

LA FUNCIÓN NOTARIAL ANTE LA INTERVENCIÓN DE
LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EXPEDIENTE
NOTARIAL DE RECLAMACIÓN DE DEUDAS Y SU
EXTENSIÓN A LA RECLAMACIÓN DE VIVIENDA DENTRO
DEL CONCEPTO DE ALIMENTOS

*THE NOTARIAL FUNCTION WITH REGARD TO THE
INVOLVEMENT OF PEOPLE WITH DISABILITIES IN THE
NOTARIAL DEBT CLAIM PROCEDURE AND ITS EXTENSION TO
THE CLAIM FOR HOUSING WITHIN THE CONCEPT OF FAMILY
MAINTENANCE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 106-129

Luis Javier
GUTIÉRREZ
JEREZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de diciembre de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La reforma de la legislación notarial española operada por 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 ha afectado al expediente notarial de reclamación de deudas en cuanto que no limita la legitimación de las personas con discapacidad para instarlo.

Cuando las deudas tengan su origen en una reclamación de alimentos y en ellos esté acordado el uso de vivienda, dicho expediente se extenderá en consecuencia a la reclamación de vivienda, lo que supone dotarlo de un carácter mucho más amplio, que supera el simple objeto de reclamación de un crédito, dada la especial configuración que el derecho al uso de una vivienda tiene, tanto desde la perspectiva de la persona con discapacidad como desde la perspectiva de la utilidad del expediente como alternativa a la vía judicial ordinaria.

PALABRAS CLAVE: Reclamación de deudas; función notarial y garantías; vivienda; derecho de alimentos.

ABSTRACT: *The reform of Spanish notarial legislation brought about by Law 8/2021 of 2 June on the reform of civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity has affected the notarial debt claim procedure in that it does not restrict the legal standing of people with disabilities to request it.*

When the debts have their origin in a claim for maintenance and the use of the dwelling is agreed in them, this file will be extended accordingly to the claim for the dwelling, which means giving it a much broader character, which goes beyond the simple object of claiming a credit, given the special configuration that the right to the use of a dwelling has, both from the perspective of the person with disabilities and from the perspective of the usefulness of the file as an alternative to the ordinary judicial process.

KEY WORDS: *Claiming debts; notarial function and guarantees; housing maintenance law.*

SUMARIO.- I. LA FUNCIÓN NOTARIAL Y DE SU EJERCICIO EN RELACIÓN CON LA CAPACIDAD DE TODAS LAS PERSONAS.- 1. Sobre la naturaleza de la función notarial ejercida por los Notarios en su condición de operadores jurídicos.- 2. La certificación de identificación y/o conocimiento del otorgante del instrumento público.- 3. La incorporación de apoyos, instrumentos y ajustes razonables para la redacción y conformación del contenido de los documentos públicos.- **II. MODIFICACIÓN RELATIVA A LA IMPOSIBILIDAD DE TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTE NOTARIAL DE RECLAMACIÓN DE CRÉDITOS Y LA DISPONIBILIDAD EN CONCILIACIÓN ANTE NOTARIO DE CUESTIONES EN LAS QUE ESTÉ INTERESADA UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD.-** 1. El derecho de alimentos como crédito no esencialmente dinerario, que incluye la vivienda.- 2. El nuevo tratamiento de la intervención de personas con discapacidad en el trámite de conciliación notarial.

I. LA FUNCIÓN NOTARIAL Y DE SU EJERCICIO EN RELACIÓN CON LA CAPACIDAD DE TODAS LAS PERSONAS.

La reforma de la legislación notarial española operada por 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, ha marcado un claro y preciso camino a la tradicional función que tiene atribuida el notariado de certificación, fe pública y asistencia en el otorgamiento de documentos públicos que impliquen la constitución, modificación, transmisión o extinción de derechos ejercitados por las personas con discapacidad.

Como ya se ha señalado por CASTRO-GIRONA¹ se trata de la reforma de mayor calado operada en nuestro Derecho privado desde la promulgación de la Constitución Española de 1978, lo cual supone a nuestro juicio un importante reto normativo e interpretativo que deberá ser desarrollado de forma paulatina por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como cuestión previa, debemos señalar algunas características propias de la función notarial, para poder encajar de forma certera las modificaciones operadas, sobre todo, partiendo de la idea básica que aleja al Notario de la figura tradicional de un simple funcionario público, sobre todo porque las consecuencias de sus actos recaen sobre el mismo y su patrimonio.

Ciertamente, resulta difícil la elaboración de un concepto del Notario teniendo en cuenta conjuntamente los dos polos en torno a los que gira su actividad: el ámbito de acción próximo a la función delegada del Estado y el ámbito propio del profesional del Derecho. Sólo si se consideran esos dos aspectos se encontrará

¹ CASTRO GIRONA, A: "Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *El Notario del Siglo XXI*, nº 97 mayo-junio 2021.

