

CIRCULAR INFORMATIVA 3/2021 DE LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, DE 27 DE SEPTIEMBRE, SOBRE EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA POR LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La reforma 8/2021 en seguimiento del artículo 12 de la Convención de Nueva York reconoce a las personas con discapacidad el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.

El modelo social de la discapacidad, acogido en la nueva regulación, pretende levantar las barreras de todo orden que alejan a la persona con discapacidad de su entorno social. Entre esas barreras se encuentran las jurídicas, fundamentalmente la modificación judicial de la capacidad de obrar, que ha sido suprimida.

Hasta la entrada en vigor de la Ley, el notario debía denegar su intervención en aquellos casos en que, por ejemplo, pretendiera otorgar la escritura una persona carente del llamado -por el artículo 199- “*autogobierno*”, estuviera o no incapacitada. Al menos, eso prescribía nuestra legislación, en abierta contradicción con la citada Convención de Naciones Unidas. En la actualidad esta barrera ha desaparecido, pues la dignidad de la persona exige, siempre que sea posible, que no se sustituya su voluntad, deseos y preferencias por decisiones ajenas y, en todo caso, evitar la discriminación por causa de discapacidad.

Pero, levantar barreras no supone negar las posibles dificultades que pueda tener una persona para la expresión o la adopción misma de sus propias decisiones. De ahí que la Convención de Nueva York recurra a la figura de los apoyos, preferentemente voluntarios.

Apoyo institucional:

Desde este punto de vista, la Ley considera a los notarios como un verdadero apoyo institucional (véase, por ejemplo, el artículo 665 o el 255 del Código civil o la disposición transitoria tercera de la nueva Ley).

En el informe presentado en el año 2017 a la Asamblea General de Naciones Unidas, la relatora especial Catalina Davandas, se refirió a los notarios como autoridad a los fines del artículo 12 de la Convención y agregaría: *“En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Conforme a las Observaciones Generales elaboradas por el comité de seguimiento de la Convención, en relación con la interpretación del artículo 12, esa capacidad se refiere a la capacidad mental, es decir a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y pueden ser diferentes para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales o sociales. En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica de la que todos gozamos en igualdad de condiciones con los demás”*.

Consecuentemente, la Ley ha modificado el artículo 1263 del Código civil para dejar claro que las personas con discapacidad pueden prestar consentimiento en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La discapacidad no es un estado civil, sino una situación de hecho que no impide el otorgamiento de una escritura pública. Sólo se podrá denegar el otorgamiento si la persona de que se trate *“no puede expresar o conformar su voluntad ni aun con la ayuda de medios o apoyos para ello”* (Vid. 663 del Código civil) o cuando *“después de haber hecho un esfuerzo considerable no sea posible determinar su voluntad, deseos o preferencias”* (art. 249 del Código civil).

La causa de la denegación ha de ser una imposibilidad de hecho, *“sólo en los casos en que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad”* (art. 269 del Código civil). Por tanto, sólo excepcionalmente.

Es más, en el caso de la persona con discapacidad, el notario deberá ayudar a que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Se trata de un imperativo ético y legal, perfectamente expresado en el artículo 665 del Código civil: *“El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones, apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que sean necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.”* Y esta misma demanda se reproduce en la disposición transitoria tercera de la Ley a la hora de modificar los poderes o mandatos preventivos otorgados con antelación a la Ley.

Y es que esta previsión, relativa al testamento de la persona con discapacidad, es aplicable con carácter general a todo otorgamiento. No es tanto una obligación como una función impuesta por nuestra condición de apoyo institucional.

A la luz de la nueva legalidad hay que extraer dos consecuencias importantes:

- a) La primera es que el juicio notarial de capacidad jurídica versa sobre una situación de hecho y se caracteriza por su actualidad o coincidencia con el momento del otorgamiento.
- b) La segunda, que ese juicio de capacidad ha cobrado una nueva dimensión, pues supone la involucración del notario, que no es ni puede ser un mero espectador.

De la suma de estos dos extremos se desprende que ese juicio notarial de capacidad jurídica no puede ser en adelante tan solo *“una enérgica presunción”*, poco enérgica, si resulta destruible sin más mediante un dictamen médico forense, basado en juicios a posteriori sobre la racionalidad del *sujeto objeto de diagnóstico* o expresivo de su falta de conciencia respecto de sus propias deficiencias¹, desconocedor de la realidad del momento y de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, así como del apoyo prestado por el notario. Habrá que probar la imposibilidad de hecho, que en ese momento la persona no pudo expresar o conformar su voluntad ni aun con la ayuda de los medios o apoyos necesarios, entre ellos el prestado por el propio notario. Todo ello, lleva a pensar,

¹ Lo que, por supuesto, es predicable de todos nosotros, notarios, jueces y médicos.

que el juicio notarial de capacidad jurídica da lugar a una presunción legal *iuris tantum* muy cualificada.

