismo trato. Los notarios deben crear y poner a disposición de estas personas unos marcos jurídicos que se basen en el respeto a su individualidad y a su voluntad, contribuyan al desarrollo de todas sus capacidades y aptitudes y les doten de seguridad. Debe procurarse que, en la medida de lo posible, quien esté discapacitado no quede anulado en su capacidad jurídica, y establecer apoyos de todo tipo para que la propia persona con discapacidad realice la toma de decisiones y el gobierno de sí, de sus derechos e intereses, suministrándole en el ejercicio de esos derechos los ajustes necesarios.

En páginas anteriores examinábamos los poderes preventivos, designación de tutor, normas sobre la tutela y la posibilidad de adoptar disposiciones sobre la propia persona y bienes. Normalmente cada uno se otorga separadamente. La idea que queremos transmitir es la posibilidad de incluirlo todo en un solo documento notarial en donde la propia persona establezca el marco concreto en que ha de desenvolverse su situación de discapacidad. De esta forma, se lograría no sólo la unidad documental, sino también la negocial; es decir, estaríamos ante un negocio jurídico con una causa única: la posible discapacidad del otorgante.

No cabría, por ejemplo, hacer una interpretación aislada de los poderes o de las facultades de representación que se otorguen a ciertas personas; todo ello debe aplicarse e interpretarse conforme a la causa de este negocio otorgado en previsión de una situación de discapacidad. De Castro<sup>32</sup> considera esta causa “como la regla que sirve para medir dicho propósito negocial”; es decir, valora el negocio “atendiendo al resultado que con él se busca o se hayan propuesto quien o quienes hagan las declaraciones negociales”.<sup>33</sup>

El artículo 223 del Código Civil responde, en cierto sentido, a este tipo de documento. Hace la previsión global de la situación de discapacidad, al disponer:

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor. Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado. En los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere el presente artículo.

Es cierto que se refiere solamente al supuesto de incapacitación judicial, pero no excluye la previsión cuando la misma no exista. Observamos que se refiere a un documento que comprenda la esfera personal (adoptar disposiciones sobre su persona), la patrimonial (adoptar disposiciones sobre sus bienes) y el nombramiento de tutor.

No cabe duda que en este documento de previsión global se pretende, aún más que en el caso de los poderes preventivos, sustituir la tutela ordenada por el juez,

<sup>32</sup> DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO. *El negocio jurídico*, Instituto de Estudios Jurídicos del csic, Madrid, pp. 190 y 191.

<sup>33</sup> No sería posible encajar estos negocios en el molde rígido de negocio oneroso o gratuito.

como consecuencia de un proceso de modificación judicial de la capacidad, por una regulación privada. Por ello, insistimos en la vigencia del artículo 229 del Código Civil, que obliga a los parientes llamados a la tutela y a las personas bajo cuya guarda se encuentre la persona con discapacidad a promover la constitución de la tutela, siendo responsables de los daños y perjuicios causados, cuando no lo hicieren. Esta obligación incumbe igualmente al Ministerio Fiscal, conforme el artículo 228 del mismo Código, así como a las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (así lo afirma el artículo 757, 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Por otro lado, consideramos la incongruencia de la legislación española. En algunas de sus disposiciones admite estas regulaciones privadas. El juez podrá no quedar vinculado por lo ordenado si el beneficio del incapacitado exige otra cosa (artículo 224 del Código Civil). Sobre la regulación de los poderes preventivos, el artículo 227 del Código Civil permite a quien disponga de bienes a favor de un incapacitado establecer las reglas de administración de los mismos. La Ley 41/2003 trata de los patrimonios protegidos, al establecer en su artículo 5 que las reglas de administración del patrimonio protegido deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables.

A pesar de lo dispuesto en el párrafo anterior, la autorización no es necesaria cuando el beneficiario tenga capacidad de obrar suficiente. Por tanto, está dando a entender que puede existir una persona sin la capacidad de obrar suficiente cuya capacidad no es necesario modificar judicialmente, y que un tercero podrá administrar los bienes de su patrimonio protegido por importante que sea; eso a pesar de que el artículo 7 ordena:

La supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.

