

DISCURSO DE INGRESO EN LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA ASTURIANA

Excelentísimos e Ilustrísimos Presidente, Académicos, autoridades y asistentes.

Es para mí un honor, y representa una especial satisfacción haber sido admitida en la Real Academia de Jurisprudencia Asturiana.

Un honor inmerecido, pues mi trayectoria, como la de infinidad de compañeros, se centra en el día a día de un ejercicio profesional en contacto con las personas, que aunque abre el derecho a la realidad y necesidades de los particulares, no se centra en publicaciones, conferencias o investigación

Y es una especial satisfacción, como jurista y asturiana, la incorporación a esta academia que representa tan brillantemente ambos aspectos.

Debo por tanto dar en primer lugar las gracias por ello a su Presidente, Junta de Gobierno y Académicos.

En este discurso de ingreso, que he titulado **LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO. PERSPECTIVA NOTARIAL**, tratare de esbozar, desde un punto de vista notarial, una parte de la reforma que supone la Ley, en el ámbito de las medidas voluntarias de apoyo.

La Ley 8/2021 de 2 de junio, ha supuesto la gran reforma de la discapacidad. Promulgada para una plena adaptación del ordenamiento jurídico Español a la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre derechos de las personas con discapacidad, ha supuesto el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica a todas las personas, y ha establecido un sistema de apoyos para el ejercicio de la misma, en igualdad de condiciones que las demás, dando preferencia a los apoyos voluntarios,

ámbito en el que la actuación notarial deviene fundamental, al constituirse estos en escritura pública.

La discapacidad ha variado a lo largo de los siglos, tanto en lo que se refiere a la apreciación de las situaciones de discapacidad, como a la propia discapacidad en sí misma:

Así la apreciación de la discapacidad ha evolucionado desde tiempos remotos, en que los que adolecían de alguna discapacidad eran suprimidos, pasando en tiempos no tan remotos a ser escondidos y encerrados.

La evolución de la propia discapacidad, en que los avances médicos, sanitarios, y las condiciones de salubridad, prolongan la vida, y no siempre esa prolongación va acompañada de la plena conservación de las facultades, especialmente las psíquicas o cognitivas, ya que mientras se conserve el raciocinio, se podrá ordenar la vida en los distintos aspectos de la misma, o al menos intervenir activamente en ello.

La profesora Cristina Amunategui Rodríguez, recoge como sistemas consecutivos de protección:

- Un primer modelo de aislamiento de las personas, en que las personas con discapacidad desaparecían de la vida social, quedándose en sus domicilios, o encerrados, internados en instituciones o

manicomios, preocupándose poco de sus derechos distintos de los estrictamente patrimoniales.

- Un segundo momento de modelos medios de protección estandarizada, con escasa participación del sujeto o sus derechos personales.

- Y finalmente, el modelo de apoyo, en que lo esencial es respetar los derechos inherentes a la persona y mantenerlos, proporcionando un elenco de medidas variadas y proporcionales en las que es prioritaria la propia participación del sujeto.

A la última fase de asistencia corresponde la Convención de Nueva York, sobre derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación por España de 23 de noviembre de 2007, publicado en el BOE el 21 de abril de 2008.

Con anterioridad a la Convención, ya la Ley 41/2003, recoge algunos principios más en línea con el respeto y la protección de las personas.

Con posterioridad a la Convención, destacan diversas leyes que van incorporando esos principios:

Así la Ley 26/2011 o de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El TR de la Ley General de las personas con discapacidad, RD Legislativo 1/2013.

La Ley orgánica 2/2018 de 5 de diciembre para la modificación de la L.O. 5/1985 de 19 de junio de Régimen Electoral General, para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad, que con ocasión del derecho de sufragio, recoge un estudio sobre la teoría general de la capacidad.

Una vez ratificada la Convención de Nueva York, la jurisprudencia la va incorporando a sus resoluciones y se recogen importantes declaraciones, que van configurando el sistema del llamado traje a medida para cada situación, al graduar al caso concreto las medidas de apoyo; Así:

Las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 y de 24 de junio de 2012, recogen la adaptación del sistema de protección a las necesidades y conveniencias de la persona afectada, al constituir una situación revisable, y la sustitución de la incapacitación total por la parcial o curatela, reinterpretando la curatela a la luz de los principios de la Convención.