No hay que olvidar que ese apoyo notarial constituye un cauce para el ejercicio de un derecho fundamental como es la capacidad jurídica vinculado a la dignidad de la persona humana. Estamos ante una cuestión de derechos humanos.

Y, entre todos, especialmente jueces y notarios, tenemos que apoyar la autonomía de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, sin estigmatizarlas ni derivar del diagnóstico de una enfermedad una presunción de ausencia de lucidez que escondería una forma implícita de incapacitación.

El ejercicio de la función notarial de apoyo:

La persona que comparezca ante el notario puede encontrarse en cualquiera de las siguientes situaciones: i) contar con un apoyo formal, notarial o judicial, en cuyo caso habrá que estar en línea de principio a la escritura pública o a la resolución judicial correspondiente; ii) no contar con ningún apoyo; iii) contar con un apoyo informal como la guarda de hecho. Estos dos últimos supuestos requieren consideración separada:

- a) En el caso de que no tenga ningún apoyo:

¿Qué debemos hacer cuando comparezca ante nosotros una persona con discapacidad sin apoyo ninguno?

Naturalmente, recibirla y hablar con ella. Esta primera visita permitirá detectar al notario si la persona con su solo apoyo institucional puede llevar a efecto su pretensión o si necesita, además, otro tipo de ayuda para tomar su decisión o simplemente para expresarla o comprender el instrumento público.

El artículo 25 de la Ley del Notariado dispone: *“Para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante notario, éstas podrán utilizar los apoyos instrumentales y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyo a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso”.*

Estos *“apoyos instrumentales”* garantizan el acceso al instrumento público. Se trata de una lista abierta que abarca apoyos materiales o técnicos y apoyos humanos: el intérprete, por ejemplo, pero también aquellas personas que tengan una relación con la persona con discapacidad que incrementen su confianza o que le ayuden a superar las dificultades de comunicación que pudiera tener.

La misma persona con discapacidad, puede, por ejemplo, aparecer acompañada por otras de su confianza que le ayuden a comunicarse con el notario, que habrá de asegurarse de que media esa relación de confianza que torna razonable su colaboración. Se entiende que existe

esa relación con su cónyuge, ascendientes o descendientes o con aquellas personas con la que conviva. Naturalmente, su intervención habrá de quedar excluida cuando exista un conflicto de intereses.

En todo caso, el artículo 193.2 del Reglamento Notarial establece: *“A los efectos del artículo 25 de la Ley del Notariado, y con independencia del procedimiento de lectura, se entenderá que ésta es íntegra cuando el notario hubiera comunicado el contenido del instrumento con la extensión necesaria para el cabal conocimiento de su alcance y efectos, atendidas las circunstancias de los comparecientes”.*

El notario, teniendo en cuenta la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá solicitar:

- a) Información particular sobre sus condiciones de vida, o sobre su entorno familiar o de convivencia, a fin de adecuar su actuación en la medida de lo posible.
- b) Pedir la calificación administrativa y con ella su programa de atención individual (PIA).
- c) Entrevistarse con su cónyuge o pareja o quienes convivan con ella, familiares cercanos, así como con las entidades del tercer sector con las que guarde relación.
- d) Solicitar informes sociales o de aquellos profesionales que puedan aconsejar las medidas de apoyo necesarias en cada caso.
- e) Procurar la intervención de un profesional experto a modo de facilitador (artículo 7 bis de las leyes de jurisdicción voluntaria y enjuiciamiento civil) que realice las tareas de adaptación y ajustes necesarios para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.
- f) Y, por supuesto, propondrá aquellas salvaguardias que considere necesarias para asegurar el respeto a su voluntad, deseos y preferencias.

Es conveniente levantar acta, con carácter previo al otorgamiento, en la que se reflejen los posibles informes sociales o documentos complementarios y la ayuda de las personas que presten su apoyo para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida. En el caso del intérprete bastará su comparecencia en la escritura pública o instrumento de que se trate.

También parece recomendable que el notario refleje, en su caso, en la correspondiente acta su colaboración o apoyo para que la persona con discapacidad desarrolle su propio proceso de toma de decisiones. En los testamentos, esta colaboración el notario podrá reflejar su apoyo en el propio documento o, debido a las circunstancias concurrentes, en dicha acta previa, especialmente indicada si, además se incorporan otros documentos o informes.

- b) En el caso de la guarda de hecho:

La guarda de hecho constituye un apoyo informal. La función de los apoyos (formales e informales) consiste según el artículo 250 del Código en *“asistir a la persona con*

discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica". El apoyo, por lo demás, puede ser accidental o permanente, concerniente al cuidado de la persona o de sus bienes, y limitado, o no, a tan sólo ciertos aspectos o actos concretos.

