

## EL ESENCIAL PAPEL DEL NOTARIADO ESPAÑOL EN EL SISTEMA JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD

*Maria de los Reyes Sánchez Moreno*

Notaria. Alicante

---

TITLE: *The Essential Role of the Spanish Notary in the Legal Framework on Disability*

RESUMEN: La reforma 8/2021 ha supuesto un antes y un después para todos los juristas, pero muy en particular para el notario. Y es que la desjudicialización de la discapacidad y de la protección de las personas con discapacidad ha desembocado en una correlativa notarialización de la misma como parte de la estrategia de nuestro país en el cumplimiento de los compromisos asumidos con la ratificación de la Convención de Nueva York. El papel del notario opera en dos ámbitos: en el diseño de la medida de apoyo; y en el día a día de la persona con discapacidad, cuando participa en una operación que se realiza ante el notario.

ABSTRACT: *Reform by way of Act 8/2021 has represented a before and after for all legal professionals, especially for the notary. That is because the de-judicialisation of disability, and the protection of people with disabilities, has resulted in correlative notarisation, as part of our country's strategy in fulfilling the commitments assumed with the ratification of the New York Convention. The role of the notary operates in two areas: in the design of support measures; In the day-to-day life of the person with a disability, when they participate in a transaction carried out before the notary*

PALABRAS CLAVE: Notario; discapacidad; Convención de Nueva York.

KEY WORDS: *Notary; disability; New York Convention.*

SUMARIO: 1. EL NOTARIO Y EL DISEÑO DE LA MEDIDA DE APOYO. 1.1. *Introducción.* 1.2. *La escritura de constitución de apoyos.* 1.2.1. Génesis del artículo 255 del Código Civil. 1.2.2. El notario como alternativa a la actuación judicial. 1.2.3. Naturaleza jurídica: relación con el poder o mandato preventivo y con la autotutela. 1.2.4. ¿Debió regularse de forma independiente? 1.2.5. Contenido. 1.2.6. El otorgante de la escritura de apoyos. 1.2.7. Valoración crítica. 1.3. *Los poderes y mandatos preventivos.* 1.3.1. Modalidades de poder preventivo. 1.3.2. El acta notarial que acredita la necesidad de apoyo. 1.3.3. El discernimiento exigido para el otorgamiento. 1.3.4. Personas que no pueden ser apoderadas. 1.3.5. La inscripción en el Registro Civil. A) La obligatoriedad de la inscripción. B) ¿Se comunica el poder o mandato al Registro Civil sólo cuando ya concurre la causa de discapacidad? C) Utilización del poder no inscrito. D) El inconveniente de la falta de inscripción. 1.3.6. Facultades del apoderado. 1.3.7. La distinción entre mandatos y poderes preventivos. 1.4. *La autotutela.* 1.4.1. Concepto y fundamento legal. 1.4.2. Exclusiones y graduación de nombramientos. 1.4.3. Vinculación judicial. 1.4.4. Forma. 1.4.5. Inscripción. 2. EL NOTARIO EN EL DÍA A DÍA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. 2.1. *El notario y la intervención de la persona con discapacidad.* 2.1.1. El acta previa como mecanismo para constatar el discernimiento. 2.1.2. El acta previa y el previo requerimiento de la persona vulnerable. 2.1.3. ¿Debe el notario justificar en el acta previa la denegación de discernimiento suficiente? 2.1.4. Críticas al acta previa de capacidad. 2.2. *La intervención del notario cuando existe medida de apoyo.* 2.2.1. Intervención notarial en caso de poder preventivo. 2.2.2. Intervención notarial en caso de tutela asistencial o representativa. 2.2.3. Intervención notarial en caso de guarda de hecho. A) Guarda de hecho asistencial. B) Guarda de hecho representativa sin autorización judicial. C) Guarda de hecho representativa con autorización judicial. D) El acta de constatación de la guarda de hecho. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. EL NOTARIO Y EL DISEÑO DE LA MEDIDA DE APOYO

### 1.1. *Introducción*

La Convención de Nueva York exige que la persona con discapacidad participe activamente en el diseño, establecimiento y contenido de la medida de apoyo que en su caso necesite para el ejercicio de su capacidad, siempre y cuando tenga discernimiento suficiente para ello. La ley española ha hecho descansar esta responsabilidad en el notario, que estará en el origen mismo de la medida de protección, pues todo el sistema descansa en la primacía de la voluntad de la persona sobre cómo debe ser protegida y por quién. El notario será el vehículo de esa voluntad, que, para serlo efectivamente, ha de ser voluntad informada, no dirigida. Cuantos más poderes preventivos y escrituras de constitución de apoyos autoricen el notario, menos necesaria será la actuación judicial, pues las medidas voluntarias van a primar sobre las judiciales, lo que igualmente resulta de la aplicación de la Convención de Nueva York. Incluso, de solicitarse al juez la constitución de una medida de apoyo, éste deberá abstenerse de constituirla si la persona tiene discernimiento suficiente para darse a sí misma una medida de apoyo voluntario.

Son tres los instrumentos básicos a los que puede acudir la persona con discapacidad con el auxilio del notario para diseñar a medida su medida de apoyo: la escritura de constitución de apoyos, el poder o el mandato preventivos y la autotutela.

### 1.2. *La escritura de constitución de apoyos*

#### 1.2.1. Génesis del artículo 255 CC

El artículo 255 CC regula la posibilidad de que la propia persona, en escritura pública, pueda determinar qué apoyo y cómo quiere que sea ese apoyo en caso de discapacidad futura, estableciendo tanto medidas de apoyo para su persona y sus bienes como regulando el ejercicio de tales medidas. Esta escritura de constitución de apoyos voluntarios no se encontraba en el proyecto de ley, que sólo contemplaba como medidas voluntarias de apoyo el poder preventivo y la auto curatela. Se introduce en la tramitación parlamentaria, puede que recogiendo en este punto la influencia de Colombia, que prevé, a través de la Ley 1996 de 2019 por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, los acuerdos de apoyo por escritura pública o ante conciliadores extrajudiciales formalizados por persona mayor de edad por los que se designa la

persona o personas naturales o jurídicas que le asistirán en la toma de decisiones respecto de uno o más actos jurídicos determinados, así como la de Perú y su «designación de apoyos a futuro» que toda persona mayor de 18 años de edad puede designar ante notario, creados por el Decreto Legislativo N.º 1384 de 2018.

#### 1.2.2. El notario como alternativa a la actuación judicial

Como el artículo 255 CC indica, estas medidas priman sobre las judiciales, que tienen un carácter subsidiario, lo que es coherente con todo el sistema desjudicializado que introduce la nueva Ley 8/2021.