• Luis Javier Gutiérrez Jerez

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Jaén. Correo electrónico: ljerez@ujaen.es

sentido a los principios de imparcialidad, de libre elección e independencia que caracterizan al Notariado español.

El ejercicio del Notariado comprende la labor de dar forma, constituir prueba y otorgar eficacia conforme a la Ley, presentando tres aspectos que no es posible escindir o separar: la función documentadora, la dación de fe y la interpretación y mediación.

Conforme a la función de dar fe, el Notario redacta el documento cuya autorización se solicita y otorga la fe pública dando así cumplimiento a lo establecido en el art. 1 apartado 3º LN. Y en el ámbito de la interpretación, baste recordar lo que establece el art. 147.1º RN en cuanto que el Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción.

Esta dualidad permanente de la función notarial resultará importante en el desarrollo de algunas de las atribuciones que la Ley 8/2021 ha reformado, superando la aparente contradicción existente entre los arts. 1 LN y 1 apartado 2º RN, prevaleciendo el sentido marcado por el segundo precepto en cuanto que los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Añade además el precepto que los Notarios, como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

A la vista de lo anteriormente manifestado podemos definir al Notario como un profesional del Derecho que ejerce la función privada de interés público de dar fe en relación a toda clase de hechos y actos jurídicos, en virtud de una atribución legal directa, no constituyente de delegación estatal que requiere para su ejercicio encontrarse incorporado al correspondiente Colegio Notarial, como Corporación de Derecho Público que forma parte del Consejo General del Notariado².

2 GUTIÉRREZ JEREZ, L.J.: "Función notarial y responsabilidad civil", *Actualidad Civil* n º 4-1995, pp. 805 y siguientes.

En este trascendental marco del notariado, ejercitado desde la perspectiva del profesional del Derecho y la función de interés público regulada y reglamentada, las modificaciones producidas en los arts. 23, 25, 54, 56, 57, 62, 70 y 81 pueden interpretarse de una forma más precisa, especialmente en cuanto a la trascendental responsabilidad del fedatario actuante en relación con unos intereses especialmente protegidos con un alto nivel de exigencia de seguridad jurídica, como los que incumben a las personas con discapacidad.

Recaerá sobre el notariado español la función de garantía del igual ejercicio de los derechos por parte de todas las personas, asegurando y garantizando la plena inclusión y la plena accesibilidad de todos los ciudadanos como ejes principales de una verdadera igualdad en el ámbito de la seguridad jurídica como principios superiores del Estado recogidos en los arts. 14 y 9 CE.

Esta función de garantía jurídica cobra una importancia trascendental en cuanto que alcanza a la totalidad de las potencialidades subjetivas de la persona en las relaciones jurídicas en las que despliegue sus intereses, derechos y deberes, tanto en el ámbito público como privado.

Por esta razón, la supervisión de las medidas necesarias para el pleno y legítimo ejercicio de sus derechos por parte de las personas con discapacidad incumbe, no solo a la Autoridad judicial y al Ministerio Fiscal, sino también al resto de operadores jurídicos, entre los que los Notarios adquieren una relevancia extraordinaria por intervenir de lleno en la gestación, conformación y ejecución de numerosos actos y negocios jurídicos de enorme trascendencia para todas las personas.

Tal y como señala CUENCA GÓMEZ³ en la resolución por la que se establezca un plan personalizado de medidas de apoyo deben establecerse controles específicos para garantizar su buen funcionamiento, evitar los abusos y la influencia indebida y deben articularse mecanismos de revisión periódica y deberá realizarse en todo caso con la participación de la persona interesada.

El notariado intervendrá de forma decisiva en el ámbito de la llamada seguridad jurídica cautelar, mediante el diseño de instrumentos jurídicos como los poderes preventivos y las declaraciones de voluntad manifestadas en documento público en las que el propio interesado diseñe un sistema de protección para sus intereses, debiendo ser olvidada la expresión "disposiciones de autotutela" que consideramos no sólo extravagantes respecto al sentido de la reforma producida

3 CUENCA GÓMEZ, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja* n° 10, diciembre 2012, pp. 82 y 83.

por la ley 8/2021, sino verdaderamente distorsionantes de la indispensable identidad e integridad de la capacidad en todas las personas.

Estas disposiciones notariales que tengan como objeto material los apoyos preconfigurados por el mismo interesado, con independencia de las decisiones adoptadas posteriormente en el procedimiento judicial de fijación de apoyos correspondiente, debería contar con algún medio de oponibilidad *erga omnes*, desde la excepcional plataforma que ofrece la nueva reforma del Registro Civil, quizás con un perfil más objetivo y transversal que comprometa a los poderes públicos, siempre bajo el superior control judicial y de la fiscalía, hasta el punto de que la Autoridad judicial competente quede vinculada por las disposiciones voluntarias que se hubieran manifestado de forma fehaciente y que consten en esa fórmula de publicidad especial.

Esa es la intención del legislador plasmada en el art. 255 CC, en principio no afectado por la reforma que comentamos cuando declara que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle 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 y 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 a lo dispuesto en el art. 249 del mismo Código Civil.

