

## PREGUNTAS Y RESPUESTAS

(Sobre la base del régimen que estamos proponiendo, no de la ley actual)

**a. ¿Sustituye la declaración administrativa de discapacidad a la declaración judicial de incapacidad?**

No se trata de sustituir la incapacitación judicial por la incapacitación administrativa, ni de que la incapacitación hecha por un equipo multidisciplinar, con psicólogos, sociólogos y pedagogos, y que utiliza medios y métodos científicos mejor conocedores del fenómeno de la discapacidad, sea más apropiada que la incapacitación hecha por un juez.

**b. ¿Pueden los organismos administrativos, sin la garantía de un proceso, limitar la capacidad de una persona?**

Tampoco es cuestión de comparar las garantías de uno y otro proceso, (aunque sin duda hay que recordar que en todo caso es una actuación pública, que realiza el Estado, por medio de uno u otro de sus poderes).

Lo principal no es cómo se incapacita, sino que la discapacidad deja de ser causa de incapacitación jurídica. Las personas con discapacidad no deben ser incapacitadas jurídicamente, ni por una ni por otra instancia del Estado.

Las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen, como dice el artículo 322 del Código Civil, capacidad para todos los actos de la vida civil.

Y para realizar esos actos tienen el derecho a recibir todo el apoyo que necesiten.

**c. ¿Las calificaciones administrativas de discapacidad pueden servir para graduar la capacidad jurídica, porque indiquen el tipo de actos jurídicos que puede hacer la persona afectada y cuáles no?**

La calificación administrativa de discapacidad se hace en base a un baremo de dependencia, que valora la aptitud de la persona para realizar por sí mismas las actividades básicas de la vida diaria, teniendo además en cuenta si actúa o no con criterio propio.

No hace pues ninguna valoración especial de su capacidad para realizar actos jurídicos ni es un test de inteligencia. A lo que se añade que la mayoría de los actos jurídicos en los que piensan los juristas, cuando

regulan la incapacitación de las personas (compraventa de inmuebles, préstamos hipotecarios, particiones de herencia, etc.), no pertenecen a la cotidianidad.

Sin embargo, la calificación administrativa de discapacidad sí que puede aportar a los juristas en general y al notario en particular valiosos datos que le ayuden en su calificación de la capacidad para otorgar un acto concreto. Si tenemos en cuenta que la capacidad jurídica se fundamenta realmente en la capacidad social en general (ver el otro documento), la información que sí que puede proporcionar la calificación administrativa es la del estilo de vida de la persona con discapacidad, lo cual será muy valioso a la hora de apreciar indicadores de abuso; también informará al notario sobre el entorno familiar o de convivencia de la persona con discapacidad, que le ayudará a apreciar la idoneidad de los apoyos no obligatorios.

**d. Cuando interviene una persona con discapacidad, ¿juzga el notario la capacidad, a los efectos del contrato o prescinde de emitir juicio alguno a este respecto?**

Una regla básica del derecho, que no es necesario ni bueno alterar porque intervengan personas con discapacidad intelectual, es la de que los actos humanos, para que produzcan efectos, deben ser voluntarios (consentidos); y la voluntariedad requiere de una comprensión básica de su significado y consecuencias.

Por lo tanto, la perfección del contrato debe basarse en el consentimiento y, si el negocio está siendo autorizado por una autoridad o funcionario, éste deberá valorar que hay consentimiento y que es suficiente para el acto concreto.

(En caso de que el contrato se celebre privadamente, deberá ser la otra parte contratante la que valore la concurrencia de ese consentimiento suficiente).

Así pues, el notario deberá apreciar la capacidad de las partes, con arreglo a las normas generales, también cuando intervengan personas con discapacidad.

**e. ¿Qué consentimiento refleja la escritura?, ¿quién se dice que otorga el acto?, ¿la persona con discapacidad, la que le presta apoyo, las dos?**

Sin embargo, el derecho no siempre requiere que los actos jurídicos se otorguen individualmente. Hay bastantes supuestos en que varias personas confluyen en la formación de un consentimiento único o, si se prefiere, que varios consentimientos integran una sola voluntad contractual. Es el caso de los poderes mancomunados y de las decisiones

de los órganos colectivos. Pero, de modo mucho más ajustado al problema que estamos tratando aquí, es también el caso del emancipado que necesita del consentimiento añadido de sus padres o tutores, del incapacitado que requiere del acuerdo del curador, o de los padres que complementan su representación legal por el consentimiento de su hijo menor de edad pero mayor de diecisésis años.