La nueva ley, de hecho, legitima al notario como alternativa a la actuación judicial, habida cuenta de que es él quien combina en su actuación la autoridad pública y el necesario asesoramiento que sirve al adecuado desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad. Y ello es así porque el notario no decide, a diferencia del juez, sino que recoge la voluntad de la persona, la interpreta y adapta y la comunica al Registro Civil, convertida la escritura en el instrumento que concreta la medida de apoyo. Y esta medida de apoyo es válida por sí misma sin necesidad de homologación o control judicial alguno. PAU PEDRÓN afirma, en este sentido, que una de las características de la reforma llevada a cabo en el 2021 es que la autorregulación no está sujeta al control judicial previo, sino sólo a la posibilidad de control judicial posterior (PAU PEDRÓN, 2018: 12).

#### 1.2.3. Naturaleza jurídica: relación con el poder o mandato preventivo y con la autotutela

Esta escritura es de un contorno impreciso y puede combinar varias figuras, pudiendo configurarse como un contrato con el asistente, en su caso.

El artículo 255 CC es el primero de los artículos dedicados a las medidas voluntarias y el único que se dedica a este instrumento nuevo, puesto que el poder preventivo y la autotutela se regulan a continuación. Pero no cabe duda de que estas figuras pueden convivir en una misma escritura de apoyos, que en realidad es un conjunto completo de disposiciones autorreguladoras de la propia discapacidad.

#### 1.2.4. ¿Debía regularse de forma independiente?

Una interesante cuestión que podemos plantearnos, al hilo de lo anterior, es si era necesaria la regulación de esta escritura como algo independiente o si, por el contrario,

hubiera bastado su inclusión en la regulación del poder preventivo y de la autotutela. VALLS XUFRE tratando de separar la figura de la escritura de apoyos del poder preventivo, que puede ser una de sus piezas, dice que en el poder preventivo el verdadero protagonista es el apoderado. En cambio, en el acuerdo voluntario de apoyo, aunque se nombre un asistente, el protagonista principal será el asistido (VALLS XUFRE, 2022: 85-154). Pero la regulación del poder preventivo (y del mandato preventivo), con toda la amplitud que, como luego veremos, puede tener, hace que el artículo 255 parezca más bien un artículo introductorio de los que encontramos a continuación. Y, de ser así, podría entonces haberse dedicado atención a la forma de encajar todas las medidas voluntarias de protección en un esquema coherente.

#### 1.2.5. Contenido

Efectivamente, la escritura a la que nos referimos se presenta como un cajón de sastre que puede tener un contenido muy diverso, tanto como diversas son las personas que van a ser objeto del apoyo: deseos o instrucciones, tanto en el plano personal como patrimonial, determinación del asistente, de su forma de actuar, autolimitaciones, nombramiento de representante.

Este último eslabón en la graduación del contenido de las facultades de la figura de apoyo permitiría el encuadre del poder preventivo en el marco más amplio de la escritura de apoyos. El apoderado sería, dentro de este tipo de escrituras, y por así decirlo, el brazo útil que llevaría a efecto ciertas medidas de apoyo previstas voluntariamente por la persona. Aunque nada impide que la escritura sólo contenga instrucciones y designe a quien ha de seguirlas en el día a día de la persona vulnerable, sin otorgarle un poder, o que la escritura disponga sólo una mera asistencia puntual, lo cierto es que sin la figura del apoderado puede la escritura de constitución del apoyo verse privada de un vehículo importante en la práctica jurídica. Incluso la propia designación de la persona con facultades para actuar por la persona discapacitada, aunque no se utilizase la expresión sacramental de poder (o de mandato), podría equivaler realmente a su otorgamiento cuando va a actuar en su lugar y no como mero asistente.

#### 1.2.6. El otorgante de la escritura de apoyos

El artículo 255 establece que pueden otorgar estas escrituras de constitución de apoyos los menores emancipados y los mayores de edad. Entre ellos puede hallarse quien todavía no es discapacitado o quien ya lo es, pues el artículo 255 contempla la doble posibilidad de que se otorgue en previsión o apreciación de la concurrencia de

circunstancias que puedan dificultar al otorgante el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, pareciendo que este último caso es el que el CC tenía sobre todo a la vista cuando reguló por separado la escritura de constitución de apoyos. De hecho, algunos autores consideran que esta figura se diferencia precisamente del resto de medidas voluntarias en que los acuerdos se formalizan cuando una persona con discapacidad necesita un apoyo presente, real y efectivo (GÓMEZ LASALLE, 2023:35). No es ésta mi opinión, pues parece obviar que el artículo 255 también recoge la fórmula en previsión, que lo sería necesariamente de una futura y no presente discapacidad (CABELLO DE ALBA JURADO, 2022: 119).

Otra vez, el límite está en el consentimiento informado, en el conocimiento de lo que se dispone y de sus consecuencias (TENA ARREGUI, 2021: 50). Y esto vale para la escritura de constitución de apoyos como de cualquier medida voluntaria. De otorgarlo la persona ya discapacitada, ésta, de ser necesario, actuará con el apoyo formal o informal que le sea necesario.

Precisamente en estos casos en que ya existe discapacidad, mucho más si la escritura pretende un régimen muy amplio de apoyos, habrá que exigir un alto nivel de comprensión en el otorgante y tratar de establecer salvaguardas que ofrezcan una protección a la persona con discapacidad, en particular a través del control por terceros de la actuación del representante. Si no es posible, se debe recomendar un poder especial si resuelve el problema concreto y, si esto no es suficiente, recomendar que sea esta cuestión resuelta en sede judicial (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, 2022: 120).

#### 1.2.7. Valoración crítica

Estamos ante una figura muy poco desarrollada e indeterminada en su verdadero contenido, que parece responder más bien a la buena intención del legislador de subrayar la importancia de la autonomía de la voluntad de la persona que a ofrecer un instrumento reconocible y seguro, en particular, de cara a su circulación internacional.

De lo que no cabe duda es de que la clave del éxito de esta medida tan abstracta en la práctica de nuestro país va a depender mucho de la actitud del notario. Como dice GUILARTE (GUILARTE 2022: s.p.), la profesión notarial está llamada a completar precisamente este vacío de su regulación, siempre a partir de la experiencia desarrollada en el otorgamiento de poderes preventivos.

Por otro lado, si en el plano nacional el éxito de esta figura se va a basar en la actuación del notario español, del que se espera su difusión y determinación, en el plano

internacional debe alertarse del desconocimiento de la figura por las autoridades y por los notarios de otros países, desconocimiento que llega incluso a los países que han suscrito el Convenio de La Haya. Y el futuro Reglamento en esta materia no contempla otra cosa que el poder preventivo; aunque es posible que éste acabe ampliándose a las medidas voluntarias en general, en la Unión Europea la escritura de constitución de apoyos puede resultar una medida muy poco eficaz por desconocida.