La fundamental participación de los Notarios en el proceso de salvaguarda y garantía de la integridad de los derechos subjetivos personales y patrimoniales que corresponden a todas las personas debe estar orientada a nuestro juicio a garantizar el respeto de la voluntad de todo compareciente que otorgue un documento público con los contenidos antes descritos.

Esta tarea será trascendental por cuanto corresponderá al Notario deslindar las facultades de ejercicio y renuncia de derechos y especialmente, la previa valoración jurídica de los apoyos que se hubieran diseñado de forma voluntaria en escrituras otorgadas al efecto con anterioridad, considerando que, si el sistema de apoyos se hubiera configurado en un procedimiento judicial de fijación, nunca podrá el interesado proceder a su modificación total o parcial.

A la Ley 8/2021 le ha quedado pendiente de desarrollar un reto indispensable: la reforma y coordinación de un gran número de preceptos del Reglamento Notarial, tales como los fundamentales arts. 193 y el 156 puesto que sin la reforma de su contenido parecen volver a vislumbrarse los mismos horizontes difusos que la reforma ha querido borrar en beneficio de una visión integral y moderna de la capacidad de todas las personas.

En concreto, entendemos que será esencial una adaptación del contenido del art. 193 en sus párrafos tercero y cuarto:

En primer lugar, cuando disponen que los Notarios darán fe de que después de la lectura los comparecientes “han quedado debidamente informados los otorgantes del contenido del instrumento y que han prestado su libre consentimiento”.

En segundo lugar, cuando alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leer la escritura por sí mismo, y si no pudiese o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante condecorador del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el Notario y que suscribirá, asimismo, el documento. Si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el Notario.

Como puede deducirse del contenido normativo, resultará esencial que se considere incluida por lógica normativa conectada con los arts. 23 y 25 LN que sí han sido reformados el mismo deber que incumbe al Notario intervinientes en cuanto a comunicar al Ministerio Fiscal la ausencia de apoyos suficientes para poder realizar el otorgamiento de que se trate, atendidas las circunstancias y situación particular del otorgante.

Igualmente ocurre con el art. 156 en su apartado 8, puesto que el deber que incumbe al Notario de afirmar de que los otorgantes “tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación” debe incluir un deber conectado con los arts. 23 y 25 en cuanto a la misma obligación legal de comunicar al Ministerio Fiscal la ausencia de apoyos suficientes para poder realizar el otorgamiento de que se trate, atendidas las circunstancias y situación particular del otorgante.

Solo de esta forma se conseguirá que los Notarios ejerzan su especial función fedataria y de asesoramiento legal de una forma congruente y eficaz en el nuevo marco que se ha diseñado para el ejercicio de la capacidad de todas las personas.

I. Sobre la naturaleza de la función notarial ejercida por los Notarios en su condición de operadores jurídicos.

Tras la última gran reforma operada por la Ley 8/2021 el notariado español ha adquirido una posición de enorme relevancia como operador jurídico en las relaciones en las que están interesadas las personas con discapacidad y como fedatario público general que asume una alta carga de responsabilidad tanto por razón objetiva derivada de la materia jurídica en la que interviene como por razones subjetivas, ante las especiales circunstancias en las que desarrolla su

actividad profesional enraizada en una atribución de funciones públicas, siendo la materia de la responsabilidad civil la que concreta perfectamente la trascendencia de sus actos por el previsible amplio alcance de las eventuales consecuencias dañosas para los comparecientes y otorgantes del instrumento público.

La determinación del origen de la responsabilidad civil en la que pueden incurrir los Notarios con ocasión del ejercicio de la actividad que constituye el objeto de su función, no puede calificarse de cuestión pacífica en nuestra doctrina.

La razón se encuentra en la concurrencia de aspectos derivados del ejercicio de la Función Pública y de lo que en adelante denominaremos carácter público de sus funciones, cuya fijación resultará de enorme trascendencia en orden al establecimiento de la correspondiente responsabilidad civil.

A modo de aproximación inicial, las principales orientaciones sobre la naturaleza jurídica de la actividad notarial han sido las siguientes:

Primero, la tesis que considera a la función notarial como parte del poder ejecutivo del Estado y cuya actividad principal es la prestación de un servicio público, en virtud de una delegación del Estado⁴.

Esta orientación se acerca a la llamada teoría de la fe pública y es calificada actualmente como incompleta ya que ni el Notario es un testigo cualificado, ni tiene delegado un supuesto poder de dar fe, ni el instrumento público es sólo una prueba preconstituida con presunción favorable al documento notarial⁵.

En segundo lugar, la orientación cuyo fundamento se encuentra en que el Estado, con independencia de la división de poderes tradicional, tiene atribuido un "poder certificante", que en su mayor parte confía al Notario. También se ha denominado "función autorizante instrumental"⁶.

En tercer lugar, la teoría que considera al ejercicio del notariado como función aproximada al fenómeno de la jurisdicción.

