

## CONTESTACION DISCURSO DE INGRESO DE ILMA SRA. ISABEL VALDES CECCHINI

Excelentísimo señor Presidente de la Real Academia asturiana de Jurisprudencia, ilustrísimos señoras y señores Académicos, queridos amigos y amigas asistentes a este acto. Constituye una gran alegría para mí, el hecho de dar la bienvenida como nueva Académica de número de esta corporación a Isabel Valdés Solís Cechini, Notaria y actual Decana del Colegio Notarial de Oviedo . Isabel pertenece a una familia de juristas. Su padre, a quien conocí en el año 1982 era entonces un conocido y respetado juez , ejerciente en Llanes, y durante mis prácticas en Grado ese año , pude comprobar cómo debía instruirse correctamente un sumario, viendo los diligenciados por su hermano Fernando , quien ocupó dicha plaza. El curriculum de Isabel es extenso ; desde que se licenciase en 1979 en Derecho , por nuestra Universidad, obtuvo el Título de Notario por oposición en el año 1983, desarrollando su carrera en las Notarías de Castropol, Llanes, Basauri, Langreo, Mieres y Avilés, hasta llegar finalmente en 1995, a Oviedo .Ocupó distintos puestos relevantes dentro de la organización del Notariado, en concreto de la Comisión Auxiliar de Empleados de Notarias, formando parte así mismo de los Tribunales de exámenes de empleados de notarías. De 1998 a 2004 fue Censora Primera de la Junta Directiva del Colegio Notarial de Oviedo .En 1999 fue designada Delegada de la Junta Directiva en el Distrito Notarial de Oviedo y también Decana de dicho colegio a partir del año 2018. Pero no quiero concluir este curriculum sin mencionar la actividad que compartimos , pues ella es vocal del JPE que presido y , a lo largo de este tiempo ,he podido apreciar su finura jurídica, la elegancia y ponderación que pone de relieve a la hora de discutir los expedientes y su aptitud para los números , por lo que no hay ningún riesgo en su caso, de confundir , como diría Antonio Machado, entre el valor y el precio de las cosas. Pero sobre todo, quiero destacar la lealtad, compromiso, compañerismo y amistad que en estos años ha ido tejiendo Isabel con los restantes miembros del Jurado y por supuesto, con quien se dirige a ustedes.

Conociendo sus inquietudes, sabía que el discurso iba a versar sobre un tema práctico y de actualidad. Pese a que su título haga referencia a la *perspectiva notarial* -, en realidad interesará profundamente no sólo a los Notarios, sino también a los Jueces, Abogados y restantes *operadores jurídicos*, tal y como se dice actualmente, debido quizá al predominio que ostenta el lenguaje tecnológico sobre cualquier otro. De ahí que verse sobre una de las reformas de mayor importancia y calado social de las que en los últimos años se han producido en nuestro Código Civil, en concreto la operada por la Ley 8/2021 para las personas con discapacidad.

Hemos de destacar que,- como resulta del texto del discurso-, la reforma tiene un claro antecedente en el Derecho Internacional, pues dimana de la Convención de Nueva York, sobre derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, instrumento que fue ratificado por España el 23 de noviembre de 2007, publicado en el BOE el 21 de abril de 2008, entre cuyas normas destaca el art. 12 . Como dice la Sentencia de la AP Asturias de 7 de septiembre de 2022..... *ya con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 8/21, de 2 de junio, la jurisprudencia venía manteniendo que la capacidad de una persona mayor de edad se presumía mientras no hubiere una resolución judicial que decretase la falta de capacidad de la misma, pero es que además la nueva regulación aplicable a todo proceso de discapacidad en trámite conforme a la Disposición Transitoria Sexta, que desarrolla la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en su artículo 12 proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, y sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.* La ratificación del convenio, dio lugar a una profunda doctrina jurisprudencial que fue perfilando-, -vigente la antigua versión del código- varios de los criterios insertados hoy en la reforma. Entre las resoluciones dictadas resaltamos la sentencia del Tribunal Supremo de Pleno 29 de abril de 2009