### *1.3. Los poderes y mandatos preventivos*

#### *1.3.1. Modalidades de poder preventivo*

En nuestro país ya se introdujeron, con ocasión de la reforma del artículo 1732 CC en el 2003, las dos modalidades básicas de poder preventivo al regular la extinción del mandato, aunque de una forma tímida. Ahora se regulan en el lugar que le corresponde a propósito de la protección de la persona vulnerable. Estas dos modalidades de poder son las siguientes:

- a) Aquellos poderes en los que el poderdante incluye una cláusula que estipula que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad. Es el supuesto que contempla el artículo 256 CC.
- b) Aquellos poderes que el poderdante otorga sólo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. Es el supuesto que contempla el artículo 257 CC.

Son los primeros los más frecuentes en la práctica, pues suelen otorgarse ya en los primeros estadios del deterioro cognitivo y, por tal razón, la persona suele querer que la actuación del apoderado, normalmente una persona muy próxima, comience ya a actuar antes de que la vulnerabilidad le impida actuar por sí. Se trata, pues, de lograr una continuidad sin estridencias en el uso del poder. En el segundo tipo de poderes se plantea inevitablemente la cuestión de cómo se aprecia la necesidad de apoyo. El artículo 257 dispone, como no podía ser menos, que para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante.

Así, por ejemplo, puede disponer el poderdante que el apoderado sólo pueda actuar cuando se haya determinado por un médico esta circunstancia; o por más de uno (por ejemplo, el de cabecera y un especialista en su patología). No es conveniente, sin embargo, la referencia a determinado grado médico-administrativo de discapacidad. Por ejemplo, a un esquizofrénico puede corresponderle un grado relativamente alto de

discapacidad médico-administrativa, pero ser capaz de comprender la trascendencia de una compraventa o de aceptar una donación.

Por esta razón, y a pesar de que la objetivación de la necesidad de apoyo por el poderdante facilitará la actuación futura del notario, éste deberá enfrentar al otorgante del poder con la necesidad de valorar de una forma más «social» y menos «administrativa» cuándo quiere que se utilice el poder.

### 1.3.2. El acta notarial que acredita la necesidad de apoyo

Dado que la determinación de cuándo quería el poderdante que se utilizase el poder puede revestir dificultad, y para garantizar el cumplimiento de sus previsiones, el artículo 257 CC añade tras la reforma que se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.

Se trata de una aclaración que quizá hubiera sido innecesaria, pues un acta de notoriedad en este sentido puede ya ser otorgada de conformidad con las disposiciones vigentes de la legislación notarial, aunque parece ser un acta un tanto especial que, junto al juicio del notario, incorporará el informe pericial.

### 1.3.3. El discernimiento exigido para el otorgamiento

Vale aquí lo dicho para la escritura de apoyos. La propia definición del poder como preventivo nos ofrece una importante pista: en un momento en que la persona todavía puede comprender su situación actual, y consciente de la que puede llegar a producirse en el futuro, ella prevé cómo ha de articularse su protección, siendo consciente de su trascendencia futura.

Es significativo que los artículos 256 y 257 CC hagan siempre referencia a una situación de futuro. Por supuesto, esto no implica que un menor grado de discernimiento de la persona pueda permitirle otorgar un poder ordinario o, incluso, un poder con cláusula de subsistencia para uno o varios actos en concreto. Lo que es relevante, y éste es el límite de la actuación del notario, es que la persona comprenda realmente el poder y sea capaz de comunicar al notario lo que realmente desea.

### 1.3.4. Personas que no pueden ser apoderadas: la remisión a la curatela

De acuerdo con el artículo 275 CC existen ciertas personas que no pueden actuar como curadores. Pero estas normas no pueden ser directamente aplicables al apoderado por

remisión. Efectivamente, no opera la dispuesta en el art. 275.2. 1º CC, que se refiere a quien ha sido excluido como curador por la propia persona vulnerable, pues aquí se trata más bien de lo contrario: lo será el que personalmente elige el poderdante. Y tampoco operarán el resto de los supuestos de los números 2 y 3, pues es el poderdante el que juzgará libremente a la persona del apoderado sin que las circunstancias que contemplan, aun siendo graves (privación de la patria potestad, haber sido removido de un cargo tutela o de apoyo, condenado por algún delito que haga suponer que no actuará bien en el desempeño de su cargo) le inhabiliten para actuar, incluso aun no conociéndolas el poderdante.

Cosa distinta es que estas mismas circunstancias sean sobrevenidas y, convertidas en causa de remoción, puedan dar lugar a que opere el artículo 258 in fine CC y permitan que el juez, a instancia de parte, pueda decidir la extinción del poder y, otra vez aquí, salvo que el poderdante haya establecido otra cosa, lo que vuelve a dar idea de la gran importancia que la autonomía de la voluntad tiene en este punto como verdadera limitación de la designación de apoderado. Más adelante estudiaré específicamente las causas de remoción.

### 1.3.5. La inscripción en el Registro Civil

#### A) La obligatoriedad de la inscripción

De acuerdo con el artículo 260 CC en su nueva redacción los poderes y mandatos preventivos serán comunicados de oficio y sin dilación al Registro Civil por el Notario autorizante para su constancia en el registro individual del otorgante. Con ello se trata de dar cumplimiento a los artículos 4 y 77 de la Ley de Registro Civil.

B) ¿Se comunica el poder o mandato al Registro Civil sólo cuando ya concurre la causa de discapacidad?

Dado que la ley no distingue, parece que el notario ha de comunicar en los dos supuestos de poder preventivo que admite la ley sustantiva: el que produce efectos desde ya y el que sólo produce cuando concurre causa de discapacidad.

No cabe duda de que se trata de una información muy sensible e íntima, pero al mismo tiempo de mucha importancia para la seguridad del que se relaciona con la persona discapacitada. Es por tal razón que el artículo 83 de la Ley de Registro Civil, que se ocupa de los datos con publicidad restringida, dispone que «A los efectos de dicha Ley,

se considerarán datos especialmente protegidos: [...] b) La discapacidad y las medidas de apoyo [...]».

#### C) Utilización del poder no inscrito

La respuesta debe ser afirmativa. En la medida en que la escritura es un requisito de validez del poder preventivo y la inscripción no lo es, la finalidad de la inscripción de los poderes se deriva del artículo 83 de la Ley de Registro Civil cuando establece que: «Las Administraciones Públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apartado 1.b) del artículo 83 cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo». Por otro lado, puede entenderse también aplicable al poder la doctrina de la DGSJFP (RDGSJFP 15 febrero 2024), que no exige la inscripción de la medida de apoyo judicial para que el acto del apoderado acceda al Registro de la Propiedad. Actualmente, y en relación con los poderes preventivos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2024 (STS 4 noviembre 2024) aplica al poder preventivo la misma doctrina que a los apoyos judiciales.