Por supuesto hay que tener en cuenta la prescripción realizada por el art. 117 CE en cuanto a la atribución a los Juzgados y Tribunales de la potestad jurisdiccional, como poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en toda clase de juicios y la

4 Este fundamento lo recoge y desarrolla CASTÁN TOBEÑAS, J: *Función notarial y elaboración del Derecho*, Madrid, 1946. También resulta interesante su estudio "En torno a la función notarial", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1950, tomo II. Igualmente, SANTOS BRIZ, J: *Responsabilidad Civil*, Madrid 1989, p. 808.

5 TAMAYO CLARES, M: "Temas de Legislación Notarial", *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*. Separata n° 21, Febrero 1993, p.10.

6 Resulta interesante en este punto la obra de OTERO PEÓN, M: "En torno al Notario y a la función notarial", *Revista de Derecho Notarial*, n° 84-1974, pp. 120 y siguientes.

aproximación al concepto de jurisdicción voluntaria ha quedado plasmada incluso en el art. 3 del vigente RN cuando establece en su apartado 1º que “El Notariado, como órgano de jurisdicción voluntaria, no podrá actuar nunca sin previa rogación de sujeto interesado, excepto en casos especiales legalmente fijados”.

Las posiciones doctrinales proclives a la calificación de la función notarial como “jurisdicción”, mayoritarias en nuestra doctrina, se basan en criterios de tipo subjetivo, objetivo y legislativo.

Desde el punto de vista subjetivo el Notario aparece como único fedatario competente en el ejercicio de su especializada actividad, mientras que desde un criterio más objetivo, el Notario intervendrá ejerciendo sus funciones en “actos y contratos extrajudiciales”, tal y como dispone el art. 1 LN de 28 de Mayo de 1862.

Conforme al mencionado criterio legislativo, el sistema de fuentes del Derecho vincula al Notario en el ejercicio de su actividad, que, como se verá más adelante, cumple un importante papel de intérprete que podríamos completar denominándolo “intérprete-interventor de justicia y equidad”.

La consideración del concepto “justicia”, según los actuales defensores de la tesis que califica a la función notarial como parte de la jurisdicción voluntaria, se refiere a la función jurisdiccional, como función que lleva aparejada la facultad de aplicar leyes y administrar justicia en los negocios civiles, como una clase de jurisdicción prorrogada por conformidad de las partes para la declaración de lo justo.

Como cuestión previa, debemos señalar algunas características propias de la función notarial, para poder encajar de forma certera las modificaciones operadas, sobre todo, partiendo de la idea básica que aleja al Notario de la figura tradicional de un simple funcionario público, sobre todo porque las consecuencias de sus actos recaen sobre el mismo y su patrimonio.

Ciertamente, resulta difícil la elaboración de un concepto del Notario teniendo en cuenta conjuntamente los dos polos en torno a los que gira su actividad: el ámbito de acción próximo a la función delegada del Estado y el ámbito propio del profesional del Derecho. Sólo si se consideran esos dos aspectos se encontrará sentido a los principios de imparcialidad, de libre elección e independencia que caracterizan al Notariado español.

El ejercicio del Notariado comprende la labor de dar forma, constituir prueba y otorgar eficacia conforme a la Ley, presentando tres aspectos que no es posible escindir o separar: la función documentadora, la dación de fe y la interpretación y mediación.

Conforme a la función de dar fe, el Notario redacta el documento cuya autorización se solicita y otorga la fe pública dando así cumplimiento a lo establecido en el art. I apartado 3º LN. Y en el ámbito de la interpretación, baste recordar lo que establece el art. 147.1º RN en cuanto que el Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción.

Esta dualidad permanente de la función notarial resultará importante en el desarrollo de algunas de las atribuciones que la Ley 8/2021 ha reformado, superando la aparente contradicción existente entre los arts. I LN y I apartado 2º RN, prevaleciendo el sentido marcado por el segundo precepto en cuanto que los Notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el Notario ve, oye o percibe por sus sentidos.

b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Añade además el precepto que los Notarios, como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquéllos se proponen alcanzar.

La fundamental participación de los Notarios en el proceso de salvaguarda y garantía de la integridad de los derechos subjetivos personales y patrimoniales que corresponden a todas las personas debe estar orientada a nuestro juicio a garantizar el respeto de la voluntad de todo compareciente que otorgue un documento público con los contenidos antes descritos.

2. La certificación de identificación y/o conocimiento del otorgante del instrumento público.

Con ocasión de la identificación del otorgante, la Ley 8/2021 ha introducido una modificación afectante al concepto de capacidad jurídica y sus efectos, con ocasión de los medios subsidiarios previstos por las leyes.

El art. 23 LN dispone que los Notarios darán fe en las escrituras públicas y en aquellas actas que por su índole especial lo requieran, del conocimiento de

las partes o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos.

Dentro de los denominados “medios supletorios de identificación”, y en defecto del conocimiento personal del Notario, se ha incluido la afirmación de dos personas, mayores de edad, que conozcan al otorgante y sean conocidas del Notario, siendo aquellos responsables de la identificación.

