

Incluye



Papel



Digital

El apoyo institucional del notario a las personas con discapacidad

ESTHER ALBA FERRÉ

PRÓLOGO

FÁTIMA YÁÑEZ VIVERO

UNED

Facultad
de Derecho

ARANZADI

© Esther Alba Ferré, 2025
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: <http://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

Primera edición: diciembre 2025

Depósito Legal: M-25578-2025

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-492-5

ISBN versión impresa con complemento electrónico: 978-84-1085-491-8

Esta investigación se enmarca en el Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado: «Claves de una Justicia resiliente en plena transformación» (IP. Sonia Calaza), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2024-155197OB-I00 y en la «RED DE INVESTIGACIÓN»: «Alianzas estratégicas de la Justicia: Educación, Igualdad e Inclusividad» (RED2024-153961-T), Coord. Sonia Calaza, Programa Estatal de Transferencia y Colaboración del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2024-2027.

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Índice general

	<u>Página</u>
PRÓLOGO	15
1. Introducción	21
2. La autonomía de las personas con discapacidad	26
2.1. <i>La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: especial referencia a la capacidad jurídica y a la capacidad mental</i>	<i>26</i>
2.2. <i>La libertad en la toma de decisiones reconocida en la Ley 8/2021, de 2 de junio</i>	<i>29</i>
3. El significado del apoyo notarial a las personas con discapacidad	34
3.1. <i>El notario como funcionario público y profesional del Derecho</i>	<i>38</i>
3.2. <i>La adaptación de la actuación del notario: de la incapacidad a la discapacidad</i>	<i>43</i>
3.3. <i>Los medios y ajustes razonables en las notarías: la accesibilidad cognitiva</i>	<i>48</i>
4. El juicio de capacidad o de discernimiento	55
4.1. <i>Concepto y características</i>	<i>55</i>
4.2. <i>Elementos objeto de evaluación por el notario</i>	<i>59</i>
4.3. <i>Nuevas fórmulas adaptadas a la discapacidad</i>	<i>63</i>

	<u>Página</u>
5. La ayuda notarial en la formación del consentimiento	65
5.1. <i>La labor de asesoramiento del notario a las personas sin apoyos constituidos</i>	<i>65</i>
5.2. <i>Actuaciones de las personas con discapacidad a lo largo de su ciclo vital en sede notarial</i>	<i>70</i>
5.2.1. El consentimiento matrimonial de las personas con discapacidad	71
5.2.2. La ventaja injusta y el aprovechamiento en los contratos realizados con una persona con discapacidad	74
5.2.3. El contrato de alimentos y el patrimonio protegido	78
5.2.4. El ejercicio de la capacidad de testar de las personas con discapacidad	79
5.3. <i>El acta previa de apoyo al otorgamiento del consentimiento</i>	<i>85</i>
6. El notario y las medidas de apoyo	86
6.1. <i>El sistema de apoyos a las personas con discapacidad</i>	<i>86</i>
6.2. <i>La preferencia de las medidas voluntarias</i>	<i>91</i>
6.2.1. La escritura de autoapoyo	95
6.2.2. La escritura pública de poderes y mandatos preventivos o con cláusula de subsistencia	103
6.2.3. La escritura pública de la autocuratela	108
6.3. <i>La guarda de hecho y el acta de notoriedad</i>	<i>113</i>
6.3.1. Las características de la guarda de hecho como medida de apoyo informal	113
6.3.2. La prueba de la guarda de hecho	121
6.4. <i>Asistencia notarial con un curador</i>	<i>130</i>
6.4.1. Consideraciones generales sobre la curatela	130
6.4.2. El curador asistencial o representativo en las notarías	136
7. La digitalización notarial	139
7.1. <i>La Ley 11/2023, de 8 de mayo: la comparecencia telemática y sus excepciones</i>	<i>139</i>

	<u>Página</u>
7.2. <i>Mayor cautela ante la comparecencia telemática de las personas con discapacidad: la comparecencia mixta como posible solución</i>	145
8. La inteligencia artificial entendida como apoyo en las notarías	151
8.1. <i>El carácter fiable, ético y confiable de la inteligencia artificial</i> ..	152
8.2. <i>El enfoque humano de la inteligencia artificial: especial referencia al Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial</i>	156
9. Conclusiones	159
10. Bibliografía	163

pias familias. El Preámbulo, apartado 24, de la Convención nos insiste en que no podemos olvidar que «la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones».

Además, en el acta notarial previa se va a decidir si la escritura posterior la va a otorgar la persona por sí misma, o con la asistencia de una persona asignada a la que se le puede otorgar poderes para que la verifique en nombre y representación del asistido. El otorgante del acta es la persona concernida a quien el notario identifica y considera con interés para el requerimiento. Los demás intervinientes lo harán en calidad de coadyuvantes y después de cumplir su misión, firmarán el acta manifestando su conformidad con todo el proceso desarrollado.

Se recomienda que, para evitar impugnaciones ulteriores, debe hacer constar en el acta que el compareciente padece un deterioro cognitivo, indicando si se lo ha manifestado el propio sujeto o lo ha percibido el propio notario para impedir que se alegue que no detectó la discapacidad. Esta acta previa acredita que, con el apoyo conveniente, la persona con discapacidad ha comprendido y consentido el negocio correspondiente¹⁶⁵.

Una vez aprobada la Ley 8/2021, lo más importante es que se da paso al término apoyo, eje central de la reforma propuesta, lo que nos lleva a acercarnos a las medidas de apoyo y al actuar notarial diferente según el apoyo establecido¹⁶⁶.

6. EL NOTARIO Y LAS MEDIDAS DE APOYO

6.1. EL SISTEMA DE APOYOS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El tratamiento de la discapacidad debe contemplarse desde un punto de vista positivo, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y

165. Valls I Xufré, Josep María, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, p. 106. Compara esta acta previa de apoyo al consentimiento con las actas previas para la comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material en los préstamos hipotecarios.

166. De la Iglesia, María Isabel, «Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa», *op. cit.*, págs. 150-151.

salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, pudiendo adoptarse todas las medidas pertinentes para asegurar los ajustes razonables a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación. Asimismo, pueden adoptarse medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad, según el artículo 5.3 CDPD. El artículo 8 CDPD obliga a los Estados a procurar una toma de conciencia de la sociedad respecto de las capacidades y aportaciones de las personas con discapacidad.