Por sentencia 146 de 2018 del Pleno de la Sala Primera de lo civil del Tribunal Supremo, ponente Doña María Ángeles Parra Lucán, se confirma la sentencia de la sección séptima de la audiencia provincial de Asturias, ponente Don Rafael Martín del Peso, en que se declara la validez de un testamento otorgado por persona sujeta a curatela

con asistencia de dos facultativos, la cual sostiene que la limitación de la capacidad de obrar para realizar actos de disposición sin intervención del curador, no comprende actos de disposición mortis causa, sino que respecto de estos, debe estarse al juicio del notario y de los médicos que aprecien in situ la capacidad del otorgante.

El Tribunal Supremo recoge que la Convención de Nueva York, refuerza el principio de presunción de capacidad, establecido en nuestro ordenamiento jurídico.

la ley 8/2021 de 2 de junio, BOE 3 de junio, entrada en vigor 3 de septiembre de 2021, recoge la trasposición de la Convención de Nueva York y se modifican diversas leyes: Ley del Notariado, Código Civil, Ley Hipotecaria, Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 41 de 2003, Ley de Registro Civil, Ley de Jurisdicción Voluntaria, Código Penal, Código de Comercio.

Con la ley 8/2021 desaparece la clásica distinción de capacidad jurídica y capacidad de obrar, desapareciendo ésta, y quedando exclusivamente la capacidad jurídica y su ejercicio, el que se realizará con los apoyos necesarios y solo, excepcionalmente, se sustituirá en su ejercicio.

Separa la tutela y la curatela, limitando la tutela para los menores dado su carácter representativo y en la misma línea suprime la patria potestad

prorrogada y la rehabilitada, ya que alcanzada la mayoría de edad los apoyos serán graduados en función de las necesidades de la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica, y no serán representativos, salvo excepciones.

La reforma dentro del sistema de apoyos establecidos para las personas mayores de edad recoge en el artículo 249 del Código Civil, los principios rectores del sistema de medidas de apoyo que regula:

La finalidad es el desarrollo de la personalidad en igualdad, e inspirados en la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales, con preferencia a las medidas adoptadas por la misma, sujetas a la necesidad y proporcionalidad, con respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, y en el supuesto excepcional de representación, teniendo en cuenta la trayectoria vital del sujeto a dichas medidas, sus creencias y valores.

Como dice Marín Calero, la ley 8/2021 va más allá de la Convención de Nueva York y amplía el círculo de beneficiarios. El legislador ha hecho un solo grupo con las personas necesitadas o susceptibles de apoyo. La unificación de los destinatarios de las medidas, genera que sean las propias medidas las que en función del destinatario se adapten. Examina también la posibilidad de una autolimitación, por

la propia persona ante trastornos de conducta como la ludopatía o adicciones.

CLASES DE MEDIDAS DE APOYO:

Recogidas en el Código Civil, el artículo 250 distingue:

- Las voluntarias establecidas por la propia persona con discapacidad.
- Las de hecho, la guarda de hecho y
- Las formales que son: la curatela, -asistencial y solo excepcionalmente representativa-, el defensor judicial cuyo nombramiento es judicial y para supuestos ocasionales, aunque sean recurrentes.
- Y Hay que añadir, siguiendo a Lora Tamayo, la establecida en el artículo 253 caracterizada por la urgencia, la provisionalidad y la ausencia de medidas de apoyo, que se prestara de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esa función. La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de 24 horas.

Pasamos a las medidas voluntarias, que presentan como características comunes:

.- Son preferentes, solo en ausencia de ellas se establecerán las formales o judiciales.

.- Se constituyen ante Notario, en escritura pública.

.- Se toma razón de las mismas en el Registro Civil.

.- No podrán prestarlas, -al igual que las otras medidas de apoyo,- las personas incluidas en el artículo 250 del CC

.- Están sujetas a las prohibiciones del artículo 251 del mismo CC, salvo dispensa expresa del constituyente sujeto a las mismas.

.- En caso de los poderes preventivos, son indelegables, salvo facultades concretas, que no pueden comprender las personales.

En cuanto a quienes **no** pueden prestarlo: No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes en virtud de una relación contractual presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo. El artículo 250 en su párrafo final lo establece como prohibición legal aplicable a todas las medidas de apoyo.