La reforma ha afectado precisamente a la fijación de un criterio más objetivo respecto a las personas de conocimiento que cumplan tal función instrumental puesto que la norma preveía que se tratase de “dos personas con capacidad civil” que conozcan al otorgante y que sean conocidas del Notario, quedando modificado el criterio en el sentido de que se exige ahora que sean “dos personas mayores de edad”.

Ciertamente, cuando el precepto se refería a la capacidad civil como requisito concurrente en los testigos de conocimiento, conformaba un debate sin sentido que nos llevaba a discernir nuevamente entre la capacidad jurídica y la de obrar, considerando que en nuestro Derecho no existe un modelo único de capacidad puesto que se reglamenta una capacidad particular para contratar, para otorgar testamento o para ejercitar ciertas acciones.

La reforma operada por Ley 8/2021 ha incidido particularmente en la fijación de nuevos criterios para el ejercicio de los derechos y deberes de manera que se ha diseñado un sistema de apoyos que ha condicionado, positivamente, la anterior regulación de las llamadas instituciones de guarda.

El art. 322 CC dispone que el mayor de edad “es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”, razón por la que valoramos de forma muy favorable la modificación operada en el art. 23 a) de la Ley del Notariado, quedando desactivada la polémica de la interpretación del concepto capacidad civil, abstracto en sí mismo, y mucho más sus indeseadas derivaciones en el ámbito de las restricciones a la capacidad de obrar, que tras las reformas producidas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y 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 habrán de interpretarse siempre desde una evidente perspectiva de plenitud de actuación, sometidas a puntuales modificaciones y apoyos, bajo la tutela de los Tribunales.

Esta modificación es el resultado de la aplicación efectiva del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificado

por España con plena vigencia desde 2008, según el cual “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.”

La reforma del art. 23 LN es el resultado de un acto de pura lógica jurídica en cuanto que, visto el contenido imperativo de la Convención de 2006, lo importante es la condición de mayoría de edad y no tanto la existencia o no de un tipo o modalidad de capacidad, concepto condicionado jurídicamente en su naturaleza y eficacia por el de “salvaguardas” al que hace referencia constante la Convención de 2006 y “apoyos” al que se refiere la Ley 8/2021.

La constatación de la mayoría de edad, será realizada por el Notario actuante mediante la exhibición del Documento Nacional de Identidad de la persona⁷, comprobando que el otorgante tiene cumplidos los dieciocho años de acuerdo con lo dispuesto por el artículo nuevamente numerado como 240 (anterior art. 315) CC en relación con el art. 23 de la Ley 36/2006 de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal, así como los demás requisitos señalados por el mencionado art. 23 apartado c), y en particular, responderá el fedatario de la concordancia de los datos personales, fotografía y firma estampados en el documento de identidad exhibido, con las del compareciente.

La reforma operada supera en consecuencia y a los efectos notariales, la tradicional distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, lanzando de forma directa y precisa la plena aptitud a la mayoría de edad, sin perjuicio de la eventual concurrencia de cualquier circunstancia generadora de la discapacidad en la persona, lo que activará el protocolo general de apoyos potenciando de forma muy acertada la voluntad de la persona, hasta el nivel máximo de eficacia que pueda alcanzar en cada caso concreto.

Esta tarea será trascendental por cuanto corresponderá al Notario deslindar las facultades de ejercicio y renuncia de derechos y especialmente, la previa valoración jurídica de los apoyos que se hubieran diseñado de forma voluntaria en escrituras otorgadas al efecto con anterioridad, considerando que, si el sistema de apoyos se hubiera configurado en un procedimiento judicial de fijación, nunca podrá el interesado proceder a su modificación total o parcial.

7 Conforme a lo dispuesto por el artículo 2 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, todos los españoles tienen derecho a que se les expida el Documento Nacional de Identidad, siendo obligatoria su obtención por los mayores de catorce años residentes en España y para los de igual edad que, residiendo en el extranjero, se trasladen a España por tiempo no inferior a seis meses. No obstante, podrá obtenerse antes, desde la inscripción del menor en el Registro Civil. El artículo 11 dispone que en el documento se hará constar expresamente la fecha de nacimiento de la persona, lo que supone la constatación de la mayoría de edad de la persona, o de haber alcanzado los catorce años como edad que tiene asignados efectos jurídicos especiales conforme a la legislación española.

Se han modificado preceptos importantes de la legislación notarial española, pero a la Ley 8/2021 le ha quedado pendiente un reto indispensable: la reforma y coordinación de un gran número de preceptos del Reglamento Notarial, tales como los fundamentales arts. 193 y el 156 puesto que sin la reforma de su contenido parecen volver a vislumbrarse los mismos horizontes difusos que la reforma ha querido borrar en beneficio de una visión integral y moderna de la capacidad de todas las personas.