Del mismo modo, la posición contractual o negocial de la persona con discapacidad, en el caso de que el notario no considere bastante o adecuada por sí sola su voluntad individual, o cuando le conste que esa persona tiene impuesta, por decisión judicial, la necesidad de usar apoyos obligatorios, requerirá de la intervención de otra u otras personas, las que le prestan apoyo. Naturalmente, el notario también deberá valorar que la persona que preste apoyo comprenda el negocio y sus consecuencias jurídicas, incluso deberá asegurarse de que comprende bien la naturaleza y la responsabilidad de su actuación, en beneficio de la persona con discapacidad. Y todas esas voluntades sumadas, la de la persona con discapacidad y las de las que le prestan apoyo, integran una sola parte.

**f. ¿Qué documentos debe presentar al notario una persona con discapacidad que quiera firmar una escritura? ¿Tienen que estar inscritos en algún sitio?**

La situación de discapacidad de una persona puede ser acreditada, tanto con la calificación administrativa de dependencia, que consta en el correspondiente documento público, como por la inscripción de tal situación en el Registro Civil, por los medios de publicidad de dicho registro.

Pero es muy importante tener en cuenta que las personas con discapacidad no tienen obligación legal alguna de obtener una declaración administrativa de discapacidad o de dependencia y menos aún de inscribirla en el Registro Civil, inscripción que es completamente voluntaria.

Ni la declaración administrativa de discapacidad ni la inscripción registral tiene valor constitutivo.

**g. ¿A qué requisitos y procedimientos debe sujetarse la actuación de la persona con discapacidad y la de quienes le prestan apoyo? ¿Qué comprobaciones debe hacer y que exigencia debe plantear el notario a este respecto?**

La persona con discapacidad estará sujeta a las reglas generales de la contratación y del otorgamiento de documentos públicos, en su caso.

La persona que preste apoyos debe cumplir distintos requisitos, distintos

según el carácter obligatorio o no de su intervención.

- Si el apoyo es obligatorio, los requisitos deberán estar marcados en la resolución judicial que lo establezca, completados en su caso por las herramientas jurídicas de la interpretación y la analogía.

- Si el apoyo no es obligatorio, no creo que sea conveniente establecer demasiadas reglas; el apoyo podría prestarse con carácter previo, simultáneo o posterior, con constancia documental o sólo verbal o incluso reservado.

Las condiciones sociales pueden ser muy variadas y la flexibilidad del régimen de apoyos, su capacidad de adaptación a las circunstancias vitales de cada persona con discapacidad, deberían constituir la principal ventaja de este régimen de apoyos, logrando una acomodación a las necesidades de la persona mucho mejor que las fracasadas y seguramente imposibles graduaciones judiciales de la incapacidad.

El apoyo no obligatorio (también el obligatorio, pero esa será la responsabilidad de los jueces), para muchas personas con discapacidad, deberá ser una herramienta de aprendizaje; la finalidad es la de enseñar a las personas a ser autónomas, por lo que el apoyo podría ser progresivamente distante o reservado. Siempre que el resultado sea que el negocio reúna todas las voluntades necesarias, no debería exigirse un cauce demasiado preciso.

**h. La persona que presta apoyos, ¿cómo acredita su nombramiento o su derecho a dar el apoyo?**

La condición de persona designada para prestar apoyo obligatorio a una persona con discapacidad puede ser acreditada con la correspondiente resolución judicial, que supongo que será un auto.

La condición de persona que presta apoyo informal o no obligatorio a una persona con discapacidad no está sujeta a formalidad alguna y no puede ser por tanto acreditada documentalmente. No es un cargo, no implica representatividad o autoridad alguna. Tampoco hay reglas sobre el modo en que la persona que presta el apoyo realiza esa función, pudiendo hacerlo a distancia o con carácter previo a la actuación, de modo que no le conste a la contraparte. Sin embargo, tanto el notario como esa contraparte, tienen la posibilidad de exigir que la persona que preste el apoyo no obligatorio esté presente, se identifique y manifieste su voluntad favorable a la actuación; el primero, para considerar que la voluntad negocial es bastante, la segunda, además, para tener a una persona responsable, en caso de rescisión del negocio.

**i. ¿Qué puede inducir al notario a pensar que está ante un caso dudoso y la persona puede tener alguna discapacidad, y actuar entonces en consecuencia?**

La responsabilidad del notario, en relación con las personas con discapacidad es múltiple y afecta a distintas cuestiones:

- Respecto de la valoración de su capacidad jurídica de obrar:

Para valorar la capacidad negocial, el notario no tiene por qué indagar o averiguar si una persona está en situación administrativa de discapacidad. Decidirá sobre este aspecto con arreglo a las normas generales de su función profesional. Ahora bien, en el caso de que estime que la persona que debe otorgar el documento público notarial no tiene capacidad suficiente para ello, se lo hará saber así y será la persona afectada la que, en tal situación, podrá alegar su situación de discapacidad, que ni siquiera tiene por qué estar declarada administrativamente, e indicar que va a utilizar apoyos de terceros.