No le obliga al juez, a pesar de existir una persona sin la capacidad de obrar suficiente a que constituya la tutela. Marín Calero resume esta situación:

“La Ley preserva la obligación de incapacitar judicialmente a las personas con discapacidad intelectual, pero se dispone a tolerar lo contrario [...] si sus bienes están protegidos”.<sup>34</sup>

Ante esa incongruencia, consideramos esencial que la previsión global se oriente en el sentido dicho de que la persona discapacitada no quede anulada en su capacidad jurídica, sino que la pueda ejercitar conforme a la situación y comprensión en que se encuentre. Esto tiene su base y permisividad en la Convención.

La previsión global procura abarcar todas las esferas de la persona y no sólo las patrimoniales, como en definitiva ocurre con los poderes preventivos. Lo patrimonial no es lo único que debe preocupar ante una discapacidad sobrevenida, también (o incluso fundamentalmente) lo personal: la consideración del discapacitado como una persona que se encuentra en una situación nueva y en la cual debe procurarse su integración social, respetando sus preferencias, el entorno por ella querido, sus creencias, sus convicciones ante una muerte digna.

Como resulta de lo expuesto, en este documento podrán establecerse disposiciones relativas a la persona o bienes del otorgante, designación de tutor o curador, exclusión de personas para el ejercicio de los cargos tutelares, concesión de poderes, armonización entre las facultades de los apoderados y del tutor, en su caso, órganos de fiscalización de unos y otros y personas que hayan de integrarlos, actos expresamente prohibidos a sus representantes y actos que deban realizar, forma de actuación individual o conjunta, según los casos, supuestos en los cuales necesariamente deba dar su consentimiento la persona discapacitada, conforme a su discapacidad y, si ello no fuera posible, ni el tutor ni los apoderados podrán ostentar su representación, retribución a todos o algunos de los representantes, rendición de cuentas.

Entre los actos relativos a su persona, podemos señalar la designación de su lugar de residencia y dónde y con quién vivir y prohibición de verse obligado a vivir con arreglo a un sistema de vida específico, como ingreso en una residencia, ni tener injerencias arbitrarias en su vida privada, familiar, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. Puede dar instrucciones relativas a que se respeten sus convicciones y prácticas religiosas. Debe abordarse la defensa de su derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal.

Convendría recoger previsiones e instrucciones en el ámbito de la sanidad, si el otorgante no puede designar a la persona, que lo haga ella en su nombre, negándose incluso a que se le apliquen determinados tratamientos y autorizando igualmente a su representante a obtener de los organismos

<sup>34</sup> *Op. cit.*, p. 710.

pertinentes y facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud. En esta misma línea, podrá abordarse el testamento vital, de voluntades anticipadas o instrucciones previas.

Habida cuenta de que para nuestra jurisprudencia la función tutelar puede abarcar la esfera personal de una persona incapacitada judicialmente, podría ser oportuno que el otorgante manifestase su voluntad sobre actos comprensivos de esta esfera personal, para rechazarlos o admitirlos. Así, en relación con el divorcio o con la separación judicial, el Tribunal Constitucional, en sentencia del 18 de diciembre del 2000, entendió que el tutor tiene legitimación para instar la separación del tutelado, y considera:

Los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio y para obtener una resolución acorde a sus pretensiones, siempre que concurran los requisitos exigidos por el legislador, de lo contrario se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva y al principio de igualdad, no sería lógico que el esposo pueda obtener el divorcio en cualquier momento concurriendo las causas objetivas establecidas en el Código Civil, y en cambio, no pueda solicitarlo la esposa a través de sus tutores.

En el caso de que el otorgante tuviese hijos menores de edad o incapacitados, podría incluirse en este documento la designación de tutores para los mismos y las previsiones que deban adoptarse para el caso de que su discapacidad le impidiera ocuparse suficientemente de ellos.

Entre los actos prohibidos expresamente a sus representantes, sean tutores o apoderados, podrían citarse los actos a título gratuito, salvo aquéllos que regularmente hiciera el otorgante: obtención de préstamos, constitución de garantías (sean reales o personales), la autocontratación, entre otros. Quizá podría ser interesante la constitución de un patrimonio protegido a favor del propio otorgante, en los términos que desarrollamos a continuación.