En la prohibición de prestar apoyos a quienes tengan una relación contractual asistencial, residencial o análoga, recoge la prevención para las personas con discapacidad, que estén atendidas por prestadores de servicios de asistencia, en residencias o fuera de ellas, los cuales **no** han de ser los encargados de prestar los apoyos de la Ley, dado que en dicha

situación se puede generar vulnerabilidad y dependencia.

La prohibición por relación contractual, dados los términos que recoge el artículo, no cabría extenderla a profesionales que realicen funciones de asesoramiento económico, fiscal o jurídico, y pueden realizar una función de apoyo en esos aspectos o fundamentalmente de control.

A quienes ejerzan el apoyo le son aplicables las prohibiciones del artículo 251 del CC: recibir liberalidades, intervenir cuando concurra conflicto de intereses y transmitir o adquirir a título oneroso de la persona con discapacidad.

En las medidas de apoyo voluntarias estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas.

Es por ello que en los poderes con subsistencia y en los preventivos, será especialmente importante indagar si el poderdante quiere salvar esa prohibición y las cautelas que puede establecer para ello

Pasando ya a las concretas medidas voluntarias de apoyo, :

Las recoge el capítulo II, del Título XI del Código Civil

En ella, comienza por una previsión que enlaza con la eliminación de la patria potestad prorrogada; así en el artículo 254 de dicho Código Civil, recoge la adopción de medidas de apoyo judiciales, cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, medidas que se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad, lo que enlaza con las medidas voluntarias.

Las medidas voluntarias, comienzan en el artículo 255 del Código Civil, estableciendo unas medidas abiertas a la propia voluntad del sujeto constituyente, disponiendo:

que el mayor de edad, o menor emancipado, en previsión o apreciación, de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultar el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes.

Las pueden establecer los mayores de edad, o menores emancipados. Expresamente recoge en previsión o apreciación de la posible discapacidad; el artículo distingue por tanto para un posible futuro como para un presente de circunstancias que puedan

dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones, y en ese artículo se recoge el contenido de esta auto regulación de apoyos al decir: podrá 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 a lo dispuesto en el artículo 249.

Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto a su voluntad, deseos y preferencias.

El Notario autorizante comunicara, 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. Hasta que se desarrolle dicho registro individual, se remitirá al Registro Civil de la inscripción de nacimiento.

El párrafo final del mismo artículo 255, establece la preferencia de las medidas voluntarias al decir que solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o

complementarias, poniéndolo en relación con el artículo 269 también del CC, según el cual La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad.

Vemos así que este artículo con carácter general y previo, recoge los principios esenciales de los apoyos voluntarios, dejando una puerta abierta a la regulación por la persona interesada, y puesto en relación con los artículos 256 y 257, de poderes preventivos, como dice Marín Calero, puede llegar a ser una curatela convencional, organizada por el propio interesado, y así se podrá conforme al artículo 255, establecer un sistema de apoyos a la propia persona con las facultades, limitaciones y cautelas que se prevean, sistema de apoyos que puede extenderse a la esfera personal, patrimonial o familiar, no tiene por qué ser representativa pudiendo ser meramente asistencial, sin la representación que suponen los poderes preventivos, ni la constitución de la curatela, y nos enlaza con el artículo 262 que establece que lo dispuesto en este capítulo se aplicará igualmente al caso del mandato sin poder.

En sede del mandato recogió la reforma de la ley 41/ 2003 los poderes preventivos en el artículo 1732, ahora recogidos como medida de apoyo en el título XI.

En las medidas de apoyo, tanto voluntarias como constituidas judicialmente, se aprecia una cierta incongruencia:

Por una parte, el carácter retribuido de tutores, curadores, y mandatarios, establecido en el Código Civil, en los artículos 229 como derecho del tutor, en el artículo 281 del curador, y la posibilidad de que el mandato sea retribuido, por tener el mandatario por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato, artículo 1711-2 CC. Mandato en que se convierten los poderes preventivos, según autores, llegado el caso de necesidad de apoyos por el poderdante.

Permite nuestro Código en el artículo 212 para los tutores, y el artículo 275, para los curadores, que puedan serlo las fundaciones o personas jurídicas sin ánimo de lucro, a los cuales, sin embargo, reconoce derecho a retribución.

Y por otra parte prohíbe prestar todo tipo de apoyos a quienes en virtud de una relación contractual presten servicios asistenciales, residenciales o análogos a la persona necesitada de ellos. - art. 250 in fine.