Pero, ¿qué es la asistencia? Si acudimos al Diccionario de la Lengua, "*asistir*" no es lo mismo que "*asentir*". La asistencia supone estar presente en un acto concreto y tiene igualmente el sentido de prestar auxilio, pero no es necesariamente un condicionamiento para la actuación de la persona con discapacidad. La actuación del guardador es espontánea, no depende como exige el artículo 269 del Código respecto de la curatela, de la previa determinación judicial de su necesidad.²

La guarda de hecho es -por definición- informal, no tiene que acreditarse ante notario, ni su existencia representa un condicionante para la actuación de la persona con discapacidad.

En consecuencia, el guardador de hecho puede comparecer ante el notario para prestar simplemente su apoyo instrumental, en el sentido expresado en el epígrafe anterior, para ayudar a la persona con discapacidad a entender y ser entendida, sin que su intervención represente una confirmación o aprobación de la decisión adoptada por el interesado en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Pero, por imitación a la curatela, ¿debe el notario, atendidas las circunstancias del caso, demandar su asentimiento? El notario no es un juez, que pueda condicionar el otorgamiento del instrumento público a la aprobación del guardador. La función del guardador de hecho, en el ámbito notarial, no debe ir más allá de prestar su auxilio a la persona con discapacidad para expresar o tomar su decisión y comprender el contenido del instrumento público notarial.

Otra cosa es que, conforme al artículo 264 del Código civil, el guardador deba actuar en representación de la persona con discapacidad por causa de necesidad, que habrá de justificar ante el juez para que autorice su actuación representativa, sin perjuicio de recabar adicionalmente, de darse el caso, la autorización judicial prevista en el artículo 287 del Código civil.

Y es que la guarda de hecho puede ser un apoyo voluntario o un apoyo necesario en función de las circunstancias. El artículo 264 se refiere a la guarda de hecho en caso de necesidad; mientras el artículo 267 a la guarda de hecho voluntaria, al señalar que cesará "*cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que se organice de otra manera*".

El guardador de hecho, cuando comparece ante el notario, presta su auxilio sin otra acreditación que la voluntad de la persona con discapacidad. En cambio, en los casos de necesidad, el notario debe abstenerse e informar de la necesaria autorización judicial prevista en el artículo 264 del Código.

² "*La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador para el ejercicio de su capacidad jurídica, atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo*". Y sólo en los casos excepcionales, aquellos actos en los que el curador deba asumir la representación de la persona con discapacidad.

Y conviene aclarar, que la autorización judicial del artículo 287 del Código civil no es aplicable en aquellos casos en los que la persona con discapacidad actúa en propio nombre sin ser sustituida por el guardador o su curador representativo.

Por tanto, tratándose de guarda de hecho voluntaria, será aplicable la recomendación anteriormente realizada en el sentido de reflejar la prestación del apoyo en acta notarial.

Finalmente, para apurar el comentario, cabe la posibilidad de que el guardador de hecho, que a la luz del artículo 264 puede realizar determinadas actividades representativas sin autorización judicial, solicite del notario la constatación de la guarda de hecho a estos efectos, pues, tal como se indicaba en la Circular de este Consejo General 7/2020 respecto de la guarda de menores, cabe recurrir a un acta de notoriedad, para dotar al guardador de hecho de un documento *“que sin ser título legitimador, le permita justificar la situación fáctica ante la autoridad judicial o entidad pública”* de que se trate.

Los apoyos voluntarios:

El artículo 250 del Código civil declara: *“Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona”*.

Los apoyos voluntarios se caracterizan por su atipicidad. El Código regula específicamente los poderes y mandatos preventivos, pero deja al arbitrio de la persona interesada la determinación del apoyo y el alcance que deba tener.

La indeterminación de estas medidas es coherente con la necesidad de que se ajusten a la voluntad, deseos y preferencias de la persona interesada. Por tanto, el notario tendrá que concretar cuál sea la voluntad del compareciente y los medios adecuados para llevarla a efecto. Frente a estas medidas atípicas, los poderes y mandatos preventivos tienen un carácter subsidiario.

Las medidas voluntarias por su propia naturaleza pueden ser muy variadas. Así por vía de ejemplo:

Medidas atinentes al cuidado de la persona o tan sólo de orden patrimonial. De carácter esporádico o de aplicación continuada. Temporales, revisables y permanentes. Por su alcance o valor: de naturaleza orientativa o de prestación de consejo; instrucciones a los posibles apoyos informales; instrumentales para acompañarla a ciertos actos, de lo que no es más que un ejemplo el artículo 25 de la Ley del Notariado o *“el facilitador”* del artículo 7 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria; de prestación de asentimiento o de naturaleza representativa.