#### 2.4 *Patrimonio protegido*

No podemos entrar a fondo en la problemática de los patrimonios protegidos, introducidos por la Ley 41/2003, del 18 de noviembre de 2003, sobre protección de las personas con discapacidad, pues excede los límites de este trabajo. Sólo nos referiremos a la posibilidad de constituir esta clase de patrimonio en el caso de una persona sin discapacidad en previsión de que pueda afectarle la misma.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Puede encontrarse un estudio pormenorizado de los patrimonios protegidos en MARÍN CALERO, CARLOS. *La integración*

La LPP dispone en su artículo 3: “1. Podrán constituir un patrimonio protegido: a) La propia persona con discapacidad beneficiaria del mismo, siempre que tenga capacidad de obrar suficiente”. El artículo 2, al tratar de los beneficiarios, establece:

1. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad tendrá como beneficiario, exclusivamente, a la persona en cuyo interés se constituya, que será su titular. 2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad: a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento. b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

A la vista de ambos preceptos, es claro que el beneficiario puede constituir un patrimonio protegido a su favor, pero no es tan claro que pueda constituirlo sin tener la discapacidad prevista, que es el supuesto que estamos tratando. La ley habla literalmente de la constitución por la propia persona con discapacidad. Sin embargo, no parece que debiera existir inconveniente en una constitución sometida a la condición suspensiva de producirse discapacidad. Marín Calero<sup>36</sup> lo admite con estas palabras:

Por exigencia de la ley, la discapacidad debe ser actual. No es posible pues que una persona capaz forme un patrimonio protegido preventivo, para cuando le llegue una eventual discapacidad futura, aunque no creo que haya ningún inconveniente en que la constitución de un patrimonio protegido se haga sujeta a la condición suspensiva de una futura situación de discapacidad. De hecho, tal constitución puede entenderse perfectamente incluíble en la referencia a cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, de las previstas, en el marco de la autotutela, en el nuevo artículo 223 del Código Civil.<sup>37</sup>

Conforme con ello, el patrimonio protegido no nacería al otorgarse la escritura de constitución, sino cuando surgiera la discapacidad a la que se condicione su nacimiento. El interés práctico de esta preconstitución es evidente, pues

*jurídica y patrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006. Véase también LUCAS DURÁN, MANUEL y MARTÍN DÉGANO, ISIDORO. *Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad: régimen civil y tributario*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2014.

<sup>36</sup> *Op. cit.*, p. 7.

<sup>37</sup> En igual sentido, LUCAS DURÁN y MARTÍN DÉGANO. *Op. cit.*, p. 25.

es el propio otorgante quien estaría designando unos bienes o derechos, sus frutos, productos y rendimientos, a la satisfacción de las necesidades vitales que en el futuro pudiera tener. La ventaja es que él será quien fije las reglas de administración del patrimonio que deberá cumplirse en todo caso, conforme dispone el artículo 5.1 de la LPP; puede dispensar de las autorizaciones judiciales pertinentes, para el caso de incapacitación judicial, como se desprende del número 2 de este mismo artículo 5:

En los demás casos, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables.

Ciertamente, la finalidad de los bienes aportados será sólo para la satisfacción de las necesidades vitales, pero estas pueden ser muy grandes, máxime en las atenciones de una persona con un grado de discapacidad intelectual y físico intenso.

Lucas Durán y Martín Dégano<sup>38</sup> se preguntan si creado este patrimonio protegido, sujeto a la condición suspensiva de la discapacidad, el constituyente puede disponer de los bienes, antes de dicha discapacidad. Llegaron a la conclusión de que ello es posible, aunque al producirse el evento condicional, es decir, la discapacidad, deberán volver al patrimonio protegido o los que le hayan sustituido, en caso de no haberse consumido. Nosotros opinamos que los bienes pueden ser enajenados, pero al ser el constituyente y el beneficiario la misma persona, mientras conserve su capacidad, podrá disponer libremente de los bienes integrantes del patrimonio, sin que los dispuestos ni los subrogados tengan que volver al mismo, a menos que su titular dispusiere otra cosa. Creemos que es libre para constituirlo y para extinguirlo, mientras la condición no se cumpla.