( de la que fue ponente Roca Trías ), de capital importancia para el examen de esta cuestión una vez que entró en vigor la normativa internacional, ya que, en contra de lo sostenido por el Ministerio Fiscal, consideró que cabía una interpretación de la normativa entonces vigente , acomodada al Derecho Internacional ya integrado en nuestro ordenamiento y en sintonía con la realidad social (art 3-1 CC), mediante la generalización del uso de la curatela y la individualización motivada de las medidas de control sobre la persona con discapacidad . Este tenor jurisprudencial fue completado por distintas sentencias de Pleno (de ahí la importancia de la cuestión debatida), como la de Tribunal Supremo de 24 de junio de 2012 y La sentencia 146 de 2018, de 15 de marzo. Como hace constar el discurso, esta sentencia confirma la de la sección 7ª de nuestra AP , de 8 de mayo de 2015 de la que fui ponente y sobre la que es conveniente hacer un breve comentario. El asunto era el siguiente: Una persona que vivía de forma independiente, afectada por una discapacidad intelectual , con un coeficiente inferior a la media , se hallaba sujeta a curatela( no a tutela) por una sentencia genérica que declaraba su incapacidad y al sometía a dicha medida. Acude al Notario para testar y a la vista de la restricción judicial de su capacidad, éste aplicando el antiguo art 665 CC( ley 30/1991) pide el dictamen de dos facultativos que consideran que es apta para testar y corrobora con su examen, su aptitud. Otorgado testamento abierto y fallecida la causante, éste es impugnado por los familiares más cercanos , quienes se verían beneficiados por la sucesión abintestato. En primera instancia se anula el testamento por falta de capacidad de la otorgante; nuestra sala sin embargo revoca la sentencia y el TS desestima la casación, reconociendo su validez . Es importante subrayar los hechos que dieron lugar a la decisión judicial , en primer lugar para apreciar la importancia que tiene la labor notarial en nuestro Estado de derecho, pues no sólo interviene aquel ( como pudiera parecer a los profanos dada la publicidad que se otorga a determinados litigios) en las operaciones inmobiliarias y negocios bancarios( en los cuales , por cierto, también asiste y tutela los derechos de los consumidores) sino que lo hace activamente , como en este caso , en asuntos donde se requiere asistir y garantizar los derechos de las personas con discapacidad , y lo hace con exhaustividad, y favoreciendo los intereses de aquellos, respetando su voluntad y aptitud para actuar con

eficacia jurídica . También son de resaltar los razonamientos de ambas sentencias porque representan , --antes de la reforma--, la superación de aquellas resoluciones judiciales en exceso vagas y genéricas que restringen la capacidad de la persona, como era la que declaró la incapacidad y sujetó a curatela a la causante y , finalmente , aun cuando su intervención no esté ya prevista en la redacción del actual art 665 CC ,- pese a que puedan intervenir ,actuando como testigos/ peritos en un eventual juicio sobre nulidad testamentaria o sobre cualquier acto jurídico dispositivo llevado a cabo por quien tiene, en mayor o menor medida , restringida su capacidad -, fue patente en el conflicto judicial planteado ,la importancia que tiene la observancia e impresión de los facultativos que conocen y asisten a la otorgante, y dan fe de su capacidad , frente a un diagnóstico retrospectivo elaborado por quien nunca tuvo contacto con aquella. Recuerdo que la médico de cabecera de la fallecida,- uno de los que asistieron al Notario,- declaró que lo que siempre deseó la causante es que sus bienes no fueran a parar precisamente a quienes impugnaron el testamento. De este modo, se conciliaron en esta solución , tanto la interpretación de la legalidad vigente , según el Derecho internacional , con el respeto a los derechos del sujeto a curatela y al propio tiempo, con las exigencias de la justicia material, lo cual no es siempre factible.

Entrando en la reforma, su característica primordial es la prevalencia del principio de *autotutela*. Como expresa la Exposición de Motivos: *La reforma que el artículo segundo introduce en el Código Civil... sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal*. Como corolario de ello, la sentencia TS de 19 d e octubre de 2021 , citando la de 2 de junio de ese año, reitera y cita textualmente este principio enunciado en la Exposición de Motivos, y añade que *:.En la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre, continúa diciendo... hemos proclamado que "[...] la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias"*.

Igualmente, en la sentencia 269/2021, de 6 de mayo, hacíamos referencia que uno de los principios que derivaba del Convenio de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad; principio que sólo cabe alterar, sigue diciendo *, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.*

Sentado lo anterior, podemos señalar , sin riesgo de equivocación , que el texto que comentamos contiene una descripción exacta , clara y de gran finura sobre las reglas y principios que fundamentan la reforma , analizando de forma magnífica el art 250 del Código , e interpretando su párrafo final ,se alinea con la tesis que consideramos más correcta, que estima que la prohibición del ejercicio de medidas de apoyo a quien mantenga una relación contractual con el sujeto a ellas, no comprende a profesionales que realicen funciones de asesoramiento económico, fiscal o jurídico, que son precisamente los idóneos para llevar a cabo labores de control en beneficio de éste . Así mismo, el discurso viene a poner de relieve, aspectos críticos sobre múltiples cuestiones que ya son objeto de debate y lo serán en el futuro . Por citar algunas ,la posibilidad de retribución de las fundaciones y personas jurídicas sin ánimo de lucro designadas curadores , analizando la regla final del art 250CC en consonancia con los artículos , 212, 275 y 1711, todos ellos del CC , como lo son igualmente todas aquellas que exigen la prueba de una determinada situación o acontecimiento para dar cumplimiento a lo preceptuado en la reforma, lo que ha de ser valorado en la intervención notarial y judicialmente si hay litigio: existencia del guardador de hecho ( art 255 *in fine* CC ),nacimiento de la necesidad de apoyo (art 257 ), cese de la convivencia del cónyuge o pareja de hecho que dan lugar a la extinción del

poder ( art 258 párrafo segundo CC ) así como la propia realidad de la invocada convivencia , etc.