La tímida extensión a las personas jurídicas, refleja la tendencia a familias más reducidas y a las dificultades de conciliación de la vida familiar y laboral o profesional.

Abordando los poderes preventivos el Código Civil recoge los dos que venían rigiendo antes de la reforma de la ley 8/2021: poderes con subsistencia y poderes preventivos propiamente dichos

Los poderes con subsistencia, recogidos en el artículo 256, surten efectos desde su otorgamiento, funcionando en la vida jurídica como un poder normal, que al producirse la necesidad de apoyo se convierten en una medida de apoyo, e incluso algún autor ha considerado que en este momento se convierte en mandato y que la aceptación deriva del propio ejercicio por el apoderado.

Y los poderes puramente preventivos, recogidos en el artículo 257, solo para el supuesto de que en el futuro el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. De éstos se trata de resolver el mayor inconveniente, que es el inicio de su vigor, estableciendo dicho artículo que para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. 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.

En todo caso es preciso puntualizar que el poderdante no se ve privado de sus facultades para otorgar por sí mismo los actos y negocios jurídicos

para los que tenga aptitud suficiente y mientras tenga esa aptitud suficiente.

Hay que tener en cuenta que la existencia de poderes preventivos en sus dos modalidades es compatible con otras medidas de apoyo y así el artículo 258 del CC, establece que los poderes de los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado.

En los poderes preventivos, en general, el poderdante podrá establecer las salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida, así como las medidas u órganos de control que estime oportunas, las condiciones o instrucciones para el ejercicio de las facultades, los mecanismos y plazos de revisión, y reglas de apoyo con el fin de garantizar el respeto a su voluntad, deseos y preferencias.

Es por tanto un contenido a medida de los propios deseos y previsiones de futuro.

En las causas de extinción de los poderes el artículo 258 del Código Civil recoge:

- Las automáticas o ex lege cuando hayan sido concedidas a favor del cónyuge o pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática salvo que medie voluntad

contraria del otorgante o el cese venga determinado por el internamiento de éste.

- En segundo lugar, judicial, conforme al que cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa.

- Las establecidas por el poderdante, el cual podrá proveer también formas específicas de extinción del poder; Lora Tamayo considera que si el poderdante tiene capacidad natural para ello, podrá revocar directamente el poder otorgado aunque tuviera discapacidad. La revocación del poder por el poderdante es indudable mientras conserve plena aptitud, y llegado el caso que el ejercicio de la capacidad jurídica se vea mermado, hay que reconocer la posibilidad de revocar el poder, estimando que esa capacidad natural debe ser ampliamente entendida, en su caso con los apoyos necesarios, y así resulta, también, del contenido del párrafo tercero de la disposición transitoria tercera que veremos.

- Las del artículo 1732, en las causas de extinción del mandato extensivas a los poderes preventivos, recoge en su apartado 4º por el establecimiento en

relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición, y en el apartado 5° por la constitución a favor del mandante de la curatela representativa, como medida de apoyo para la capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este código respecto a los mandatos preventivos.

La salvedad de este número 5, en su redacción anterior a la Ley 8/21, ha venido siendo, desde la Ley 41 /2003, la base de los poderes preventivos, al establecer la posibilidad de que el mandato subsistiera aun en caso de incapacidad del mandante, o se estableciera para ese supuesto.

Y esta excepción a la extinción del mandato, enlaza con el eje de la reforma, el respeto a la voluntad, deseos y preferencias, así como con el ya visto artículo 269, el carácter subsidiario del establecimiento de la curatela, a falta de medidas de apoyo de la persona.

Llegado el momento de la necesidad de apoyos por el poderdante, hay que distinguir, en los poderes preventivos **el régimen transitorio:**

- Poderes otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/21

Es muy importante, dado el gran número de poderes preventivos, en sus dos modalidades, otorgados desde la reforma operada por la Ley 41/2003. La disposición transitoria tercera en el párrafo

segundo dispone que los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando en virtud del artículo 259 se apliquen al apoderado, las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil, y el párrafo tercero de la misma disposición transitoria, establece que cuando la persona otorgante quiera modificarlos o completarlos, el notario, en el cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquélla desarrolle su propio proceso de toma de decisiones ayudándole en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Nuevamente se recoge el eje esencial de la reforma: el respeto a la voluntad deseos y preferencias y la asistencia en la comprensión y expresión en el desarrollo de su toma de decisiones, lo que también enlaza con la posibilidad de revocación directa por el poderdante.