Como señala Marín Calero,<sup>39</sup> de la adecuada selección de un fin, para el patrimonio protegido, dependerá, en última instancia, su eficacia. La ley establece como finalidad genérica la satisfacción de las necesidades vitales de su titular, pero ningún inconveniente hay, sino todo lo contrario, en que el patrimonio protegido tenga un fin más concreto que, sin superar el marco general,

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 25

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 86.

se adecue mejor a las necesidades del beneficiario o, incluso en mayor medida, a los legítimos deseos y propósitos del constituyente.

Así, el constituyente podrá crear un patrimonio protegido, por ejemplo, para sufragar una vivienda tutelada o la puesta en marcha de un negocio, con cuyos rendimientos se mantuviese a la persona discapacitada. Tal finalidad deberá constar en el acto constitutivo (si no se expresa ninguna, se deberá entender que los fines son los genéricos de la ley). La finalidad del patrimonio protegido vinculará a su órgano de administración y debe tomarse como importante referencia en la tarea propia de los órganos de supervisión e incluso de la autoridad judicial, cuando, según la ley, deba intervenir.

### 3. Intervención ante el notario de una persona con discapacidad

Nos parece casi obligado comenzar este apartado con dos citas de Marín Calero,<sup>40</sup> que enmarcan la actividad de los notarios en relación con las personas discapacitadas:

[No es frecuente que los notarios,] en nuestros despachos, veamos a discapacitados y que lleguemos a conocer sus opiniones y sus deseos; aún menos probable es que nos llegue un conocimiento suficiente de su modo de vivir y de su mayor o menor integración social, puesto que el motivo de su presencia (directa o indirecta, a través de la representación de sus padres o familiares), no suele tener que ver con su realidad cotidiana sino todo lo contrario: tiene que ver con acontecimientos absolutamente excepcionales o extraordinarios, como la herencia de sus padres o abuelos o la compraventa de sus bienes inmuebles; es decir que, en definitiva, los notarios, por pura actividad profesional, no tenemos mucho contacto con esa vida ordinaria de los discapacitados psíquicos.

En la segunda cita que hacemos, Marín Calero<sup>41</sup> afirma:

Otra fuente de contacto y de conocimiento de la discapacidad intelectual para los notarios es el de su mayor o menor relación con las asociaciones de y para la discapacidad; estos organismos, en tiempos recientes, suelen recabar la colaboración, más o menos frecuente, de

<sup>40</sup> MARÍN CALERO, CARLOS. *La integración jurídica...* Op. cit., pp. 77.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 77.



los notarios; por un lado, para su vida interna, pues como asociación necesitan cumplir frecuentes formalidades, que les imponen las leyes, y otorgar escrituras de la más diversa índole; de otro lado, porque se reclama su presencia para dar charlas a los padres de los discapacitados, informándoles de cuestiones relacionadas, sobre todo, con testamentaría, incapacitación y tutela. Por último, baste destacar entre las diversas influencias que puede recibir el notario al respecto, la de la realidad social y económica media de la zona donde ejerza su ministerio; sin duda que los hábitos vitales y que las posibilidades de integración, acceso al empleo y vida independiente, de las personas con discapacidad no es la misma en los núcleos urbanos que en las grandes ciudades ni en las zonas de economía industrial, en comparación con la predominantemente agraria, etcétera. Si a todo esto sumamos los diferentes puntos de vista ideológicos o las experiencias no profesionales sino puramente personales de cada notario, se comprenderá que su actitud ante los problemas de la discapacidad sean igualmente diferentes y variados.

Partimos lógicamente de la idea de una persona que pueda comparecer al no tener una disminución tal que le impida comunicarse o encontrarse psíquicamente del todo demente. Creo que en estos casos el notario se mueve entre varias coordenadas: procurar y facilitar la intervención del discapacitado en los otorgamientos ante él, controlar la capacidad de su intervención y lograr la seguridad jurídica tanto para la persona discapacitada como para quien contrate con ella. No olvidemos que el notario es un órgano creado por el Estado para garantizar y dar seguridad a las relaciones jurídicas entre los particulares; ejerce una función de seguridad jurídica preventiva, que forma parte de su esencia y de su servicio a la sociedad.