Como exige el artículo 12.4 CDPD todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deberán ser «proporcionales y adaptadas a las circunstancias de las personas». Esto pone de manifiesto que el principio de proporcionalidad y el de necesidad son criterios fundamentales en el que se centra la determinación de las medidas de apoyo. La proporcionalidad tiene una graduación de la medida de protección, concretando las áreas de las personas en las que necesariamente debe asistir quien asuma la medida de apoyo¹⁶⁷.

Se reconoce el derecho al apoyo de las personas con discapacidad, que les corresponde recibir del Estado y de sus oficinas de corte más jurídico¹⁶⁸.

Se deben articular mecanismos que permitan el ejercicio de la capacidad jurídica y que reconozcan la validez y la eficacia de los derechos ejercitados y de los actos otorgados en igualdad de condiciones con los demás¹⁶⁹. La Observación General n.º 1 (2014) propone la planificación anticipada como una importante forma de apoyo por la que las personas con discapacidad pueden expresar su voluntad y sus preferencias e incluso reconoce que tienen «derecho de planificar anticipadamente, y se les debe dar la oportunidad de hacerlo en condiciones de igualdad que los demás».

De acuerdo con la Convención, la Ley 8/2021 ha incorporado el nuevo Título XI titulado «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica» en el Libro Primero «De las

167. Siguiendo a Pallarés Neila, Javier, «La ineludible proporcionalidad y graduación de medidas de protección de adultos», *Actualidad Civil*, núm. 11, noviembre 2018.

168. Marín Calero, Carlos, «Reforma de la Ley del Notariado», en De Verda y Beamonte, José Ramón, *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, p. 602 realiza una interpretación que califica de creativa del artículo 13 CDPD extendiendo su aplicación a todos los servicios públicos, despachos y dependencias en general.

169. Castro-Girona Martínez, Ángel, «El Notario, autoridad y apoyo institucional en el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad», *op. cit.*, pág. 1.

personas» del Código Civil. El nuevo régimen ya no pivota sobre la incapacidad ni sobre la modificación de la capacidad ya que la capacidad es inherente a la condición de la persona y por ello no puede modificarse ni sustituirse. La idea central del nuevo sistema de apoyos radicará en el ejercicio de los derechos con los apoyos que precise, entendiendo los apoyos en sentido amplio.

La necesidad de apoyos no puede venir determinada por la información que incorporen los certificados administrativos o médicos, de previa redacción a dicho momento porque la nueva realidad de la discapacidad huye de valoraciones encapsuladas de la capacidad mental del individuo ajenas a la situación real de este en un momento concreto, que es la que ha de decidir los apoyos que precisa¹⁷⁰. El nuevo artículo 249 CC nos deja claro que la finalidad de las medidas de apoyo consistente en «permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento en condiciones de igualdad», y que este ejercicio de la capacidad de las personas mayores de edad o menores emancipadas debería ser en principio directo y en el caso requerir apoyo, se debería prestar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera, sin desaparecer los problemas derivados del ejercicio de esa capacidad, que conllevarán evaluar si puede prestar un consentimiento válido para un acto concreto y no su capacidad general¹⁷¹.

El artículo 250 CC determina que las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las medidas de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, insistiendo que la función de estas medidas es asistir a la persona con discapacidad y respetar su voluntad, deseos y preferencias.

El cambio radical de la Ley 8/2021 se encuentra en dos pilares básicos: en primer lugar, la intervención directa de las personas con discapacidad en los documentos notariales redactados con arreglo a su voluntad, deseos y preferencias frente al anterior sistema de representación en el mejor interés o lo que mejor sea para la persona, y en segundo lugar la absoluta prioridad de las medidas de apoyo voluntarias frente a las judiciales para la toma de decisiones relevantes en su vida jurídica.

170. Leciñena Ibarra, Ascensión, «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *op. cit.*, pág. 261.

171. Álvarez Royo-Villanova, Segismundo, «Voluntad y consentimiento informado en la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad», *El Notario del Siglo XXI*, noviembre/diciembre 2021, núm. 100, págs. 76-81.

La regla general de operatividad en las medidas de apoyo será la no sustitución, ni complemento ni representación, salvo supuestos de excepción en que se pueden asumir facultades representativas¹⁷². El apoyo asistencial trata de satisfacer la necesidad de la persona relacionada con el desarrollo de un proceso deliberativo y la competencia de dicho apoyo será evaluar las posibles alternativas a una decisión; frente al apoyo con facultades representativas, que trata de satisfacer la necesidad de la persona con discapacidad tendente a canalizar la voluntad del sujeto cuando no puede completar el proceso de formación de la voluntad, y la competencia de dicho apoyo no sólo será expresar y comunicar una decisión, sino también ejecutar la decisión¹⁷³.

Se pueden agrupar las medidas de apoyo en voluntarias o preventivas, basadas en la voluntad de la persona y adoptadas *ex ante* por el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo (los poderes y mandatos preventivos y la autotutela) y en medidas legales o judiciales, cuando no se haya previsto por el interesado ninguna medida voluntaria o preventiva anticipadamente, pero resulta necesario adoptar una concreta medida de apoyo (la guarda de hecho, la tutela y el defensor judicial)¹⁷⁴.

La Circular 3/2021 describe las situaciones en las que se puede encontrar una persona con discapacidad que comparece tradicionalmente de forma presencial ante el notario, al poder no contar con apoyos, que como ya hemos visto será el notario el que debe valorar su situación a través de las conversaciones con la persona, pudiendo bastarle el apoyo notarial o siendo preciso algún apoyo más, o poder contar con apoyos formales (voluntarios o judiciales), debiendo el notario actuar de acuerdo con la escritura pública o la resolución judicial o con apoyos informales como el guardador de hecho, que simplemente asiste o excepcionalmente representa a la persona que comparece en el ejercicio de su capacidad jurídica.

172. Donado Vara, Araceli, «Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad», *LA LEY, Derecho de Familia*, Sección A Fondo, primer semestre 2022, pág. 7.

173. Leciñena Ibarra, Ascensión, «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *op. cit.*, pág. 263.

174. García Rubio, M.^a Paz, «La necesaria y urgente adaptación del Código Civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Vol. 58, 2018, pág. 153.