Sin entrar en todos los artículos exceptuados de aplicación, hay que detenerse en los dos que inciden más directamente en estos poderes. Los artículos 287 y 288 del CC. El artículo 287, es el que tiene una gran trascendencia en los poderes preventivos entendidos en su doble versión, ya que recoge los actos que en todo caso el curador necesita autorización judicial, además de los que determine

la resolución judicial. Y el artículo 288 los que requieren aprobación judicial.

- Poderes otorgados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, rige lo dispuesto en el artículo 259: para los poderes que tengan cláusula de subsistencia o sean preventivos estrictamente, dispone que cuando en ambos casos comprenda todos los negocios del poderdante, el apoderado sobrevinida la situación de la necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa. - Nuevamente la voluntad de la persona prevalece.

La expresión "todos los negocios del poderdante", es ambigua, pues entre los poderes generales y los especiales para un acto concreto, hay una amplia gama de facultades que conforman poderes amplios.

La sujeción de estos poderes al régimen de la curatela, para lo no previsto en los mismos, por una parte, demuestra el carácter de medida de apoyo que los mismos representan para cuando se produzcan las circunstancias que motivan la necesidad de apoyos, y por otra parte desvirtúan la función que ha venido atribuyéndoseles desde la reforma de la ley 41/2003, la de mantener al margen de medidas formales y judiciales, las situaciones de necesidad de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

La mayor parte de las veces, la principal preocupación del poderdante ante una pérdida de aptitud, que genere la necesidad de apoyos, es excluir un régimen que encorsetaría el ejercicio diario de su vida jurídica, económica y familiar, de modo que bien a través de las salvaguardas y controles en los mismos, bien por la exclusión, directamente, de las autorizaciones judiciales, se va a obviar el sometimiento a la curatela.

Recordar, nuevamente, la compatibilidad de los diferentes medios de apoyo, e incluso que, en el supuesto de insuficiencia del poder, podrá verse completado por autorización judicial para el acto de que se trate.

El artículo 261, establece que el ejercicio de las facultades representativas será personal sin perjuicio de la posibilidad de encomendar uno o varios actos concretos a terceras personas. No se recoge por lo tanto la posibilidad de delegación general, y en lo relativo a las facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables en ningún caso.

La forma de estos poderes, han de constar necesariamente en escritura pública y será comunicada de oficio por el notario sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante.

Los poderes preventivos, como en general todos los poderes, solamente pueden basarse en un principio de absoluta confianza en el apoderado, sin la cual no deben conferirse.

Otra medida a estudiar es La AUTOCURATELA

Ya la reforma de la ley 41/ 2003 introducía la posibilidad de designar tutor en escritura pública, para el supuesto de que sea preciso en un futuro.

En la ley 8/2021 se recoge dicha posibilidad transformándola en auto curatela, y se regula en los artículos 271 y siguientes CC.

No es una medida voluntaria de apoyo, ya que la persona no puede decidir su constitución, siendo una de las medidas formales, se constituye judicialmente y el Juez y determinará el alcance de la misma, normalmente asistencial y excepcionalmente representativa.

Lo que si se permite es que en previsión de que tenga lugar, se designen las personas que han de ejercerla y su contenido; así el artículo 271 en su párrafo primero señala que cualquier persona mayor de edad o menor emancipado, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.

Permite el CC también la exclusión de quien no ha de ser curador, el orden de ejercicio cuando son llamados varios en sustitución o en documentos separados, la posibilidad de delegar en el cónyuge o en otra persona la elección entre los propuestos en escritura pública.

Especial transcendencia tiene el párrafo segundo del artículo 271 del Código Civil que señala que podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.

La autotutela con anterioridad a la reforma de la Ley de 2021 estaba experimentando un auge progresivo, aunque no tanto como experimentaron los poderes con subsistencia.