#### D) El inconveniente de la falta de inscripción

Con todo, es cierto que la falta de inscripción del poder, que se configura como la principal medida de apoyo, puede desencadenar situaciones perturbadoras, como la que se produciría, por ejemplo, si el juez estimase que, no habiendo medida voluntaria, procede la curatela, decisión judicial que se inscribe. ¿Debería el notario entender en este caso aplicable el poder que no se inscribió o antes bien la decisión judicial, con la trascendencia que puede tener para la validez del acto el que se prescindiera de una medida de apoyo judicial siendo precisa y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1301 y 1302 CC? La respuesta no es en este caso tan sencilla, aunque la medida más prudente debería ser la de acatar la decisión judicial.

#### 1.3.6. Facultades del apoderado

El poder preventivo es un traje hecho a medida. Como ya ha quedado expuesto, el poder puede ser general o especial, pero es el primero el que más se adapta al concepto de poder como medida de apoyo y el más demandado en la práctica como forma de resolver el mayor número de situaciones posibles en que pueda encontrarse la persona vulnerable. Sea como fuere, no debería nunca plantearse el poder preventivo como un modelo estanco de facultades. Es cierto que en la práctica suele articularse distribuyendo las facultades en grupos, pero eso sólo debe facilitar que el

poderdante seleccione aquello que quiere o no quiere y, además, determine cómo lo quiere exactamente. Las facultades de carácter patrimonial son las estrellas del poder preventivo.

Respecto de las facultades de carácter personal, si antes de la reforma del 2003, la ubicación del artículo 1732 CC parecía apuntar al carácter marcadamente patrimonial de poder con subsistencia de facultades, planteado como medida de apoyo tras la reforma del 2021, las facultades del apoderado pueden ser de cualquier tipo, también personales. Debe establecerse, no obstante, una línea entre las facultades personales y las personalísimas; así, un poder preventivo no puede facultar para divorciarse o ejercer la patria potestad, pero sí podrá incluir facultades referidas al cuidado de la persona o a la elección del domicilio adecuado a unas nuevas circunstancias, por poner un ejemplo.

### 1.3.7. La distinción entre mandatos y poderes preventivos

La reforma reconoce como medidas voluntarias de apoyo tanto los poderes como los mandatos preventivos. No distingue unos de otros, por lo que habrá que estar a la distinción civil entre ambas figuras. La falta de regulación del poder ha hecho que sus características concretas en nuestro Derecho sean una construcción doctrinal y jurisprudencial. Teniendo en cuenta la ubicación sistemática de su regulación en el Código Civil, el mandato es un contrato. Esto implica que existe aceptación por parte del mandatario y se convierte en una fuente de obligaciones. El poder, sin embargo, es unilateral y sólo atribuye facultades y no obligaciones (LETE ACHIRICA, 2023: 387). Esta distinción es importante, pues según el artículo 1725 CC el mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente frente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.

Y llegados a este punto es preciso plantearse si es mejor el poder preventivo, el mandato preventivo o la escritura de constitución de apoyos. A priori, el mandato puede encajar más con la idea de la protección del discapacitado por la importancia de la función y la responsabilidad que asume el mandatario. Y parece un cauce más adecuado para recoger una posible retribución en favor del mandatario, que puede ser un incentivo para su aceptación. Probablemente, lo ideal es la combinación de ambas figuras. La escritura de constitución de apoyos es más conveniente cuando el diseño de la medida de apoyo es más complejo y el apartado de las instrucciones, lo más relevante. Aunque otra vez aquí, esta escritura normalmente irá acompañada de un

poder como instrumento necesario para que sean cumplidas las instrucciones recibidas.

De lo que no cabe duda es de que la ley ofrece al notario un importante marco dentro del cual puede fluir la voluntad de la persona que se diseña su medida de apoyo, atendiendo al notario a las muy distintas situaciones de la persona.

#### 1.4. *La autotutela*

##### 1.4.1. Concepto y fundamento legal

La autotutela se constituye como otro de los mecanismos basados en la autonomía de la voluntad que permiten a la persona prever y autorregular su situación de posible futura discapacidad para el ejercicio de su capacidad. Su fundamento legal se encuentra en el artículo 271 CC, que permite a la persona proponer en escritura el nombramiento de curador.

Aunque no todos hacen la misma valoración de esta figura (MORO ALMARAZ 2022: 400-401), debe empezar advirtiéndose que, de todas las medidas de apoyo voluntarias, es la autotutela la que en el momento actual será previsiblemente menos utilizada en la práctica. La razón parece clara: todo el mecanismo de la autonomía de la voluntad en previsión de la discapacidad futura gira en torno a la idea central de la desjudicialización de las medidas de apoyo. Por tal razón, el nombramiento de un curador que ha de ser investido en su cargo por el juez, no parece que vaya a ser una posibilidad muy valorada por el que puede por sí mismo, con todas las posibilidades que el nuevo Derecho le otorga, decidir quién va a apoyarlo (o representarlo, en su caso) y quien puede desarrollar todo el sistema de instrucciones o controles que rodean la medida de apoyo por él mismo diseñada.

No obstante, como último recurso, si los apoderados o sus sustitutos no quieren o no pueden actuar y no hay quien esté actuando como apoyo, puede disponerse por la persona con discapacidad que siendo precisa la tutela sean preferidas para su ejercicio determinada persona o personas, en qué orden, con qué funciones y bajo qué instrucciones han de actuar, cuáles serán las medidas de control y vigilancia a que estarán sometidas y quién y cómo la llevará a efecto, si ha de ser la tutela sólo patrimonial o también personal, si deben separarse los cargos de curador de la persona y curador de los bienes, cómo debe articularse el cuidado de la persona, las reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer

inventario o su dispensa. Una cuestión dudosa es la de si la exclusión de la autorización judicial en los casos legalmente exigibles al curador vincula al juez.

Proponía ESCARTÍN (ESCARTÍN IPIENS 2018: 98) que se introdujera en la reforma del precepto la regla de la prevalencia de la voluntad sobre las disposiciones legales aplicables al curador. Tal sugerencia fue efectivamente introducida en el artículo 272 CC, que establece el carácter vinculante tanto de la propuesta de nombramiento como de las demás disposiciones voluntarias. Ello debe extenderse al régimen de autorizaciones, lo que también resulta de estimar su analogía con la figura del administrador, como resolvió la DGRN (RDGRN 12 julio 2013).

#### 1.4.2. Exclusiones y graduación de nombramientos

La propuesta del artículo 271 CC también va a ser un útil recurso para determinar quién o quiénes no deben ser nombrados en ningún caso. Y junto a la exclusión existirá la posibilidad de graduar los nombramientos de curador por orden de preferencia con carácter excluyente en cada grupo, estableciendo que, por ejemplo, sólo en un caso extremo desea ser la persona sujeta a la curatela de un ente público. Si el nombramiento de auto curador va a ser en la mayoría de los casos un último remedio voluntario, por si todos los demás fallan, es bastante recomendable que figure como disposición de cierre en la propia escritura de constitución de apoyos voluntarios o de poder o mandato preventivos.