Por ello, una vez que el notario decide que el otorgante tiene capacidad suficiente para entender el alcance y consecuencias del negocio jurídico, su intervención diferirá según que la persona con discapacidad concurra con o sin apoyos¹⁷⁵. Sin embargo, si ese apoyo notarial no es suficiente, el notario podrá proponer la constitución de los apoyos voluntarios oportunos, ya sea con carácter especial para un caso concreto o con carácter general si se pretende hacer una proyección temporal de carácter permanente. En tercer lugar, y siempre que el apoyo notarial no sea suficiente ni se pueden constituir las medidas de apoyo voluntarias, habrá de acudir a la vía judicial¹⁷⁶.

Solo excepcionalmente el notario podrá prescindir del apoyo establecido en supuestos concretos de urgente necesidad, y siempre que no haya perjuicio de tercero¹⁷⁷. Puede suceder que el notario no conozca de la existencia del apoyo, mientras no funcione su acceso telemático al Registro Civil, lo que le llevaría a guiarse por la lucidez o apariencia de la persona y dejar constancia en el documento de que la manifestación de la persona no está sujeta a ninguna voluntad¹⁷⁸. Volvemos a detectar que el legislador no ha previsto qué debe hacer el notario ante estas situaciones que, aunque excepcionales, pueden generar inseguridad y no parece que la mera intuición del notario sobre la lucidez o apariencia de la persona sea la mejor solución.

El notario debe tener en cuenta que las personas con discapacidad que comparecen ante él pueden encontrarse en distintas situaciones que harán variar su actuación o dar énfasis a algunas de sus funciones con mayor intensidad que en otras ocasiones. Será necesario un asesoramiento de su capacidad y una valoración de las condiciones personales del sujeto, manteniendo siempre el respeto a su personalidad¹⁷⁹. Realmente el notario

175. Durán Alonso, Silvia, «Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: el papel de los Notarios en España a la luz de la Ley 8/2021», *op. cit.*, pág. 61.

176. Valls I Xufré, Josep María, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyo», *op. cit.* pág. 104.

177. Martínez Sanchiz, Josep María, *La autonomía de las personas con discapacidad*, *op. cit.*, pág. 52.

178. *Ibidem*, pág. 53.

179. De La Iglesia Monje, María Isabel, «Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa», en Muñiz Espada, Esther, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Wolters Kluwer, La Ley, Madrid, 2020, pág. 168. Este asesoramiento personal ha llevado a esta autora a hablar de un nuevo modelo de protección suave. No se está de

deberá realizar un asesoramiento personal atendiendo a las características de cada persona que acuda la notaría.

6.2. LA PREFERENCIA DE LAS MEDIDAS VOLUNTARIAS

La mayor autonomía de la voluntad en el marco del Derecho de la persona, en la que se debe encuadrar a la persona con discapacidad, permite una mayor graduación de ese «traje a medida» en el establecimiento de las medidas de apoyo¹⁸⁰. La Ley 8/2021 ha cambiado el foco de atención de la capacidad a la voluntad, siendo esencial en la nueva regulación ante la discapacidad el apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica en base a las medidas anticipatorias o preventivas, conocidas como medidas voluntarias, frente a las medidas reactivas o *ex post*, llamadas judiciales, que se adoptarán complementaria o supletoriamente a las medidas voluntarias¹⁸¹.

Las medidas voluntarias de apoyo gozan de preferencia, al ser la inspiración de esta norma el respeto a la dignidad de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales¹⁸². La Ley proclama la preferencia de las medidas voluntarias de apoyo sobre las judiciales, dejando claro que esto es así porque estas medidas son «las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance», pudiendo ser acompañadas por las salvaguardas necesarias, como indica el artículo 250 CC en su párrafo 3, de modo que las medidas «de origen

acuerdo con la idea de protección, porque se prefiere entender que el nuevo modelo ante la discapacidad es un modelo social o de inclusión.

180. Dávila Huertas, Emeliana, «Disposiciones a favor de persona con discapacidad por vía instrumental», en Muñiz Espada, Esther, *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pág. 105.
181. García Herrera, Vanesa, «El papel de la voluntad de la persona con discapacidad en el nuevo sistema de apoyos», en Fortalezas y debilidades del derecho de familia contemporáneo: *liber amicorum* en homenaje al profesor Carlos Lasarte Álvarez, Yáñez Vivero, Fátima, Sáinz-Cantero Caparrós, María Belén, Jiménez Muñoz, Francisco Javier, Donado Vara, Araceli, López Peláez, Patricia, Abad Arenas, Encarnación (Dirs.), Vol. 1, Dykinson, Madrid, 2023, págs. 108-109 y por García Rubio, M.ª Paz, «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, n.º 3, julio-diciembre 2018, págs. 29-60.
182. Folgueral Gutiérrez, Tania, Pérez Castro, Carmen Tamara y Tenreiro Busto, Elena, *Reforma civil y procesal de apoyo a personas con discapacidad: Todas las claves de la reforma efectuada en el Código Civil por la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid, Colex, Madrid, 2021.

legal o judicial sólo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate» según el artículo 249.1 CC.

La Circular Informativa 3/2021 considera que estas salvaguardas son «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». Se pueden considerar como salvaguardas la necesidad que pueden tener las personas con discapacidad de asesorarse antes de tomar una decisión, de obtener consejo de determinadas personas o profesionales o de fijar instrucciones concretas tanto a las personas que prestan el apoyo como a los órganos auxiliares de control, consejo o fiscalización.

Esta misma Circular 3/2021 nos recuerda que las medidas voluntarias se caracterizan por su atipicidad, dejándose al arbitrio del otorgante la determinación del apoyo y de su alcance, por ello al ser medidas de naturaleza muy diversa se las califica de medidas esencialmente atípicas y pueden comprender: «Medidas atinentes al cuidado de la persona o tan solo 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 prestación de asentimiento o de naturaleza representativa».

Las medidas voluntarias de apoyo son las constituidas por el propio interesado con carácter previo a la necesidad de apoyo y que claramente expresan su voluntad, deseos y preferencias, lo que hace que el apoyo se ejerza de modo subjetivo¹⁸³. Son el reflejo de sus propias decisiones y del ejercicio de una planificación anticipada del apoyo. Por ello, si la persona acude al notario con apoyos, no hay que olvidar la prevalencia de las medidas de apoyo voluntarias a las judiciales. Podemos tener en cuenta las diversas hipótesis de intervención notarial en la constitución de apoyos voluntarios diferenciando según que el apoyo sea para ejecutar un acto concreto o para otorgar un acto de última voluntad, o bien se trate de una autorización de acuerdos genéricos de apoyos, sin olvidar que la asistencia

183. Pau Pedrón, Antonio «De la incapacitación al apoyo. El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil», *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, 2018, págs. 8-9.

del notario puede ser simple o de acompañamiento o colaborativa y, por lo tanto, con carácter de complemento¹⁸⁴.