En concreto, entendemos que será esencial una adaptación del contenido del art. 193 RN en sus párrafos tercero y cuarto:

En primer lugar, cuando se dispone que los Notarios darán fe de que tras la lectura los comparecientes “han quedado debidamente informados los otorgantes del contenido del instrumento y que han prestado su libre consentimiento”.

En segundo lugar, cuando alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leer la escritura por sí mismo, y si no pudiese o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el Notario y que suscribirá, asimismo, el documento. Si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el Notario.

Como puede deducirse del contenido normativo, resultará esencial que se considere incluido por lógica normativa conectada con los arts. 23 y 25 LN, que sí han sido reformados, el mismo deber que incumbe al Notario intervinientes en cuanto a comunicar al Ministerio Fiscal la ausencia de apoyos suficientes para poder realizar el otorgamiento de que se trate, atendidas las circunstancias y situación particular del otorgante.

Igualmente ocurre con el art. 156 en su apartado 8, puesto que el deber que incumbe al Notario de afirmar de que los otorgantes “tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera, en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación” debe incluir un deber conectado con los arts. 23 y 25 en cuanto a la misma obligación legal de comunicar al Ministerio Fiscal la ausencia de apoyos suficientes para poder realizar el otorgamiento de que se trate, atendidas las circunstancias y situación particular del otorgante.

Solo de esta forma se conseguirá que los Notarios ejerzan su especial función fedataria y de asesoramiento legal de una forma congruente y eficaz en el nuevo marco que se ha diseñado para el ejercicio de la capacidad de todas las personas.

La evaluación notarial de la capacidad del otorgante, cuando sea persona con discapacidad alcanza una especial significación cuando se trate de previsiones

futuras para el caso de encontrarse en situación de necesidad de apoyos o de una curatela representativa bajo la forma de la autodeterminación prevista por los arts. 271 y siguientes CC⁸.

Tras la reforma por Ley 8/2021, cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, 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.

Y 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.

En este sentido, la motivación de la actuación notarial y de la eventual solicitud de apoyos a la persona otorgante será una pieza esencial e insustituible en el sistema de reconocimiento de la capacidad de las personas⁹.

3. La incorporación de apoyos, instrumentos y ajustes razonables para la redacción y conformación del contenido de los documentos públicos.

El art. 25 LN incorpora tras la reforma por Ley 8/2021 un apartado *ex novo* con la finalidad de incluir de forma expresa un derecho subjetivo ejercitable por las personas con discapacidad con ocasión de su comparecencia ante Notario.

La intención del legislador es disponer los medios necesarios para asegurar los apoyos, instrumentos y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyos a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso para que el resultado de la comparecencia y, en su caso, otorgamiento de instrumentos públicos reúna las condiciones de garantía en la protección integral de los derechos de las personas con discapacidad.

8 Resulta de mucho interés el comentario de PARRA LUCAN, M. A.: "Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (dir. por M. GARCÍA RIPOLL y A. LECIÑENA IBARRA), Aranzadi, Cizur Menor 2014, pp. 192 y 193. Igualmente, resulta de interés el comentario de MARTÍNEZ PIÑERO-CARAMÉS, M.: "La autotutela en el Derecho Civil común", *El Notario del Siglo XXI*, nº 8, julio-agosto 2006, p. 16.

9 Vid. PEREÑA VICENTE, M.: "La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021", en AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 132 y 133.

Con la reforma se cumple de forma clara con el objetivo normativo descrito por el art. 12 apartado 4 de la Convención en cuanto que han de quedar aseguradas todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica proporcionando las “salvaguardias adecuadas y efectivas” para impedir los abusos que pudieran afectar a las personas con discapacidad.

Al garantizarse el uso y disposición funcional de elementos materiales y de instrumentos lingüísticos y de comunicación, se conforman en realidad medidas de garantía para un pleno ejercicio de la capacidad de la persona y en consecuencia de la plenitud de sus derechos ejercitable, siempre en proporción al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Tal y como la Convención ha dispuesto, la intervención notarial deberá garantizar al tiempo de la manifestación del consentimiento la ausencia de cualquier conflicto de intereses o influencia indebida, lo cual exigirá el despliegue de las necesarias cautelas notariales al tiempo de analizar la comparecencia de cualquier cargo de representación de una persona con discapacidad

A nuestro juicio, el Notario debe cumplir con los deberes descritos por el art. 147 RN en cuanto que redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción, y muy especialmente respecto al deber de prestación de asistencia especial al otorgante necesitado de ella.

El precepto que comentamos tiene como referencia inmediata la plasmación de la accesibilidad universal como principio rector de la actuación de todas las personas en el ejercicio de sus derechos, y conforme a lo que el nuevo contenido normativo dispone, se refiere no sólo a la accesibilidad en la prestación de consentimientos, comprensión de documentos y valoración del contenido y alcance de los actos con relevancia jurídica, sino también a la accesibilidad externa, esto es a la remoción de todos aquéllos obstáculos que puedan suponer una limitación o restricción de acceso a las oficina notariales por parte de todas las personas.