En todo caso, el notario prestará todo el apoyo técnico-jurídico que necesite la persona con discapacidad y las que le presten apoyo, como suele hacer con todos los otorgantes, pero en este caso además por mandato del artículo 13 de la Convención.

- Respecto de los apoyos obligatorios al ejercicio por sí misma de su capacidad de obrar:

El notario tiene la obligación directa de comprobar por sí mismo, en el Registro Civil, si el otorgante tiene impuesto un régimen de discapacidad, no pudiendo confiar en la declaración que haga la propia persona afectada, ya que el apoyo tiene carácter obligatorio incluso para sí misma; y tampoco cabe que la contraparte renuncie a hacer tal averiguación, pues el régimen protege también a la persona con discapacidad, no sólo a los terceros.

Y dado que cualquier persona puede estar en esa situación, el notario deberá comprobar la inexistencia de apoyos en todo caso, en todo otorgamiento, salvo que decida, bajo su responsabilidad, que le consta lo contrario, por conocimiento personal o por notoriedad.

(Podríamos proponer la innecesidad de hacer la comprobación de inexistencia de apoyos obligatorios en el caso de los funcionarios públicos en activo, de los jueces, fiscales y miembros del poder judicial, de los cargos públicos electos, de

los profesionales que actúen por razón de su titulación y de los apoderados y administradores de sociedades con poder o cargo inscrito en el Registro Mercantil).

- Respecto de las situaciones de abuso:

Si el notario ha tenido conocimiento de la situación de discapacidad del otorgante, porque conste inscrita en el Registro Civil o porque la haya manifestado ella misma, debe indagar acerca de las circunstancias económicas y personales del negocio, con arreglo a los indicadores de apoyo que establezca el Gobierno, y debe comunicar sus sospechas de abuso al Ministerio Fiscal.

**j. ¿Hay un nivel mínimo de entendimiento que deba exigir el notario a la persona con discapacidad, para que pueda otorgar el acto, independientemente de los apoyos?**

La persona con discapacidad debe expresar su voluntad y sus preferencias, aunque lo haga de manera inadecuada o incompleta; si guarda silencio o está ajena al negocio no puede hablarse propiamente de apoyos sino de actuación por un tercero; actuación que podrá ser y deberá ser en beneficio de la persona con discapacidad pero que no dejará de ser un mandato no representativo o una gestión de negocios ajenos. El notario debe valorar que la persona con discapacidad tiene una capacidad alterada (discapacidad) y no una total ausencia de capacidad, pues sólo en el primer caso puede realmente recibir apoyos; aunque también hay que tener en cuenta que la Convención incluye el caso de que los apoyos sean muy intensos. Creo que sólo la práctica permitirá sacar conclusiones a este respecto; pero también hay que tener en cuenta que el notario, que no tiene conocimientos técnicos para valorar enfermedades o limitaciones psicológicas, sí que es un experto en valorar la capacidad contractual.

**k. La persona con discapacidad, ¿tiene que ir a la Notaría?**

Evidentemente, toda la actividad que se ha indicado que debe realizar el notario es imposible si no toma contacto personal y se relaciona o intenta hacerlo con la persona con discapacidad. Probablemente, esa situación le provoque complicaciones operativas y pueda incluso hacerle sentirse incómodo, por pensar que carece de conocimientos o herramientas específicas, necesarias para tratar adecuadamente a la persona con discapacidad, pero nada de eso justificaría una falta de valoración personal que haga el notario de la intervención de la persona con discapacidad.

La aplicación efectiva de la ley de protección patrimonial, en los otorgamientos de la constitución y las aportaciones a los llamados patrimonios protegidos ha demostrado que muchos notarios prefieren que la persona con discapacidad no acuda a la Notaría, a pesar de que esa ley supedita expresamente el régimen legal que establece a la capacidad suficiente del titular del patrimonio, capacidad suficiente que no es la plena y que debe ser valorada en cada caso, correspondiendo esa valoración sin ninguna duda al notario puesto que esa ley expresamente también incluye el supuesto de que la persona con discapacidad no esté incapacitada judicialmente.

En todo caso, es importante destacar que el derecho de las personas con discapacidad a ser recibidos y atendidos en cualquier oficina del Estado, que debe acomodar sus actuaciones a sus necesidades, no sólo deriva del reconocimiento de su capacidad de obrar, en el artículo 12, sino del específico derecho que le atribuye el artículo 13.

**Carlos Marín**  
**Asesor jurídico de DOWN ESPAÑA**  
**Junio de 2009**