#### 1.4.3. Vinculación judicial

En la línea de la primacía de la autonomía de la voluntad, lo que la persona ha dispuesto al nombrar o excluir curadores y determinar las normas que rodearán en su caso la curatela vinculará al juez y sólo por causas graves desconocidas por el disponente o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones, por el juez, en resolución motivada, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o por el Ministerio Fiscal, prescindir total o parcialmente de las disposiciones voluntarias de la persona (artículo 272 CC). A ello debería añadirse que siempre deberá prevalecer el mantenimiento, siquiera parcial, sobre la exclusión total. En este sentido, es interesante mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2021 (STS 19 octubre 2021) que interpreta un supuesto de autotutela (hoy, autocuratela) de acuerdo con la nueva regulación de la Ley 8/2021.

#### 1.4.4. Forma

En cuanto a la forma, el artículo 271 CC apuesta de nuevo por la escritura pública, lo que convierte otra vez al notario en el eje del funcionamiento y diseño práctico de esta figura en el ejercicio de su labor de asesoramiento y apoyo.

#### 1.4.5. Inscripción

Es obligatoria por aplicación de los artículos 4 y 77 de la Ley de Registro Civil, ley 20/2011 de 21 de julio.

### 2. EL NOTARIO EN EL DÍA A DÍA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

El notario no sólo actúa en el momento del diseño de la medida de apoyo, sino que acompaña a la persona a lo largo de su vida cuando realiza negocios jurídicos en la notaría.

#### 2.1. *El notario y la intervención de persona con discapacidad*

La reforma 8/2021 no ha alterado el hecho de que la persona que actúa ante notario otorgando un negocio jurídico, debe contar con discernimiento suficiente. Lo que sí resulta de la Ley es la necesidad de agotar todos los mecanismos técnicos y utilizar todos los auxilios humanos que puedan ser necesarios para la transmisión de la voluntad y su entendimiento por el Notario.

##### 2.1.1. El acta previa como mecanismo para constatar el discernimiento

Aunque el juicio de capacidad, convertido ahora en juicio de discernimiento, no requiere de ninguna formulación especial, no cabe duda de que el notario puede haber desempeñado una importante labor previa al otorgamiento, en la medida en que, dependiendo de la situación específica de la persona, puede exigir incluso varias sesiones con la persona, individualmente o asistida. Toma entonces relevancia el acta previa, defendida y desarrollada por autores como VALLS XUFRE (VALLS XUFRE, 2022: 88-54 y 2021: s.p.) y reconocida en la Circular del CGN de 2/2021 a propósito de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, en la que se dejaría constancia de todo aquello que ha acontecido en esa sesión o sesiones y que el notario considere relevante reseñar.

En España existen ya ciertos ejemplos de acta previa que podría servir al notario para que, manteniendo la intimidad de la sesión o sesiones con la persona vulnerable, deje

sin embargo constancia de su función como apoyo legal de la misma. Uno de estos casos es el acta previa matrimonial, ésta muy específica, o el acta previa de transparencia del préstamo hipotecario de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, Ley 5/2019 de 15 de marzo.

Pues bien, en el ámbito de la persona vulnerable que contrata, y no sólo para el préstamo hipotecario, el fundamento del acta es el mismo: debe comprobarse que existe verdadero consentimiento, que se ha formado libremente la voluntad conforme a los deseos y preferencias de la persona, al mismo tiempo de que, en el caso particular de las personas vulnerables, deba dejarse igualmente constancia de que se han valorado sus circunstancias específicas y de que se han utilizado determinados medios técnicos o humanos de asistencia.

#### 2.1.2. El acta previa y el previo requerimiento de la persona vulnerable

No parece, que sea posible que el notario pueda otorgar este tipo de acta si no existe un previo requerimiento, lo que concuerda también con otro de los pilares de la actuación del notario, que es el principio de rogación. Parece defendible, además, que el requerimiento deba venir siempre de la persona que va a otorgarla y que el notario aprecia vulnerable. Como ha quedado dicho, el acta protege precisamente su intimidad, determina cuáles son sus deseos, su forma de vida y quién le atiende en el día a día. Por tal razón, aunque en ella intervengan otras personas que la apoyen, el requerimiento debe partir de la persona vulnerable, lo cual es una exigencia que deriva de la propia actuación notarial rogada y de los principios que inspiran la Ley 8/2021.

#### 2.1.3. ¿Debe el notario justificar en el acta previa la denegación de discernimiento suficiente?

Una cuestión que puede plantearse en la práctica notarial es que se pida al notario que justifique que ha denegado su actuación cuando no aprecia discernimiento suficiente. Y ello incluso en el caso de que el fin que se pretenda con ello sea en principio en beneficio de la persona vulnerable, a saber, la justificación de que una persona vulnerable no puede otorgar por falta de discernimiento un poder para pleitos que le permita defenderse dentro de plazo. Ello podría convertirse en una práctica perniciosa que no encaja en la función del notario, a menos que se exija como excepción por la ley, como en el caso del acta previa al matrimonio o, en el caso del acta de transparencia bancaria, con el único objeto de que se paralice la firma de la escritura sin posibilidad de recurso una vez se comunica al Banco ese resultado negativo, que no el acta.

Una cosa es que el acta, de otorgarse, deba ser necesariamente requerida por la persona vulnerable y que, en todo caso, los apoyos para otorgar los proponga la persona vulnerable, y otra que no pueda el notario proporcionarse o exigir todos aquellos medios de apoyo en la medida en que le sirvan para formar su juicio de capacidad. Así, menciona Lora-Tamayo (LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, 2021: 20) como ejemplos un informe médico o de los servicios sociales o el acompañamiento de una persona del círculo más íntimo de la persona, sea o no su guardadora de hecho.

#### 2.1.4. Críticas al acta previa de capacidad

Mi experiencia práctica ha sido favorable en este sentido por lo que tiene de íntimo para la persona vulnerable y de atención personalizada y porque implica tanto indagar su voluntad y el por qué desea hacer una determinada cosa, todo ello con el auxilio de sus personas más cercanas, como huir de los tests estándar de valoración de la capacidad, como el test de PFIZER, tan frío y «médico». Pero esto no dista de ser más que un primer intento de cumplimiento de la Convención de Nueva York, y no todos los notarios se muestran de acuerdo con ese plus de responsabilidad. Si la Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del CGN, de 27 de septiembre indica que «En los testamentos... 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», contrasta esta recomendación que da la Circular con el consejo que la misma efectúa de que en el testamento figuren los deseos o preferencias de la persona, de modo que el documento «hable por boca del testador», aflorando sus motivaciones o sentimientos, las experiencias o los hechos de su vida, que en el fondo reflejan la personalidad del testador y su decisión testamentaria (FERNÁNDEZ-LOZANO, 2022, p.434).