En su momento, la ya derogada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades¹⁰, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad definió en su art. 8 apartado 1 las medidas de acción positiva que habrían de ser desarrolladas en cada caso para lograr los objetivos generales previstos por la Ley, considerando que serían medidas de acción positiva “aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o

¹⁰ Derogada por disposición derogatoria única del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”.

Es muy importante recordar las expresiones clave que el legislador utilizó en 2003: “apoyos de carácter específico” con lo que aparece en nuestra normativa vigente el concepto “apoyos”, que dieciocho años después sería la estructura de toda una reforma en materia de Derecho de la Persona y Derecho de Familia.

La ampliación de contenido del art. 25 LN supone la plena plasmación legal de los principios que fueron esbozados en 2003 y especialmente dos de ellos:

a) El principio de “accesibilidad universal”, que se definía por el art. 2 apartado 2 c como la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos o instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible.

b) El principio de actuación, como estrategia general, del “diseño para todos” como actividad por la que se concibe o proyecta, desde el origen, y siempre que ello sea posible, entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, dispositivos o herramientas, de tal forma que puedan ser utilizados por todas las personas, en la mayor extensión posible.

La nueva garantía legal será una vía de ejecución de otros dos principios de actuación del Estado: la promoción de la vida independiente para todas las personas, entendida como la situación en la que la persona con discapacidad ejerce el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y el de la normalización, en virtud del cual las personas con discapacidad deben poder llevar una vida absolutamente igual a la de cualquier otra persona, accediendo a los mismos lugares, ámbitos, bienes y servicios que están a disposición de todos con igualdad de derechos y deberes.

La reforma del Código Civil se ha de interpretar a la luz de lo dispuesto por su art. 249 apartado 1º cuando declara que las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica “tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad” disponiendo el art. 250 apartado 2 del mismo Código que la función de las medidas de apoyo “consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.”

Por último, debemos poner de manifiesto que las medidas de apoyo podrán ser voluntarias o judiciales, entendiendo incluidas en las primeras todas las que la persona haya diseñado y haya hecho constar en documento público con la intención de que sean aplicables en el momento en que se hiciere precisa su activación, y conforme al art. 250 apartado 3, se designará quién debe prestarle apoyo y con qué alcance, sin perjuicio de que cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

Las medidas no voluntarias, englobarán a la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial, adquiriendo el Ministerio Fiscal un relevante papel en su constitución y seguimiento¹¹.

II. MODIFICACIÓN RELATIVA A LA IMPOSIBILIDAD DE TRAMITACIÓN DE EXPEDIENTE NOTARIAL DE RECLAMACIÓN DE CRÉDITOS Y LA DISPONIBILIDAD EN CONCILIACIÓN ANTE NOTARIO DE CUESTIONES EN LAS QUE ESTÉ INTERESADA UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

Tras la reforma operada por Ley 8/2021, el art. 70 apartado 1 LN modifica el contenido y alcance del expediente notarial de reclamación de créditos, que tradicionalmente ha venido exigiendo que el acreedor que pretenda el pago de una deuda dineraria de naturaleza civil o mercantil, cualquiera que sea su cuantía y origen, podrá requerir al Notario que tenga residencia en el domicilio que el deudor haya reflejado en el título.

Permite la legislación notarial que el Notario competente sea también el que tuviere destino en el lugar de residencia habitual del deudor, o de forma mucho más difusa a nuestro juicio, en el lugar donde el deudor "pudiere ser hallado", referencia que sin duda exigirá acreditación y certezas difíciles de consolidar a estos efectos.

El Notario exigirá que la deuda esté acreditada de forma indubitada en modo documental y que sea líquida, determinada, vencida y exigible y desglosará en su cuantificación económica el principal y los intereses, tanto los remuneratorios como los de demora que se hubieren aplicado.

Este expediente de reclamación cuenta con cuatro excepciones ante las que no cabe su tramitación por expresa prohibición del legislador: las deudas que

11 Resulta muy interesante en este sentido la obra de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. : "Las medidas voluntarias de apoyo", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS, Á. BUENO BIOT; dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Valencia, 2022, pp. 107-140.

se funden en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, las deudas derivadas de cuotas impagadas en las Comunidades constituidas como Propiedad Horizontal, las deudas en las que esté concernida una Administración Pública y, por último, las deudas de alimentos en las que estén interesados menores de edad o recaigan sobre materias indisponibles u operaciones sujetas a autorización judicial.

La modificación operada en el precepto ha eliminado la referencia a las deudas de alimentos en las que estuvieren interesadas personas con la capacidad modificada judicialmente, según la terminología incorporada por la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, considerando que las aptitudes y capacidades específicas de una persona con discapacidad no pueden ser reducidas, moldeadas ni mucho menos desactivadas ya que eso supondría un ataque frontal al reconocimiento que ab initio atribuye el legislador a todas las personas, sin perjuicio de las eventuales ayudas o “apoyos” que fuese necesario ordenar mediante el procedimiento de provisión correspondiente.