En cuanto a la primera, hay un mínimo: escuchar en el otorgamiento al discapacitado, plasmando esta audiencia en el documento, no sólo dando fe de ella el notario, sino dándole intervención, procurando, si supiere hacerlo, que lo firme. Creemos que esto debe hacerse exista o no declaración judicial modificativa de la capacidad. Ello es lo congruente con los principios derivados de la Convención (el discapacitado tiene una capacidad propia, que tiene derecho a ejercer y el notario como funcionario debe respetarla), y también con los esfuerzos de los familiares y educadores de lograr la máxima autonomía y responsabilidad posible de la persona discapacitada.

El segundo paso es procurar que sea el propio discapacitado quien otorgue el negocio jurídico que se escritura. Ello requiere de matizaciones y prudencia

y nos obliga a distinguir según la persona tenga o no modificada judicialmente su capacidad. Si no la tiene modificada, el notario deberá examinar si por la naturaleza del acto o negocio jurídico de que se trate tiene capacidad natural y en caso afirmativo autorizará sin más el documento. Pérez Gallardo<sup>42</sup> destaca cómo el discernimiento o voluntad del sujeto no puede medirse en términos matemáticos, de modo que se es capaz o incapaz. Añade que compete al notario controlar la capacidad natural del sujeto en el momento mismo del otorgamiento, partiendo de que la incapacitación ha de ser excepción, sólo en caso extremos, ante determinadas discapacidades intelectuales profundas o severas que obnubilan toda posibilidad de discernimiento. Esta afirmación está en la línea de lo sostenido por el Tribunal Constitucional de España y el Tribunal Supremo.

La capacidad exigida debe ser la suficiente para la normal comprensión del negocio jurídico que se pretenda otorgar y sus naturales consecuencias; exigir un conocimiento profundo sería excesivo. Por ejemplo, entre cónyuges, cuando se quiere legar el usufructo universal, la expresión vulgar es del uno para el otro; con ello sabemos lo que pretende el testador. Exigir el conocimiento de las reglas del usufructo significaría negarse a autorizar un testamento de estas características en noventa por ciento de los casos entre personas plenamente capaces. En el protocolo<sup>43</sup> se dice:

La calificación que haga el funcionario o profesional jurídico de la comprensión suficiente del acto por parte del titular, deberá tener en cuenta las circunstancias concretas que concurren y, en especial, las siguientes: i. La intensidad de los apoyos recibidos, pudiendo solicitar un incremento de los mismos. ii. La trascendencia económica del acto. iii. La previa consumación de las prestaciones. iv. La constitución de obligaciones futuras a cargo de la persona con discapacidad. v. La opinión de la contraparte, si la hubiera.

Con anterioridad al clima actual sobre el respeto a la capacidad de la persona, la legislación notarial predicaba la capacidad del otorgante, para el acto o negocio concreto y no en abstracto. El Reglamento Notarial, en su artículo 167, dispone: “El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones

<sup>42</sup> PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. “Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: un intento de posibles respuestas. Especial referencia a las personas con discapacidad”, en Leonardo Pérez Gallardo (Dir.), *Discapacidad y Derecho civil*, Dykinson, Madrid, 2014, p. 63.

<sup>43</sup> Se fija este protocolo en el informe de conclusiones de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el acceso a la justicia en España, publicado por la fundación Aequitas en su página web.

del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”.<sup>44</sup>

Respecto al juicio de capacidad hecho por el notario en sede testamentaria, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es constante en señalar:

- a) Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario; b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento.
- c) Que la afirmación hecha por el notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial revista especial relevancia de certidumbre; y d) que por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad de juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia.

No obstante, en algunas sentencias que aprecian la falta de capacidad del testador, sorprende que se apoyen en dictámenes médicos emitidos con posterioridad al otorgamiento del testamento, cuando obviamente el médico no estaba presente.

Puede que la persona tenga capacidad, pero necesite de apoyos para ello. Otorgará ella el negocio, pero con los apoyos pertinentes. La dificultad será encontrar esos apoyos. No cabe duda que el primer apoyo debe ser el del notario y nunca deberá negarlo. Transcribo el cometario de Pérez Gallardo:<sup>45</sup>

El notario tendrá que saberse comunicar con la persona con discapacidad para calar su voluntad, para determinar lo que realmente quiere [...] Hay que ser un verdadero intérprete [...] en el sentido carnelluttiano, o sea, el notario como nuncio o portavoz de una voluntad, intermediario, que permite traducir los conceptos jurídicos. El notariado debe entonces asumir la responsabilidad que el consejo lleva ante los reclamos de las personas con discapacidad. Estas encontrarán en el notario, el médico del Derecho, pero un médico especializado en una medicina preventiva.