Pueden ser también, a tenor de lo dispuesto en el artículo 255, unilaterales o acordadas.

Las unilaterales no plantean demasiados problemas. Son medidas por definición revocables que no condicionan en ningún caso la voluntad futura del disponente.

Las acordadas tampoco están predeterminadas. Un ejemplo, sería un mandato preventivo para administrar determinados bienes; pero sin excluir otras posibilidades como un pacto de convivencia o de asistencia mutua.

Es importante destacar que por definición los apoyos voluntarios dependen de la voluntad de la persona interesada, que puede modificarlos o pura y lisamente revocarlos o incluso prescindir de los mismos.

En línea de principio, los apoyos voluntarios no son, por lo tanto, vinculantes para la persona que los haya dispuesto, si decide sustituirlos por otros o simplemente actuar sin su concurso, pues habrá que estar siempre a su voluntad, deseos y preferencias.

Pero es cierto que en algunas ocasiones la persona disponente puede estar interesada en imponerse una limitación. ¿Puede obligarse a sí misma?

La vía para ello es condicionar la revocación a ciertas salvaguardas, por ejemplo, la necesidad de escritura pública, previo informe médico o social, o con la concurrencia o asentimiento de determinadas personas, de manera que no pueda saltarse el régimen autoimpuesto en su propio beneficio.

Entiéndase bien: la mencionada salvaguarda limitativa de la revocación, tan sólo se justifica por el hecho de ser una condición autoimpuesta que pretende otorgar un cauce seguro para la eliminación o modificación de la medida, lo que puede ser muy interesante para evitar en el futuro influjos indebidos de terceras personas, o también en el caso de ciertas adiciones o trastornos compulsivos.

Por otra parte, los apoyos pueden ser de presente o de futuro, ya que de acuerdo con el artículo 255 del Código civil pueden adoptarse *“en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás”*.

Por tanto, cabe que haya medidas de apoyo puramente preventivas (un ejemplo sería el poder contemplado en el artículo 257 o un poder que contenga cláusula de subsistencia cautelarmente); pero también pueden ser de aplicación inmediata, otorgadas para superar las dificultades concurrentes, y entonces como nos recuerda la disposición transitoria tercera de la Ley con términos casi idénticos a los recogidos en el artículo 665 del Código civil: *“El notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquélla (la persona con discapacidad) desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.”* En este caso, como ha quedado expuesto, parece recomendable consignar dicho proceso en un acta preliminar en la que en su caso se reflejen los apoyos instrumentales.

Entre esos apoyos instrumentales, como ha quedado dicho, puede valerse el notario de la experiencia atesorada por las entidades sociales, no sólo a la hora de facilitar que la persona

tome decisiones, pese a las dificultades existentes, sino también para plantear o sugerir al interesado posibles estructuras, que se adecuen a sus necesidades.³

Las salvaguardas:

El artículo 255 estatuye: *“Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias.”* Y el artículo 258 en lo tocante a los poderes preventivos: *“El otorgante podrá establecer (...) las medidas u órganos de control que estime oportunos, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder.”*

Se trata de medidas preventivas o cautelares que tratan de evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida. Estas salvaguardas son de suma importancia y lógicamente variables en función de la confianza en los apoyos y de las circunstancias personales y patrimoniales de la persona de que se trate.

Entre esas salvaguardas se puede pensar en normas que aseguren la prudente prestación del apoyo. Por ejemplo, la necesidad de asesorarse antes o de obtener el consejo de determinadas personas, profesionales o no.

También pueden consistir en la fijación de instrucciones concretas tanto a la persona que preste el apoyo como a los posibles órganos auxiliares de consejo, control o fiscalización.

Los órganos de consejo, control y fiscalización pueden ser una solución muy oportuna para prevenir contingencias sobrevenidas. La atribución de tales funciones a terceras personas, integrantes, o no, de un órgano colegiado resulta muy interesante. La persona que preste el apoyo podrá o deberá según lo prevenga el disponente, valerse de su consejo, obtener su autorización para determinados actos o ante un eventual conflicto de intereses, o quedar sometida a su fiscalización a fin de evitar abusos y de poner freno, en su caso, a una influencia indebida, sin descartar que dicho órgano pueda igualmente pedir la extinción del poder o incluso revocarlo si no fuera posible por parte del propio disponente.

³ El juez, de acuerdo con el artículo 42 bis de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, podrá *“recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia”*. A diferencia del juez, el notario podrá acudir a cualquier entidad social relacionada con las dificultades que se quieran subvenir, ya que, en nuestro caso, no se trata de *“estructuras alternativas”* o sustitutorias de otras de implantación judicial, sino antes bien, de *“estructuras adecuadas”* o soluciones que puedan servir o ser consideradas para hacer efectiva la voluntad, o la finalidad perseguida por la persona interesada.