Si son voluntarios los apoyos, el notario «autorizará el negocio jurídico si, una vez valorados dichos apoyos, entiende que son idóneos y suficientes para el acto concreto de que se trate»¹⁸⁵, sin perjuicio de que puedan ser modificados o renunciar a ellos según el artículo 255 CC.

La función de las personas que presten apoyo, entre ellas, el notario, no consiste en que la persona con discapacidad realice el negocio jurídico mejor, sino en que lo haga conforme a su voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera, evitando influencias indebidas, desarrollando su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento, y facilitando que pueda expresar sus preferencias.

La persona con discapacidad es el verdadero protagonista en el desarrollo de su autonomía personal en el ejercicio del derecho a la toma de las propias decisiones, en el diseño y gestión de las medidas de apoyo¹⁸⁶ y para que pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, como ya hemos explicado, el notario va a ser un verdadero actor en el apoyo a las personas con discapacidad, junto a otros operadores jurídicos¹⁸⁷.

El notario deberá aconsejar medidas de carácter complementario en el sentido de actuación conjunta de asistido y asistente, huyendo de medidas de sustitución como las puramente representativas o las que impliquen autolimitaciones, medidas excepcionales y que nunca deberán equivaler a una fórmula de incapacitación o de eliminación de la voluntad del asistido¹⁸⁸.

184. Valls I Xufré, Josep María, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, págs. 108-141.

185. Durán Alonso, Silvia, «Capacidad de obrar en personas con deterioro cognitivo: el papel de los Notarios en España a la luz de la Ley 8/2021», *op. cit.*, pág. 62.

186. De Amunátegui Rodríguez, Cristina, *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Reus, Madrid, 2019, pág. 125.

187. La referencia a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad está en el artículo 250.2 y 3 CC, artículo 254 CC, artículo 255.3 CC, artículo 268.1 CC, artículo 270.1 CC, entre otros.

188. Valls I Xufré, Josep María, «El apoyo del notario en el nuevo régimen de apoyo», *op. cit.*, pág. 95.

Sin embargo, al regular las medidas de apoyo voluntarias en el Capítulo II del Título XI, veremos que dedica escasos preceptos a ello, en concreto sólo los artículos 254 a 262 CC, y además éstos pueden ser calificados de demasiado ambiguos, lo que pueden provocar problemas de interpretación y aplicación. El Notariado será el que deberá asumir la responsabilidad de completar los vacíos y demostrar la adaptabilidad del notario como profesional del derecho para que, en la medida de lo posible, se pueda desjudicializar la discapacidad.

El legislador orienta al juez señalando minuciosamente los pasos a seguir, ofreciéndole una guía perfectamente descrita, indicándole el procedimiento adecuado y los pronunciamientos que debe adoptar; y, en cambio, al notario le encomienda una misión, esperando que, por su cuenta y riesgo, configure un instrumento íntegro y completo que recoja todas las inquietudes vitales de la persona concernida¹⁸⁹. Se detecta una gran diferencia entre el trato dado al notario y al juez, cuando, sin embargo, las medidas voluntarias son las preferentes y las judiciales las excepcionales o subsidiarias.

Todo ello nos lleva a ser críticos y censurar el planteamiento del legislador sobre el papel del notario en el nuevo sistema de apoyos y reiterar la llamada soledad del notario porque «[...] después de pronunciarse a favor de las medidas voluntarias, la ley deja solo y desamparado al notario, a quien no le dice qué tiene que hacer para cumplir su misión»¹⁹⁰. La Ley 8/2021 ha sido parca a la hora de guiar a los sujetos que intervienen en el proceso de adopción de medidas voluntarias y la única excusa plausible puede ser la gran confianza que le merece el Notariado. El notario, con la cercanía e inmediatez al caso concreto que le caracteriza, deberá decidir los pasos a seguir para que la persona llegue a expresar su voluntad libremente y con la ayuda necesaria en un otorgamiento concreto o en uno general para la configuración de apoyos que vaya a precisar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

El notario tendrá que proponer y luego plasmar en la escritura pública el tipo de acuerdos convenientes para la prestación del apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica por la persona asistida, las salvaguardas necesarias para que cumpla su cometido fielmente y dar publicidad a los apoyos no sólo en la propia escritura, sino también en los registros públicos que sea obligatorio o conveniente inscribir, a efectos de terceros, cumplien-

189. Valls I Xufré, Josep María, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, pág. 94.

190. Valls I Xufré, Josep María, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, pág. 86.

do así el mandato del artículo 255.4 CC cuando dispone que «El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante».

La intervención notarial durante el ciclo vital de las personas se pone de manifiesto desde los 16 años cuando el artículo 254 CC reconoce la posibilidad de que el menor suscriba medidas voluntarias de apoyo, cuando prevea razonablemente que va a necesitarlas para el ejercicio de su capacidad jurídica, una vez alcanzada la mayoría de edad. Y siempre que el menor no haya establecido esas medidas voluntarias, los padres dos años antes de la mayoría de edad podrán solicitar el establecimiento de medidas de apoyo y asistencia que corresponda para cuando concluya su minoría de edad.

Por lo tanto, la autorregulación se puede ver reflejada a través de escritura pública de autoapoyo, en los poderes o mandatos con cláusula de subsistencia, si en el futuro el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad, en los poderes preventivos, dados solo para dicha eventualidad, o en la autotutela, entre otras medidas típicas, dirigida a lograr una desjudicialización de la discapacidad¹⁹¹. Todas estas medidas voluntarias son verdaderos instrumentos jurídicos que garantizan la autonomía personal y la protección patrimonial, y que permiten que sea la propia persona la que opte por las medidas de apoyo que mejor le convengan, según sus propios intereses¹⁹². Todas ellas deben verse reflejadas en una escritura pública, aunque se ha criticado la falta de flexibilidad en cuanto a la forma de las medidas voluntarias al considerarse que, para medidas menos trascendentales, como el otorgamiento de instrucciones, ruegos o meros deseos, podría ser suficiente un documento público¹⁹³.