<sup>44</sup> Puede verse esta materia en GARCÍA PONS, ANTONIO. *Las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008, p. 121.

<sup>45</sup> PÉREZ GALLARDO, LEONARDO. "El notario ante las recientes o posibles reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de autoprotección: Crónica de un protagonismo anunciado", en *Estudios varios de Derecho Notarial*, Editorial Senicasa, Managua, 2015.

Sin embargo, la actuación notarial puede no ser suficiente, incluso para salvaguardar la responsabilidad del notario. Habrá que buscar más apoyos. Judicialmente será difícil tenerlos, pues estamos ante una persona a quien no se le modificó la capacidad en el ámbito judicial. El certificado o el dictamen médico ayudan al juicio de capacidad, pero seguramente no es suficiente, pues servirán para reforzar el juicio del notario sobre la capacidad, pero no es el adecuado para formar una voluntad debidamente informada del otorgante. Si la persona discapacitada previó estos apoyos, en la forma que antes veíamos, el problema quedará resuelto, pero si no existe esa previsión creemos que el notario sólo podrá autorizar el documento si conoce suficientemente el entorno familiar o de protección que rodea al discapacitado.

Es en ese entorno donde deberá encontrarse a las personas que presten el apoyo evitando la influencia indebida y excluyendo a quien tenga conflicto de intereses. A nuestro juicio, quien preste esos apoyos deberá intervenir en el documento notarial. Debemos recordar que la responsabilidad última del juicio de capacidad corresponde al notario, que no puede quedar vinculado en sentido positivo o negativo, por el juicio de terceros, aunque de peritos se trate, sin olvidar la prudencia que siempre debe informar la actuación del notario.

Si a la persona le fue modificada judicialmente su capacidad, evidentemente el notario deberá atenerse a lo que disponga la sentencia de modificación. Si la misma sujeta al discapacitado a curatela, el curador será el apoyo al que nos venimos refiriendo; pero si está sujeto a tutela y se pretende otorgar un negocio el cual, según la sentencia, debe formalizar el tutor, es claro que será este representante legal quien deberá otorgarlo. Pero consideramos que el notario debe tener una intermediación con la persona discapacitada y, si su capacidad natural lo permite, recabar su consentimiento.

El tema se complica si el representante legal pretende otorgar en representación de la persona discapacitada un determinado negocio jurídico y ésta, con discernimiento suficiente para ello, no da su consentimiento. Es complicado, a la vista de la Convención, dar una respuesta. El protocolo antes referido parece sostener que, en estos casos, el representante debe actuar sin más:

La actuación podrá ser realizada:

- Si la persona con discapacidad es mayor de edad, por la persona que haya obtenido previa autorización judicial y con arreglo a los términos de la misma, cuya existencia deberá acreditar.
- Las cautelas para evitar injerencias indebidas de un tercero en los asuntos de la persona con discapacidad no deben llegar al extremo de impedir actuaciones a favor de tercero que están permitidas con

carácter general, legal o consuetudinariamente, como suele ocurrir en la presentación de documentos y otras gestiones de puro trámite.

A mi juicio, si consideramos que el ejercicio de la capacidad que tenga el discapacitado es un derecho humano y, por tanto, inherente o fundamental de la persona, el notario no puede autorizar el documento de que se trate, por el tutor de una persona a la que judicialmente se le modificó la capacidad, en contra de la voluntad de ésta. Creo que surgiría un conflicto de intereses sólo resoluble en sede judicial. Esta afirmación quizá no sea contradictoria con la sostenida en el protocolo; solamente sería matizarlo, en el sentido que en la autorización judicial para el acto de que se trate, especialmente si es de trascendencia económica, debe darse audiencia a la persona discapacitada, si su capacidad natural lo permite.