También se han formulado críticas al acta previa, calificándola de exótica, de no contar con una base legal, de acercar el juicio de capacidad a una presunción *iuris et de iure* cuando debe serlo *iuris tantum* e, incluso, de estigmatizar a la persona con discapacidad (MUÑOZ CALVO, 2022: s.p.). Por otra parte, podría estar detrás del acta el deseo del notario de cubrirse las espaldas en el caso de que se produzca una impugnación, más que el de proteger a la persona con discapacidad, aunque, con acta o no, la escritura debe recoger el juicio de suficiencia, sea o no ligándolo con el acta previa.

Yo he tenido la ocasión de otorgar algún acta previa (pocas) y ha sido bastante interesante por el esfuerzo que para el notario implica de adaptación a la persona y de

su forma de comprender las cosas, que, en el caso particular, he considerado conveniente que figure en acta separada por razones de intimidad (persona con cierto grado de demencia que va a vender su casa sin ascensor para comprar otra con ascensor; la comprobación de los antecedentes y el apoyo de todo el círculo familiar para apreciar la voluntad de la persona fue determinante y no me pareció oportuno dejar constancia de ello en las dos escrituras de compraventa, salvo el hecho de haberse otorgado el acta). Al final, cada notario ha de valorar el caso concreto. Y, como tantos compañeros indican, hay algo que no ha cambiado con la nueva ley: la mejor protección para la persona que no llega a comprender el acto y su trascendencia es denegar la autorización (CABANAS TREJO, 2021: s.p.).

## *2.2. La intervención del notario cuando existe medida de apoyo*

Pueden plantearse diferentes supuestos en la práctica cuando la persona con discapacidad ha de otorgar algún negocio en escritura y cuenta con una medida de apoyo (CANO CARRERO, 2022: 63). Me refiero al ámbito patrimonial, pues para los negocios de carácter íntimo y personal o puede actuar la propia persona o, agotados todos los medios de apoyo técnicos y humanos de comunicación con la persona vulnerable, no podrá tener lugar el otorgamiento.

### *2.2.1. Intervención notarial cuando existe un poder preventivo*

Una de las situaciones más habituales que pueden producirse es que se haya otorgado un poder preventivo. En tal caso, la actuación del notario debe ceñirse a lo dispuesto en el poder, que es siempre de interpretación restrictiva. La labor de interpretación de los poderes en general es algo que tradicionalmente corresponde al notario y en lo que el notario tiene una gran experiencia profesional. Y en este punto no existe diferencia entre la interpretación de un poder ordinario y de uno preventivo, salvo en lo que se refiere, en su caso, a la necesidad de determinar la causa de la discapacidad de la que depende su vigencia.

El poder preventivo puede estar inscrito en el Registro Civil (que es lo que tras la reforma debe ocurrir siempre en la medida en que el notario otorgante debe remitirlos a este Registro de oficio) o puede que no lo esté. Sea como fuere, inscrito o no, el notario podrá constatar la falta de inscripción, pero no denegar la actuación del apoderado que exhibe el poder.

Puede ocurrir que la persona haya otorgado un poder preventivo que esté inscrito y que la persona que lo otorgó quiera actuar por sí misma ante notario, algo

perfectamente posible. El poder, como cualquier otra medida de apoyo voluntario, no restringe la actuación de la persona vulnerable, aparte de que igual que pudo determinar una autolimitación la puede dejar sin efecto.

Debe advertirse, sin embargo, de que la autolimitación puede ser muy útil en ciertas ocasiones en que la persona, consciente de su situación, la establezca para protegerse a sí misma de posibles engaños o presiones. Si en estos casos la autolimitación es una baza importante para su protección debería admitirse y aplicarla al notario, aunque encaja sobre todo en la escritura de constitución de apoyos. La autolimitación podría conocerla el notario a través del Registro Civil o del Registro de la Propiedad si se hubiese inscrito.

### 2.2.2. Intervención notarial en caso de curatela asistencial o representativa

En el supuesto de que exista curatela, el notario podrá y deberá comprobar su extensión en el Registro Civil y operará en consecuencia. Cuando la curatela es asistencial, lo que constituye la regla general, siempre intervendrá la propia persona vulnerable y sólo lo hará junto con su curador en los casos establecidos de manera precisa en la resolución judicial, pero el papel del curador no anula el papel de apoyo en el ejercicio de su actuación que corresponde al notario, sino que al apoyo establecido judicialmente se suma el apoyo del notario.

La DGSJFP ha cambiado de criterio sobre la necesidad de la inscripción de la actuación realizada ante notario por el curador en el Registro Civil para su inscripción en el Registro de la Propiedad a la hora de exigir que la medida de apoyo deba estar inscrita en el Registro Civil para que pueda inscribirse el acto del curador en el Registro de la Propiedad. Así, en Resolución de 31 de octubre de 2023 y de 15 de febrero de 2024 (RDGSJFP 15 febrero 2024), que cita la anterior, ha estimado necesario superar el último criterio mantenido, que así lo exigía, y volver al inicialmente sostenido en resoluciones como las de 14 de mayo de 1984 y 6 de noviembre de 2002, de modo que, para la práctica de la inscripción en el Registro de la Propiedad de escrituras otorgadas por el representante de la persona afectada por discapacidad —o por éste con asistencia del curador— será suficiente la diligencia por la que se ordena remitir exhorto al Registro Civil para la inscripción del auto sobre la medida de apoyo adoptada, dado que la inscripción de la resolución sobre medidas de apoyo y la del cargo de curador no es constitutiva de los hechos inscritos sino que —aparte su oponibilidad— tiene simplemente efectos probatorios y de legitimación.

En la curatela representativa el curador puede precisar de autorización judicial. Siempre será necesaria en los casos, muy amplios, que establece el artículo 287 CC —al que después me referiré—, pero también puede exigirla la resolución judicial para otros supuestos distintos. Es importante entonces para el notario conocer el contenido preciso de la resolución judicial, que debe ser posible a través del Registro Civil. De ser precisa la autorización judicial, la incorporará el notario a la escritura o póliza. Muchos de los negocios que contempla el artículo 287 se desarrollan precisamente ante notario.

Puede no ser precisa para la actuación del curador representativo la autorización judicial y sí la aprobación judicial posterior: tal es el supuesto de la partición de la herencia y la división de la cosa común, donde el notario está obligado a advertir en la escritura de tal circunstancia.

Y puede ocurrir en estos casos que el curador sea también un interesado en la partición de la herencia o en la cosa común. En esta situación de conflicto de interés, debe designarse un defensor judicial, quedando sujeta la partición a aprobación judicial, siempre que no se le hubiera dispensado de este requisito al hacer el nombramiento (art. 1060 CC).

### 2.2.3. Intervención notarial en caso de guarda de hecho

Otra de las circunstancias con que puede encontrarse el notario es que la persona vulnerable esté al cuidado de un guardador de hecho. La reforma ha querido potenciar esta medida de apoyo por su sencillez y porque en el día a día del discapacitado no siempre se realizan actos de gran trascendencia económica o personal y el cuidado y atención diarios quedan garantizados suficientemente.