6.2.1. La escritura de autoapoyo

Los apoyos voluntarios se caracterizan por su atipicidad como reconoce la Circular 3/2021 al decir «El Código regula específicamente los pode-

191. La denominación de autorregulación y heterorregulación es utilizada por Pau Pedrón, Antonio, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil», *op. cit.*, pág.13.

192. Alba Ferré, Esther, «La función notarial de apoyo a las personas con discapacidad: especial referencia a la digitalización notarial», *op. cit.*, pág. 102.

193. García Rubio, M.^a Paz, «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio», *op. cit.*, págs. 45-46.

res y mandatos preventivos, pero deja al arbitrio de la persona interesada la determinación del apoyo y el alcance que deba tener»¹⁹⁴.

El acuerdo de apoyos es una novedad fundamental de la Ley 8/2021, claro reflejo de la autonomía de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica o de la autorregulación, que se ve reflejada en la escritura de autoapoyo, y está regulado en el artículo 255 CC. Este artículo es calificado de precepto abierto por la doctrina al enunciar una serie de principios programáticos, más propios de una exposición de motivos, y por incluir tanto el apoyo para un acto concreto como la configuración de todo el sistema de apoyos para el ejercicio futuro de la capacidad jurídica de la persona, dejando en manos del buen notario la configuración de los apoyos¹⁹⁵.

El artículo 255 CC dispone en sus primeros apartados que «Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona y bienes».

Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme lo dispuesto en el artículo 249».

Este acuerdo de apoyos necesarios está previsto para las personas que ya tienen cierta discapacidad psíquica y necesitan asistencia para confor-

194. La Ley 1/2023, de 15 de febrero, de creación de la Agencia Madrileña para el Apoyo a las Personas Adultas con Discapacidad, publicada en el BOE n.º 137, de 9 de junio de 2023, regula en su artículo 8 un Plan Individualizado de Intervención para cada persona apoyada por la Agencia, que es un claro reflejo de la autorregulación. En concreto, en el área de apoyo jurídico, el artículo 9, al definir las principales funciones de apoyo en esta área, en su letra d) señala que, en concreto, una de las funciones será «Asumir los cargos para los que la Agencia sea designada por la persona en escritura pública notarial otorgada al efecto».

195. Valls I Xufré, Josep María, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, pág. 90. Posteriormente, en la pág. 96 detecta que no se ha puesto nombre a quien presta los apoyos en dicho acuerdo y propone acudir al nombre de asistente, como lo hace el Derecho catalán al utilizar la expresión asistencia en el artículo 226.1 CCat, reformado por el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad (publicado en el BOE núm. 265, de 5 de noviembre de 2021). Asimismo, reconoce que en el artículo 269 CC, para designar al curador, también se utiliza la palabra asistencia.

mar su voluntad o para interactuar jurídicamente y no tienen apoyos previos, pues para las personas con pleno discernimiento están previstos los poderes preventivos¹⁹⁶. Lo importante será el asistido ya que el asistente solo participará aconsejando, actuando conjuntamente o representando al asistido¹⁹⁷. En el poder preventivo las personas tienen capacidad o aptitud plena y el protagonista es el apoderado. Mientras que en el acuerdo voluntario de apoyos la persona ya necesita asistencia para interactuar y su aptitud no es suficiente; por eso se le llama asistida, siendo el principal protagonista. Esto explica otra diferencia que se encuentra en el campo de actuación ya que en los poderes preventivos no se limita el campo de actuación del poderdante y en el acuerdo voluntario de apoyos tiene por finalidad limitar el del asistido.

Si seguimos buscando diferencias entre la escritura de autoapoyo y los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela, detectamos que la escritura de autoapoyo recoge medidas genéricas de apoyos frente a las otras medidas voluntarias citadas que se refieren a actuaciones específicas¹⁹⁸.

Debemos poner el énfasis en que estas medidas las puede otorgar cualquier persona mayor de edad o menor de edad emancipada en «previsión o apreciación» de circunstancias que dificulten el ejercicio de la capacidad jurídica. La previsión no es lo mismo que la apreciación. La previsión conlleva una mirada hacia el futuro e implica que la persona tiene capacidad actual frente a la apreciación que contempla el presente en el que la persona tiene esas dificultades.

Además, estas personas podrán prever las medidas u órganos de control que estimen oportunos, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflictos de intereses o influencia indebida y mecanismos y plazos de revisión, con el fin de que se vean garantizadas su voluntad, deseos y preferencias, como establece el art. 255.3 CC.

El párrafo 4 de este artículo se limita a hacer referencia a una sola de las funciones notariales relacionadas con el acuerdo de apoyos al decir

196. Valls I Xufré, Josep María., «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, pág. 89.

197. Valls I Xufré, Josep María, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, pág. 109.

198. Jiménez Muñoz, Francisco Javier, «El nuevo esquema de las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria en la vigente normativa de protección jurídica de las personas con discapacidad», Lasarte Álvarez, Carlos, *La reforma en favor de las personas con discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2023, pág. 192.

«El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual».

Este artículo 255 CC termina reconociendo que la autoridad judicial solo podrá adoptar otras medidas supletorias o complementarias, en defecto o por insuficiencia de las medidas de naturaleza voluntaria. Eso si la persona que comparece sola y a juicio del notario necesita de apoyos más allá de los que él pueda prestarse en su condición de apoyo institucional, no podrá suplirlos y requerirá que se nombre una medida judicial, a falta de otros apoyos como son los voluntarios¹⁹⁹.

Analizado el artículo 255 CC, detectamos que el legislador ha perdido la oportunidad de ayudar al notario en la configuración de estos apoyos²⁰⁰, ya que podría haberle fijado pautas relativas al apoyo notarial en el proceso previo de formación de la voluntad de las personas con discapacidad. También este artículo podría haber guiado en las contribuciones que realizan otros profesionales en cada caso cuando sean procedentes.

Otra vez más y ante este vacío legal, es la Circular 1/2023, en cuanto a la designación de acuerdos de apoyo en escritura pública del artículo 255 CC, la que recomienda a los notarios que dejen constancia de que se ha garantizado la accesibilidad con los ajustes necesarios y de que se ha informado de la necesidad de salvaguardas, del contenido del artículo 250 *in fine*, de las prohibiciones del artículo 251 CC o, en su caso, de la posibilidad de excluirlas expresamente y del llamado «estatuto de quien presta apoyo» y de sus obligaciones conforme al artículo 249 CC.