Reconocemos que algunas de las posibilidades apuntadas son discutibles y se les puede acusar de arriesgadas, pero creemos que la Convención obliga a dar un tratamiento diferente a la persona con discapacidad del que se ha hecho hasta ahora. El artículo 3 del Código Civil nos induce a ello, al ordenar:

Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. 2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.<sup>46</sup>

No obstante, el notario, como garante de la seguridad jurídica, debe autorizar el documento conforme con las leyes (artículo 1 de la LN), adecuándolo al ordenamiento jurídico e informando a los otorgantes del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado (artículo 147 del RN). Por lo tanto, ha de velar por la plena eficacia del negocio jurídico que autorice, sin que asuman riesgo la persona discapacitada y el tercero que con ella contrate. Lo contrario se volvería en contra de la persona discapacitada, al ser peligroso contratar con ella.

<sup>46</sup> Nosotros ya tratamos esta materia en LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, ISIDORO. "Aplicación por el Notario de la equidad", en *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo, 2005. Precisamente, abordamos la aplicación de la equidad en relación con personas discapacitadas.

En esta línea de apertura o adaptación de los cauces notariales se manifiesta Rueda Díaz Rábago:<sup>47</sup>

La situación en cuanto a la capacidad de las personas ha cambiado. Tenemos como esquema clásico: quien no tenga capacidad, por haber sido privado de ella (incapacitado) o no superar el juicio de capacidad para cada caso, no puede hacer negocios jurídicos. Este esquema se puede considerar superado por imperativo de la Convención: quien no tenga capacidad debe de ser apoyado, en lo posible, para poder hacer negocios jurídicos. Los documentos notariales ya contienen el germen de estos apoyos: la intervención notarial es determinante en la configuración (a través del análisis de la voluntad manifestada por el testador y el consejo jurídico) y la redacción del documento. Ya hay en el Código algún atisbo de medidas de apoyo que superan lo tradicionalmente permitido (por ejemplo, el testamento del enteramente sordo que no puede leer, en cuyo caso lo hacen los testigos que no sustituyen la voluntad sino que expresan que coincide con lo manifestado, 697.2 del Código). La jurisprudencia ha permitido que, a través de estas ayudas, se superen los estrictos requisitos formales del testamento, pensados para alguien sin ninguna discapacidad. En esta vía, es interesante la intervención de otras personas que ayuden en la comprensión por el testador de lo que se hace, más un juicio de capacidad externo con la posible asistencia de quienes contribuyan a que el Notario pueda analizarla, y que acredite que, así formada, es la voluntad suficiente del testador. Medidas a las que deberán aplicarse las salvaguardias del artículo 12 de la Convención, que “asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

De parecida forma se expresa Pérez Ramos,<sup>48</sup> quien estima que al parecer después de la Convención todo ha cambiado en materia de personas con discapacidad, de manera que debemos superar el binomio capacidad de obrar

<sup>47</sup> RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, MANUEL MARÍA, “Capacidad para testar y para otros actos jurídicos”, *Aequitas*. [Citado: 20. Abril. 2012]. Disponible en: [http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?uuid=79c55779-269b-46bf-8108-1be6e30e1cc1&groupId=10228](http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=79c55779-269b-46bf-8108-1be6e30e1cc1&groupId=10228)

<sup>48</sup> PÉREZ RAMOS, CARLOS. “El problema de la capacidad de obrar de los discapaces”, en *El notario del siglo XXI*, No. 42, marzo-abril, 2012.

plena-incapacidad. Ahora debemos hablar de un concepto más amplio: el de “capacidad de obrar suficiente”, que será aquella que, sin ser la capacidad de obrar plena (mayor de edad no incapacitado), sea bastante para consentir un acto que claramente beneficia a la persona con discapacidad. Esta será la capacidad natural de entender el significado y querer el resultado del acto.

Desde la perspectiva notarial, este cambio de enfoque para algunos supone que el notario no debería limitarse a exigir la capacidad de obrar plena, sino conforme con el artículo 167 RN: “la capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”. Nos recuerda con acierto este autor que todas estas ideas están presentes en artículo 211-3 del libro I del Código Civil de Cataluña, del cual resulta que “la capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural”, y que “las limitaciones a la capacidad de obrar deben interpretarse de forma restrictiva, atendiendo a la capacidad natural”.