Desde el punto de vista del notario, la guarda de hecho, no obstante su flexibilidad, plantea bastantes problemas prácticos, pues la presencia del notario está conectada precisamente y con carácter general con actos de cierta o de gran trascendencia. Cuando opera un apoderado, éste presentará el poder preventivo, cuya existencia también podrá comprobarse en su día en el Registro Civil, y cuando se ha constituido la curatela, su existencia y alcance resultarán de la resolución judicial, que estará inscrita en el Registro Civil. Ocurre sin embargo que la guarda de hecho, por su naturaleza, no goza de más publicidad que la de su propia existencia fáctica, que no siempre será fácil de determinar. Es decir, uno se convierte en guardador de hecho siéndolo, no porque tenga un título para ello. La propia manifestación, preferiblemente en privado, de la persona vulnerable puede dar una pista al notario de su existencia, junto con la

entrevista al que dice ser el guardador y otras personas de su entorno. Sea como fuere, en ningún caso se exige un específico reconocimiento administrativo de la situación de discapacidad.

La guarda puede ser de dos tipos distintos, representativa o asistencial, lo que enfrenta al notario a dos situaciones distintas en su ejercicio profesional.

#### A) Guarda de hecho asistencial

Si la guarda es asistencial y la persona bajo guarda cuenta con discernimiento suficiente, su voluntad, junto con la asistencia del guardador o de quienes la persona vulnerable o el notario estimen necesario, debe permitir la realización del negocio sin que proceda para el guardador exhibir al notario un título habilitante.

Sin embargo, la deficiente redacción del artículo 264.2 CC plantea la duda de si es o no necesario para el guardador haber probado previamente que está actuando como guardador. Y es que este precepto establece que, en todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial para prestar consentimiento en los actos que contempla el artículo 287 CC, lo que acabaría judicializando su cargo. El «en todo caso» parece que abarca tanto el supuesto en el que el guardador de hecho deba prestar una función asistencial (que debe ser la regla general) como si debe representar al guardado. Ahora bien, eso implicaría un trato distinto al curador asistencial que al guardador asistencial, lo que no parece justificado. Por tal razón, y porque subraya la desjudicialización de la discapacidad, parece más probable que este precepto sólo se refiera a la guarda de hecho representativa y el «en todo caso» que encabeza el párrafo y al que sigue la coma sólo sirva para conectar el párrafo primero —que se ocupa de la guarda representativa— con el párrafo segundo (LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, 2021: 21).

Por tanto, si la persona vulnerable tiene suficiente discernimiento y comparece con el que dice ser su guardador de hecho, la asistencia de éste, sin que deba exhibir un título habilitante, puede ser suficiente, salvo que el notario, a petición de la persona vulnerable o por iniciativa propia, pueda exigir, además, otros medios de apoyo que permitan que el negocio se celebre de acuerdo con la voluntad, deseos y preferencias de la persona vulnerable.

#### B) Guarda de hecho representativa sin autorización judicial

Este es el supuesto previsto en el artículo 264 CC, según el cual la autorización judicial no se le va a exigir al guardador para solicitar una prestación económica a favor de la

persona con discapacidad si no es muy significativa para la forma de vida de la persona, así como para realizar actos jurídicos sobre bienes de ésta de escasa relevancia económica y sin especial significado personal o familiar.

No suele ocurrir que el notario intervenga en operaciones de escasa relevancia económica, habida cuenta, además, de que la autorización la exige siempre en general el artículo 287 CC con independencia de la relevancia económica, fuere enajenación o gravamen de inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos, valores mobiliarios no cotizados, disposiciones gratuitas, dar y tomar dinero a préstamo o avales.

En el caso de actos excluidos a contrario sensu, como la aceptación a beneficio de inventario, si se tratara de aceptar pura y simplemente debería el guardador representativo requerir autorización judicial previa, aunque algunas resoluciones de la DGSJFP (RDGSJFP 30 marzo 2022) han flexibilizado este requisito: así, por ejemplo, en el caso de que exista aprobación judicial posterior de la partición, pues es verdad que a la aceptación ante notario suele seguir la partición de la herencia. En tal supuesto, y por aplicación analógica de lo que se dispone para el curador representativo, no se le exigirá autorización sino aprobación judicial posterior (art. 289 CC).

En cuanto a la partición de la herencia (o la división de la cosa común), bien es cierto que en muchos casos el guardador de hecho suele ser el padre o un hermano con los que debe partirse la misma. En una situación de conflicto de interés debe designarse un defensor judicial, quedando sujeta la partición a aprobación judicial, siempre que no se le hubiera dispensado de este requisito al hacer el nombramiento (art. 1060 CC).

### C) Guarda de hecho representativa con autorización judicial

La mayoría de los negocios que el guardador desarrollaría ante notario, de una manera u otra, van a estar en el ámbito de los negocios que contempla el artículo 287 CC y para los que se exige al curador representativo autorización judicial.

Y aquí nos encontramos con otra cuestión dudosa, la de si deberían entonces convivir dos autorizaciones judiciales distintas. Efectivamente, de acuerdo con el artículo 264.1 CC, «Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos

adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad».

Acto seguido, el artículo 264.2 indica que «en todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287».

¿Quiere esto decir que debe pedir dos autorizaciones: la que precisa para representar al guardado (que se extendería a cualquier supuesto de representación no incluido en el artículo 287 CC) y también la autorización del artículo 287 CC? No parece que así deba entenderse este precepto.

Para LORA-TAMAYO (LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, 2021: 21) esa duplicidad se salvaría entendiéndolo que el artículo 264.1 contempla en realidad el procedimiento habilitante, algo así como el «nombramiento» del guardador de hecho representativo, mientras que en el 264.2 CC la verdadera autorización judicial que se le exige es para realizar los actos concretos del 287. De otra forma se exigiría al guardador de hecho más requisitos para representar a la persona vulnerable que al curador representativo, cuando lo que se pretende es reforzar la guarda de hecho y no rodearla de unos controles judiciales que, más que reforzarla, la desaconsejarían.

Por otra parte, cuando el guardador carece de habilitación para actuar y va a realizar una actuación representativa del artículo 287 CC, parece también posible que, cuando el guardador representativo solicita su título habilitante, su «nombramiento», pueda solicitar al mismo tiempo y en el mismo procedimiento la autorización judicial que puede necesitar. No olvidemos que la guarda de hecho será representativa, en principio, sólo para un determinado negocio (salvo que se solicite para varios actos, cosa que permite el 264.1 in fine) y la habilitación y la autorización podrían perfectamente coincidir.

Debe constatarse igualmente que al curador representativo se le exige la aprobación judicial de la partición de la herencia y de la división de la cosa común en el artículo 1060 CC, pero el 287 CC se aplica al guardador de hecho representativo, exigiéndole autorización judicial cuando se le exigiría al curador representativo esta autorización. Nada se dice que se le pida al guardador aprobación judicial cuando se le exija al curador representativo. O se entiende que la ley no hace esa remisión a propósito, lo que en este caso simplificaría notablemente las cosas al guardador de hecho en la línea de desjudicializar lo más posible el apoyo al discapacitado, o puede entenderse que es

aplicable por analogía, algo en lo que no estoy de acuerdo, como tampoco Lora-Tamayo (LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, 2021: 21).