Asimismo, esta Circular considera que el notario deberá ayudar a la persona con discapacidad en la elaboración de un plan de apoyo general o puntual, ya que el artículo 255 CC solo ha fijado un contenido mínimo y deberá indicarse quién o quiénes ejercerán ese apoyo, y también su alcance personal, sanitario, de defensa jurídica, patrimonial, bancario y si es esporádico, continuado o temporal, revisable o permanente, e incluso indicar la

199. Leciñena Ibarra, Ascensión, «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *op. cit.*, pág. 268.

200. La Ley 3/2024, de 13 de junio de modificación del Código de Derecho Foral de Aragón en materia de capacidad jurídica de las personas (en adelante, Ley 3/2024) empieza a preocuparse por regular la labor notarial y así detalla el sistema de intervención notarial en el artículo 169-1.

intensidad del apoyo, de orientación exclusivamente o que dé consejo, que preste asentimiento conjunto o incluso que le represente. Todo lo anterior nos lleva a demandar la reforma del artículo 255 CC al haber sido muy parco no solo en su contenido, sino en toda referencia al apoyo notarial relacionada con la elaboración del acuerdo de apoyos.

Además, la regulación de este acuerdo de apoyos ha quedado reducida a este artículo y requiere de un apoyo mayor al Notariado por el legislador para que le fije una serie de premisas o requisitos en función del grado de discapacidad, previamente acreditada, para que así el notario pueda autorizar un acuerdo de apoyos con cierta seguridad en cuanto a su responsabilidad; pudiendo estos requisitos variar según la discapacidad atribuida administrativamente, el complemento de ciertos parientes, hacer referencia a la asistencia de determinados profesionales como un médico psiquiatra o psicólogo o un asistente social, o incluso exigir una autorización judicial.

El acuerdo voluntario de apoyos puede limitarse a una asistencia simple o de acompañamiento, una asistencia colaborativa o de complemento, de ayuda en la toma de decisiones o puede extenderse a una asistencia representativa en todos los ámbitos de la vida de la persona o en alguno de ellos, conteniendo incluso autolimitaciones de facultades por el asistido, lo que se conoce como una asistencia representativa²⁰¹.

La asistencia simple o de acompañamiento es aconsejable en el caso de que la persona con discapacidad sea autosuficiente o no tenga patrimonio, ya que la persona actúa por sí solo y solo necesita el consejo del asistente que se convierte en un guardador, pero reconocido como tal. Notarialmente deberá constar que el asistido manifiesta su voluntad y cuenta con el consejo del asistente que debería estar presente, para confirmar su consejo. Se recomienda este asistente simple o de acompañamiento como base para que pueda solicitar la autorización judicial para ciertos actos representativos o incluso para excluir a cualquier otra persona o entidad que quiera arrogarse el carácter de guardador de hecho de la persona con discapacidad²⁰².

En la conocida como asistencia colaborativa o de complemento, el asistente presta su consentimiento al asistido para la realización de los actos

201. Valls I Xufré, Josep María, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, pág. 109.

202. Valls I Xufré, Josep María, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, pág. 117.

jurídicos que se hayan determinado en el acuerdo de apoyo en forma de autorización, colaboración conjunta o de cualquier otra manera que impida que el asistido actúe solo. Esta asistencia puede contener autolimitaciones a las facultades de administración o disposición; éstas se deben basar en la autoprotección que acuerda asistido y asistente, deben ser reversibles y nunca deben ser impuestas. Puede que sea la asistencia aconsejable en casos de prodigalidad (se debe recordar que actualmente ha desaparecido la incapacidad por prodigalidad y que existe un vacío legal al quedar el pródigo y sus familias sin protección) o discapacidades clínicas que afectan a la percepción del calor de las cosas.

La asistencia representativa no será habitual porque implicará una sustitución en la toma de decisiones porque el asistente sustituye al asistido. Es también revocable o sustituible por otra. Es una medida excepcional como lo reconoce el artículo 249 CC, «cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos o preferencias de la persona». En este caso se deberá tener en cuenta «la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación». La trayectoria vital es definida por la Circular 1/2023 como «una historia de vida» que refleja claramente todo lo que, a lo largo de su vida, una persona ha querido, deseado o preferido, proporcionando una foto global de sus experiencias.

En relación con las autolimitaciones de facultades para el asistido, se puede diferenciar entre las de complemento y las de exclusión. Las de complemento podrían ser las que suponen una exclusión de la facultad de decidir por sí mismo, condicionada a la autorización del asistente, y las de exclusión total son las que implican que solo el asistente puede ejercer determinadas facultades sin que el asistido pueda participar en ellas. En el caso de que se establezcan las autolimitaciones de facultades de exclusión total, el notario debe abstenerse de autorizar el acta y remitir al juez para que decida. Esa exclusión total *de facto* conllevaría una incapacitación. El juez también rechazará la exclusión total y procederá a constituir una curatela, determinando las facultades que en cada caso correspondan al tutor.

Como hemos dicho el otorgamiento notarial de este acuerdo de apoyos es válido, igual que un poder, pero se recomienda que tenga un contenido mínimo a fin de que la escritura que la contenga sea un instrumento completo e independiente. El precepto es abierto también porque incluye tanto

el apoyo para un acto o negocio concreto como la configuración de todo el sistema de apoyos para el ejercicio futuro de la discapacidad²⁰³.

Si el apoyo es para un acto concreto, el acta previa puede completarse con la inclusión de un poder especial para la conclusión del negocio jurídico proyectado. Si el apoyo es inmediato, en el mismo día y a continuación del acta, no es necesario el poder, pero si el otorgamiento es posterior, el poder hace innecesario el juicio de capacidad de la persona con discapacidad en el momento posterior porque comparecerá el apoderado. Este poder puede ser preventivo en contemplación de la discapacidad del poderdante y es recomendable que sea específico, convirtiendo así al apoderado en un verdadero mensajero ejecutante de la voluntad del poderdante. Puede que sea necesario llevar a cabo una negociación, bastando en este caso con fijar las condiciones esenciales. Asimismo, puede que la persona designada para otorgar el acta sea el guardador de hecho que adquirirá la condición de un verdadero asistente.