Hay que considerar que al regular el párrafo segundo del artículo 271 del CC, las reglas de administración y disposición de los bienes en el documento de autocuratela, se pueda establecer la posibilidad de exceptuar la autorización judicial del artículo 287 y de la aprobación judicial del artículo 288, lo que deberá ser expreso en el documento de auto curatela; el artículo 272

establece la vinculación del Juez, tanto a las personas propuestas como al contenido, si bien en el párrafo segundo del mismo, mediante resolución motivada podrá prescindir total o parcialmente de ellas. El Juez al constituir la curatela, deberá recoger esa excepción a la autorización o aprobación judicial, en la propia resolución judicial, y hay que considerar que, aunque vinculado a lo dispuesto por el sujeto a medidas, lo deberá de adecuar al momento y a las circunstancias de la propia constitución de la curatela, y resolver en función de ello.

La auto curatela, es un llamamiento de futuro, pues en principio tiene una eficacia diferida en el tiempo, ya que por regla general el curador será nombrado transcurrido un tiempo desde su designación, y puede que en ese momento sea inadecuada la persona designada e incluso el propio contenido previsto.

Es especialmente importante la exclusión de personas que habrán de ejercer el cargo de curador, pues en el orden de llamamientos, que establece el artículo 276 CC, puede resultar llamado quien no se quiere que en ningún caso lo sea.

La designación de curador también habrá de hacerse en escritura pública la que deberá de inscribirse en el Registro Civil artículo 302 CC y vincula al juez que solo podrá prescindir si existieran

circunstancias graves que fueran desconocidas por la persona que las estableció o que se hubieran producido una alteración de las causas previstas expresadas o que presumiblemente tuvo en cuenta y en este caso, habrá de ser en resolución motivada.

Hay que tener en cuenta que en la determinación de facultades para su ejercicio futuro, es prácticamente imposible que se prevean todas las posibles situaciones en que una persona se va a encontrar en el futuro. Es por ello por lo que el juez al constituir la curatela deberá de integrar estas previsiones establecidas por el propio interesado.

Nos referiremos brevemente a una medida de apoyo, que no tiene acto de constitución, y es muy frecuente en la práctica: la guarda de hecho. Tímidamente introducida en nuestro Código Civil en 1983 se le dota de una mayor fuerza como auténtica medida de apoyo y está recogida en los artículos 263 a 267 del Código Civil.

Es una situación que se está produciendo ya cotidianamente y aún más en el futuro con la nueva regulación, especialmente no existiendo actuaciones de trascendencia económica o de otra índole, será frecuente que no se inste al establecimiento de medidas de apoyo formales.

Lo que va a generar más problemas será la acreditación de la condición de guardador de hecho,

en la vida corriente y cotidiana, dado que la misma no tiene un acto formal de constitución. Se ha propuesto el acta de notoriedad, sin embargo, existen reticencias a ella, al considerar que la guarda de hecho como situación fáctica, puede ser cambiante.

De todas formas es claro que el acta de notoriedad no puede ser un título de investidura del guardador de hecho, sino una mera constancia de la notoriedad, en base a las pruebas practicadas, que el que viene realizando las funciones de guardador de hecho de una persona con discapacidad, es, en ese momento, una persona concreta.

También como medida voluntaria, en este caso del disponente, el régimen de administración y disposición de bienes transmitidos a título gratuito: tanto para las personas con discapacidad, sujetas a medidas de apoyo, como para los menores sujetos a tutela, establecido en los artículos 252 y 205 del Código Civil

Ambos preceptos recogen, que el disponente puede establecer las reglas de administración y disposición de dichos bienes.

Destacar que las facultades son, no solo de administración, sino que también podrán serlo de disposición, a diferencia de lo que para los sujetos a patria potestad establece el artículo 164, párrafo segundo, 1º del Código Civil.

Y hay que plantear si pueden extenderse a la legítima estricta del beneficiario respecto del disponente.

La Ley 8/2021 supone un cambio radical en la consideración y regulación de la discapacidad.

Su andadura es aún breve, y el tiempo, la sociedad y la practica serán las que señalen su eficacia

Muchas gracias

BIBLIOGRAFIA: ISIDORO LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, REFORMA CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (FRANCIS LEFEBVRE ED 2021)

CARLOS MARÍN CALERO: LA INTEGRACION DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO CIVIL. Una crítica constructiva a la Ley 8/2021 (AFERRE EDICTOR, S.L. 2022)

CRISTINA AMUNATEGUI RODRIGUEZ: TEMARIO I MASTER ACTUALIZACION JURIDICA DE LOS NOTARIOS UNIVERSIDAD CASTILLA LA MANCHA