#### D) El acta de constatación de la guarda de hecho

Como ha quedado expuesto, el guardador no precisa ser nombrado; simplemente, lo es. Y como ocurre con las situaciones fácticas, plantea el problema de su prueba. En principio, el título habilitante será la resolución judicial que contempla el artículo 264.1 CC y que se obtiene en el procedimiento de jurisdicción voluntaria que regula el artículo 52 de la LJV. Pero es también posible que, al solicitársele una medida de apoyo por el procedimiento ordinario, se concluya por el juez que no procede porque ya existe guardador de hecho que está cumpliendo adecuadamente su función. En este caso, la decisión judicial se convierte en el título habilitante del guardador. Y ocurre que estas decisiones judiciales se han convertido en la práctica en algo muy similar al nombramiento del curador.

Con vistas a evitar en lo posible la actuación judicial habría que plantearse si el título habilitante puede ser un acta de notoriedad a la que se aporten pruebas de la guarda de hecho y de las circunstancias de la persona, acta instada, entiendo, por la propia persona discapacitada con la intervención del guardador o por ambos conjuntamente y en la que concluyere el notario que la guarda de hecho existe y cómo ha de desarrollarse aquel negocio en particular que motiva su otorgamiento. La Guía Jurídica sobre la Gran Reforma del Código Civil de 3 de septiembre de 2021 contempla expresamente que la situación de la guarda de hecho puede acreditarse mediante acta de notoriedad y para su otorgamiento, por supuesto, no será preciso que exista un reconocimiento oficial de que la discapacidad existe.

#### BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. (2022), «La prestación del consentimiento informado por la persona con discapacidad» en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., CABELLO DE ALBA JURADO, F. y PÉREZ RAMOS, C. (Coords.). *La reforma de la discapacidad*, Vol. II, Fundación Notariado, Madrid, pp. 85-125.

CABANAS TREJO, R. (2021), «Observaciones irrespetuosas sobre la Ley 8/2021 para la práctica notarial», *Notarios y Registradores.com*, 8 septiembre 2021. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/observaciones-irrespetuosas-sobre-la-ley-8-2021-para-la-practica-notarial/>.

CABELLO DE ALBA JURADO, F. (2022), «Autonomía de la voluntad y seguridad jurídica» en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., CABELLO DE ALBA JURADO, F. y PÉREZ RAMOS, C. (Coords.). *La reforma de la discapacidad*, Vol. II, Fundación Notariado, Madrid, pp. 57-83.

CANO CARRERO, M.C. (2022), *La protección de las personas con discapacidad ante el notario*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/58987/TFG-%20CANO%20CARRERO%2c%20MARIA%20DEL%20CARMEN%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ESCARTÍN IPIENS, J.A (2018), «La autocuratela en el Anteproyecto de ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, Nº. 3 (julio-septiembre, 2018), p. 85-119.

GÓMEZ LASALLE, M. (2023), *El acuerdo notarial de apoyos*, Universidad de Valladolid, p.35. Disponible en: [https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/66607/TFG-D\\_01618.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://uvadoc.uva.es/bitstream/handle/10324/66607/TFG-D_01618.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (2022) Conferencia pronunciada para la Cátedra de Derecho Notarial de la UA. 24 de enero. Disponible en: [https://valencia.notariado.org/portal/noticias/-/asset\\_publisher/V3kCUm4K8nMX/content/id/1598881](https://valencia.notariado.org/portal/noticias/-/asset_publisher/V3kCUm4K8nMX/content/id/1598881)

LETE ACHIRICA, J. (2023), «La representación en Derecho de contratos. Propuestas de reforma del Derecho español desde la perspectiva de los textos de soft law europeos e internacionales». *Indret*, nº 4, 2023, pp. 375-440.

LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021), «Algunas aplicaciones notariales en la ley de apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista Notario del siglo XXI*, 99, pp. 18-26.

MORO ALMARAZ, M.J (2022), «Medidas voluntarias de apoyo» en CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A., CABELLO DE ALBA JURADO, F. y PÉREZ RAMOS, C. (Coords.). *La reforma de la discapacidad*, Vol. I, Fundación Notariado, Madrid, pp. 371-418.

MUÑOZ CALVO, A. (2022), «El juicio notarial de capacidad y la calificación registral de la capacidad de los otorgantes de la escritura pública tras la Ley 8/2021», *Notarios y registradores.com*, 20 ABRIL 2022. Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/critica-al-acta-previa-de-conformacion-de-voluntad-tras-la-ley-8-2021/>.

PAU PEDRÓN, A. (2018) «De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, Nº. 3 (julio-septiembre, 2018), pp. 5-28.

TENA ARREGUI, R. (2021), «El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad», *El Notario del siglo. XXI*, nº99, septiembre-octubre 2021, pp.50-55.

VALLS XUFRE, J.M. (2021), Conferencia pronunciada para la Academia Notarial Europea de la UINL sobre la adaptación del derecho europeo a la Convención de Nueva York, Barcelona. Disponible en <https://escriturapublica.es/la-union-internacional-del-notariado-en-barcelona/>.

VALLS XUFRE, J.M. (2022), «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», en NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (Coord.), PEREÑA VICENTE, M. y HERAS HERNÁNDEZ, M.M. (Dirs.), *El ejercicio de la*

*capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant Lo Blanc, Valencia, pp. 85-154.

#### CIRCULARES Y DOCUMENTOS CORPORATIVOS

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, *Circular Informativa 2/2021, sobre la entrada en vigor de la Ley 8/2021*, junio de 2021.

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, *Circular Informativa 3/2021, de la Comisión Permanente, sobre el juicio notarial de discernimiento y apoyos*, 27 de septiembre de 2021.

CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO, *Guía jurídica sobre la gran reforma del Código Civil en materia de discapacidad*, 3 de septiembre de 2021.

#### JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS (Sala Primera) de 19 de octubre de 2021, ECLI:ES:TS:2021:3770.

STS (Sala Primera) de 4 de noviembre de 2024, ECLI:ES:TS:2024:5123.

#### RESOLUCIONES DGRN / DGSJFP

Resolución DGRN de 12 de julio de 2013, BOE de 7 de agosto de 2013.

Resolución DGSJFP de 31 de octubre de 2023, BOE de 23 de noviembre de 2023.

Resolución DGSJFP de 15 de febrero de 2024, BOE de 7 de marzo de 2024.

Resolución DGRN de 6 de noviembre de 2002, BOE de 4 de diciembre de 2002.

Fecha de recepción: 15.02.2026

Fecha de aceptación: 15.04.2026