En la autorización de acuerdos genéricos de apoyo, se nombrará a los asistentes con vocación permanente de apoyo a la persona concernida. En este caso no parece necesario un acta previa si se trata de un mero acompañamiento informativo en la toma de decisiones, siendo las funciones del asistente de mero consejo o compañía. Esta asistencia se conoce como simple o de acompañamiento, semejante a la de un guardador de hecho, pero a diferencia de esta medida informal, en este caso esta asistencia sí que es reconocida como tal. Es recomendable cuando la persona con discapacidad sea autosuficiente o no tenga patrimonio y pueda actuar por sí mismo con el consejo del asistente, pero sin necesidad de su consentimiento ni de su autorización.

En ciertos actos al asistente también se le pueden atribuir la misión de autorizar un acto o negocio con previa aprobación del asistido, siendo esta una asistencia de complemento.

En cambio, si se otorgan facultades de representación a los asistentes, con o sin las limitaciones de las facultades dispositivas, puede que sí que sea conveniente el acta previa para preservar la dignidad e intimidad de la persona. En este caso, estaríamos ante una asistencia representativa.

Estos tres tipos de asistencia, ya sea de simple o acompañamiento, colaborativo o de complemento o representativo, se pueden dar en un

203. Valls I Xufré, Josep María, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, pág. 90.

mismo acuerdo de apoyos o pueden separarse y otorgarse varios acuerdos, que deberán ser objeto de publicidad para que no exista colisión entre ellos. Cada uno de estos acuerdos tendrá un asistente distinto que entrará en juego atendiendo a las necesidades que surjan durante la vida de las personas con discapacidad. En cada caso concreto, el notario pondrá los requisitos de intervención y el alcance que se pretenda dar al apoyo porque cada uno de los apoyos requerirá distinto alcance de supervisión notarial.

Por lo tanto, el notario va a asumir una labor fundamental en la configuración del acuerdo de apoyos, combinando de manera adecuada el respeto a la autonomía de la voluntad de las personas con discapacidad y la seguridad jurídica para que esta persona pueda adoptar sus decisiones en igualdad de condiciones que los demás, respetando su dignidad y con el apoyo o salvaguardias necesarias para actuar en la vida jurídica. Siempre deberá actuar de conformidad con la voluntad y deseos expresados por el otorgante y nunca en su contra.

Si defendemos el asesoramiento notarial a la hora de elaborar el acuerdo de apoyos, se debe tener presente que el mismo nunca puede suponer coacción o limitación en la toma de decisiones de las personas con discapacidad que pueden tomar en cuenta los consejos notariales, pueden no querer el apoyo recomendado y pueden equivocarse como cualquier otra persona. La Observación General n.º 1 explica que el nuevo sistema de apoyos incluye no solo el derecho a recibirlos, sino también a rechazarlos o a renunciar a ellos cuando los necesiten. Es necesario lograr la mayor adaptación posible de nuestro sistema al artículo 12 de la Convención y a la Observación General n.º 1 también en este sentido²⁰⁴. Sin embargo, nuestra Ley 8/2021 tiene un importante vacío legal al no reconocer de forma expresa el derecho de las personas con discapacidad a disponer de las medidas de apoyo, bien sea modificándolas, dándolas por finalizadas o rechazándolas expresa o tácitamente²⁰⁵.

A diferencia del notario, el juez puede sopesar todas las circunstancias y dictar apoyos que, en cierto modo, contradigan los deseos de las

204. García Rubio, M.ª Paz, «Contenido y significado general de la reforma civil y procesal en materia de discapacidad», *SEPIN, Familia y Sucesiones*, n.º 135, 2021, pág. 48.

205. García Rubio, M.ª Paz y Torres Costas, María Eugenia, «Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», *op. cit.*, pág. 284.

personas con discapacidad, si resulta más beneficioso para ella²⁰⁶. La STS 589/2021, de 8 de septiembre, establece que «está justificada la adopción de medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno provocó la situación de necesidad que impide que esa persona tenga conciencia clara de la situación».

6.2.2. La escritura pública de poderes y mandatos preventivos o con cláusula de subsistencia

Cerca de 14.000 personas durante los años 2017 a 2021 otorgaron un poder en previsión de una futura situación en la que la persona no pudiera decidir por sí misma, lo que refleja, según los datos proporcionados por las estadísticas del Notariado, un claro crecimiento de la demanda de los poderes preventivos, habiéndose producido un incremento del 77% del año 2017 a 2021, lo que también sucede durante el primer semestre del año 2022, siendo este incremento del 21% al haberse realizado 8.357 poderes preventivos frente a los 6.886 del primer semestre del año pasado²⁰⁷.

Frente a este aumento de la demanda, la regulación del poder preventivo en la Ley 8/2021 es calificada de escasa, ambigua y problemática tanto en cuanto a su interpretación como a su aplicación, incluso se considera que se debería haber llevado a cabo con independencia absoluta del mandato. Asimismo, se recomienda que a los poderes o mandatos preventivos debía habérseles «[...] dotado de una normativa íntegra y completa, como institución de protección de la persona y lo mismo respecto a los acuerdos voluntarios de apoyo que constituyen su marco general»²⁰⁸.

Si la persona dispone de un poder preventivo, como verdadera medida de apoyo voluntario, habrá que atenderse a sus cláusulas al prevalecer sobre otras medidas de apoyo que se hubiera establecido según el artículo 258.1 CC. Aquí el notario ha podido ayudarle en la elaboración de este poder o si lo ha hecho otro notario, deberá proceder de acuerdo con dicho

206. Valls I Xufré, Josep María, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, pág. 91.

207. La información sobre el crecimiento de la demanda de los poderes preventivos está disponible en <https://www.notariado.org/portal/en/-/crece-un-77-la-demanda-de-los-poderes-preventivos-1> (Recuperado: 22 de julio de 2025).

208. Valls I Xufré, Josep María, «El papel del notario en el nuevo régimen de apoyos», *op. cit.*, pág. 95.

poder para determinar si el apoderado puede o no actuar en su nombre en un negocio concreto.

La persona con discapacidad actual podrá conferir el poder, con el apoyo voluntario que hubiera designado con anterioridad en las medidas voluntarias, o conjugando un apoyo informal como el guardador de hecho y el apoyo del notario. Siempre podrá exteriorizar, de manera entendible por el notario, la voluntad de conferir apoderamiento a una o varias personas determinadas, identificadas por el poderdante y con las facultades y cautelas que especifique.