Por supuesto y desde la perspectiva de la función notarial, que no excluye la judicial,- según veremos-, hace particular hincapié el trabajo en la regulación de los poderes preventivos, introducida en la reforma del 2003 y que en la norma actual se perfila, creando incluso un régimen transitorio en favor de los instrumentados al amparo de la anterior normativa. El Código viene a contemplar tanto los poderes con subsistencia ( art 256 CC) como los puramente preventivos , en el art 257. Sobre ellos, el trabajo nos ilustra sobre su gran amplitud, hasta el punto de constituir una curatela convencional, habida cuenta de la preferencia de las medidas instrumentadas por el otorgante sobre cualquier otra impuesta ( art 255 in fine y 269 CC ).

Uno de los puntales de la reforma es la superación entre la capacidad jurídica y de obrar, de ahí las facultades que son reconocidas a cada individuo para regular los apoyos que precise en el futuro. Ahora bien, ello no exonera, sino que acrecienta, la labor notarial para apreciar las condiciones del poderdante al tiempo de su otorgamiento. En este sentido, Rodrigo Tena<sup>1</sup> ha destacado que, con la entrada en vigor de la Ley 8/2021, tiene mucha mayor trascendencia el juicio notarial de capacidad; juicio que, como vienen señalando los Notarios en numerosos foros, se complica sobremanera en la actual legislación. Bien dice nuestra Académica que esta valoración , se extiende y cobra además particular importancia en lo que se

---

<sup>1</sup> **Rodrigo Tena Arregui** El juicio notarial de valoración del consentimiento tras la Ley 8/2021 para el apoyo a las personas con discapacidad, Colegio Notarial de Madrid, revista notario d el siglo xxi , septiembre –octubre 2022

refiere a las exclusiones de las prohibiciones reguladas en el art 251 números primero segundo y tercero del Código, cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas, indagando cuál es la voluntad del poderdante al respecto y en general, si su voluntad se halla libremente formada o se ve afectada por actuación de terceros , para lo cual es indispensable un profundo examen y juicio sobre la capacidad de quien instituye estos poderes, de ahí que , por lo que tengo conocimiento, se esté elaborando un protocolo para uniformizar en la medida de lo posible la actuación notarial en esta materia, que es sumamente compleja y lo es tanto en la tipificación y alcance de las medidas de apoyo que pueda describir y precisar quien acude al Notario, como en lo que atañe a la concreción de las garantías que jurídicamente resulten adecuadas , atendiendo a la voluntad del otorgante y a las consecuencias que para su patrimonio puedan derivarse de aquella , lo que requiere una importante labor de asistencia para garantizar sus derechos y evitarle perjuicios . Y qué decir de otras actuaciones, como la relativa al otorgamiento del testamento en el art 655CC ya comentado ,en el que se suprime la intervención los Facultativos y es el Notario el único que valora,- sin asesores- ,la capacidad el testador y no sólo ello , sino que también ha de desarrollar , si entiende que está capacitado, una labor activa de asesoramiento en la redacción de dicho negocio jurídico: *El Notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.*

Finalmente, este *traje a medida* que prevé la norma en el que el artífice principal es la persona con discapacidad, no va excluir sin

embargo la ulterior intervención judicial ni la litigiosidad. El art 269 CC que ya comentamos la fija subsidiariamente, pero también opera en los supuestos previstos en los arts. 259CC, en que el apoderado queda sujeto a las reglas de la curatela , en relación con el art 272 CC, apartado segundo que permite al juez *prescindir total o parcialmente de las disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones.* Naturalmente esta norma, -lógica por otra parte -, es previsor de la materialización de un conflicto en sede jurisdiccional , e ,igualmente, no excluye que puedan impugnarse posteriormente , -en vida del disponente o una vez fallecido- y por múltiples circunstancias , los actos llevados a cabo por quien tiene algún grado de discapacidad o por su apoderado. El tiempo dirá si el trabajo de los jueces se incrementa o no con la reforma, toda vez que la normativa deja múltiples interrogantes. En la actualidad, por mi experiencia, debo decir que la imperativa adaptación de las tutelas y curatelas anteriores a la regulación actual, está generando un número apreciable de recursos, en los cuales se discute, -entre otras cuestiones -, si la situación la persona sujeta a discapacidad, precisa la intervención de un tercero como simple medida de apoyo para un concreto acto o exige designar una curatela representativa, inclinándose la Sala, salvo en situaciones extremas, por la primera solución. En cualquier caso, muchas de las cuestiones que se debatirán en tiempos venideros, ya se apuntan en este discurso, que servirá sin duda de línea hermenéutica para hallar respuestas útiles y jurídicamente impecable a tales conflictos; contribución que debemos a

Isabel ,a quien doy la más cordial bienvenida a esta Academia, la cual se ve enriquecida con el trabajo al que damos contestación , como lo será con su presencia y futuras intervenciones en ésta, nuestra institución .

Nada más y muchas gracias por su atención