Puede conferir un poder con cláusula de subsistencia «si en el futuro precisa de apoyo en el ejercicio de su capacidad», según el artículo 256 CC, poder más extendido y operativo, o un poder preventivo puro que queda diferido o en suspenso hasta el momento en que la discapacidad lleve aparejada la necesidad de apoyo en la toma de decisiones, esto es, dado solo para dicha eventualidad. En cuyo caso, según el artículo 257 CC, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante y, para garantizar el cumplimiento de estas previsiones, «se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido».

La gran ventaja de este tipo de poderes es que «otorgan un amplio ámbito de libertad de actuación a quienes se conceden, los cuales no deberán pedir autorización judicial para llevar a cabo los actos jurídicos para cuya realización el poder les haya legitimado, con lo que podrán gestionar el patrimonio de modo mucho más ágil que un curador, el cual, por el contrario, tiene que pedir autorización judicial para poder representar a la persona a la que apoya en todos los actos y contratos enumerados en el art. 287 CC»²⁰⁹.

Esta libertad de actuación lleva aparejado un peligro derivado de la ausencia de control judicial, lo que posibilita «actuaciones del apoderado que puedan ir en contra de los intereses de la persona con discapacidad, por lo que el tipo de poderes de que estamos hablando solo debería darse si existe una absoluta confianza en la persona a quien se conceden»²¹⁰.

Las medidas de control del apoderamiento, previstas en el artículo 258.3 CC, son esenciales para evitar el abuso o la mala utilización del poder

209. De Verda y Beamonte, José Ramón, «Prólogo», *op. cit.*, pág. 28.

210. De Verda y Beamonte, José Ramón, «Prólogo», *op. cit.*, págs. 28 y 29.

o ante la imposibilidad de revocarlo en el caso de enfermedades progresivas, ante la pérdida de discernimiento del poderdante y para garantizar la indemnidad personal y patrimonial de la persona con discapacidad. Además de las facultades que se otorguen, que constituyen el contenido típico del poder, el poderdante, según el artículo 258 CC, podrá introducir medidas u órganos de control que estime oportunos, condiciones e instrucciones concretas para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas, así como mecanismos y plazos de revisión de las medidas. Se discute si estas medidas de control reflejadas en la escritura pública son tan eficaces como las judiciales, lo que no parece así, y el exceso de ellas privaría de utilidad a estos poderes. Ello nos lleva a recordar que al notario no se le puede equiparar a la autoridad judicial y que la falta de control judicial propia de estos poderes generales fomenta la agilidad y la libertad de actuación.

Es el poderdante el que ha de puntualizar qué tipo de situación o fase de enfermedad determinará la apertura del apoyo previsto, al ser estas previsiones absolutamente personales. Estas previsiones no pueden dejarse al arbitrio de un tercero. Aquí tiene valor el acta de notoriedad, cuyo objeto no es tanto incorporar un certificado médico o administrativo de discapacidad, sino reflejar que ya concurre la necesidad de apoyo prevista. En cuanto al resultado positivo o negativo del acta, se impone, de una parte, el criterio o juicio del notario autorizante, y de otra, la incorporación de un informe pericial emitido por un neurólogo o médico especializado en salud mental y no por un profesional de la medicina general. Tanto el juicio notarial como el criterio médico han de ser, por lo demás, coincidentes²¹¹.

La aspiración del notario en los poderes preventivos es configurar un «traje a medida» para cada poderdante. Por lo tanto, las posibilidades son múltiples, porque pueden contener un mandato de contenido puramente personal, relativo al cuidado domiciliario, excluyendo el internamiento en centros residenciales, determinando con quién y con quién no quiere vivir, o puede ser un apoderamiento de corte patrimonial con la finalidad de evitar la paralización de la empresa o negocio, por ejemplo.

Es importante insistir en que el ejercicio de las facultades representativas por el apoderado es personal y no son delegables según el artículo 261 CC, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas, lo que podría entenderse como

211. Siguiendo las palabras de la notaria Alicia Calaza López reflejadas en una ponencia inédita titulada «El apoyo a las personas con discapacidad durante su ciclo vital».



Los operadores jurídicos, entre ellos los notarios, han cambiado de mentalidad y de actuación ante las personas con discapacidad tras la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio. En sede notarial y antes de la reforma, las personas incapacitadas o con capacidad modificada judicialmente no podían ejercer sus derechos ni ver respetada su dignidad ante un modelo claramente sustitutivo de su voluntad. Sin embargo, hoy en día las personas con discapacidad, con ayuda del notario, podrán ejercer su autonomía personal y su libertad en la toma de decisiones como los demás y con las medidas de apoyo que precisen.

Si el apoyo a las personas con discapacidad se entiende en un sentido amplio, los notarios se han convertido en un apoyo institucional de estas personas a lo largo de todo su ciclo vital. Como funcionarios públicos y profesionales del Derecho, sus características de cercanía y profesionalidad se han visto potenciadas para lograr que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás con las salvaguardas y ajustes razonables que precisen y con el debido asesoramiento notarial para demostrar que no sólo entienden el acto, sino también todas las consecuencias que el mismo conlleva.

Las personas que comparecen presencialmente a las notarías pueden hacerlo sin apoyos, reforzándose aún más en este caso la labor del asesoramiento de los notarios, ya que deberán informarles del nuevo sistema de provisión de apoyos, o con los apoyos establecidos, ya sean voluntarios, informales o judiciales, adecuando su actuar a lo establecido en ellos y siempre respetando su voluntad, deseos y preferencias.

En esta cultura de apoyo a las personas con discapacidad, se deben aprovechar todos los avances tecnológicos y aplicarlos en las notarías para lograr que sean más accesibles, siempre en aras de la seguridad jurídica y del respeto a los derechos de las personas con discapacidad. La comparecencia notarial por videoconferencia, derivada de la digitalización notarial producida por la Ley 11/2023, de 8 de mayo, y la inteligencia artificial, siempre entendida con un enfoque humano como lo establece el Reglamento (UE) 2024/1689 de Inteligencia Artificial, deben ser consideradas como verdaderos apoyos técnicos a la discapacidad.

ISBN: 978-84-1085-491-8



9 788410 854918



ER-02802005



GA-20050100