I. El derecho de alimentos como crédito no esencialmente dinerario, que incluye la vivienda.

Para concretar una auténtica garantía de los derechos de las personas con discapacidad es indispensable la fijación legal de una valoración patrimonial aplicable a la vivienda como elemento integrado en el derecho de alimentos, que ha sido pensado tradicionalmente como un simple crédito dinerario.

Como resulta perfectamente conocido, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 142 apartado 1º CC se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, lo cual incluye la vivienda. Y si lo que se reclama es el pack “alimentos” y en el mismo va incluida la vivienda, no se ha diseñado por la reforma legislativa operada un sistema de fijación alternativo para su cuantificación, siendo indivisible en el crédito de alimentos general la percepción-disfrute de una viviendas digna y adecuada.

Como consecuencia de la reforma operada, las reclamaciones de alimentos en las que esté interesada una persona con discapacidad nunca quedarían excluidas del expediente notarial de reclamación de créditos, esté o no la persona declarada beneficiaria de un sistema de apoyos específicos en procedimiento de provisión, quedando en exacta igualdad de condiciones a cualquier otro sujeto de derechos, salvo en los casos exceptuados en el apartado I antes referidos.

En la práctica, las personas con discapacidad interesadas en la reclamación de deudas alimenticias terminarán encauzando sus reclamaciones en la vía judicial ya que el sistema diseñado para la actuación notarial adolece de serios defectos que

el legislador no esbozó con ocasión del nuevo diseño de la jurisdicción voluntaria en 2015, pues en el art. 71 apartado 1 de la LN se prevé el exitoso escenario de que el deudor pague íntegramente la deuda, con lo que la actuación notarial habrá llegado a su fin.

Sin embargo, en el apartado 2 de dicho art. 71 se recoge la posibilidad de que el deudor comparezca ante el Notario para formular oposición, supuesto que exige que se recojan en el Acta los motivos en que se fundamente ésta, haciéndolo constar por diligencia y una vez comunicada tal circunstancia al acreedor, se pondrá fin a la actuación notarial, quedando a salvo los derechos de aquel para la reclamación de la deuda en la vía judicial.

Esto implica la constatación de que el procedimiento diseñado es realmente débil e ineficaz al permitir que el mismo deudor desactive la eficacia del sistema de reclamación, abriendo la vía judicial, que era sencillamente la vía natural y de mayores garantías, más si cabe cuando estemos ante una reclamación de alimentos efectuada por una persona con discapacidad sometida a un régimen de apoyos, donde no debería existir nunca una demora y prolongación de trámites, notificaciones y excepciones como la que sabemos que puede provocar en la práctica el expediente notarial si el deudor hace constar su oposición, basada simplemente en una negativa de la existencia del crédito.

En conclusión, creemos que la eliminación de la referencia a las personas con su capacidad modificada ha sido muy eficaz y positiva, no tanto por la razón de congruencia argumental con los términos generales de la reforma legislativa, sino por quedar más patente que la incoación de un expediente judicial produce un importante incremento de garantías en la protección del derecho-deber de alimentos, no siendo recomendable el uso del expediente notarial diseñado por las razones ya expuestas.

Sería aconsejable de “*lege ferenda*” diseñar un procedimiento más eficaz en el que el deudor no pudiera actuar unilateralmente para bloquearlo, sobre todo pensando en las necesidades económicas que puede tener una persona con discapacidad que precise la prestación de alimentos conforme a sus necesidades, estables o de nueva generación, dando un nuevo sentido a la actuación notarial como complementaria de la función judicial y en consecuencia consolidando por principios de igualdad y seguridad jurídica.

En cualquier caso, el derecho a obtener la asignación de una vivienda digna se encuentra incluido también en el concepto amplio de alimentos que nuestro Código Civil configura. La atribución del uso de un inmueble en concepto de vivienda supone su asignación a una de las posibles utilidades que aquél puede

satisfacer, pero en ningún caso modifica o altera la regulación correspondiente a la titularidad que en cada caso ostente sobre el mismo¹².

El concepto de alimentos implica una necesidad física y material a la vez, y sin duda alguna se extiende a la prestación de habitación, debiendo entenderse incluidos el disfrute material de un inmueble o parte del mismo y el conjunto de mobiliario y enseres que en el mismo se encuentre¹³, criterio también ratificado por la STS 16 septiembre 2022¹⁴ y la STS 7 junio 2021¹⁵.

Este es el verdadero sentido del art. 142 apartado 1º CC en cuanto que se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, incluyendo en consecuencia la dotación de habitación en concepto de vivienda al alimentista, conformando este derecho el concepto de alimentos en sentido amplio¹⁶.

2. El nuevo tratamiento de la intervención de personas con discapacidad en el trámite de conciliación notarial.

En cuanto a la reforma del art. 81 apartado 2, a) LN, la modificación ha consistido en la eliminación de la referencia a la indisponibilidad en trámite de conciliación notarial de las cuestiones en las que se encuentren interesados las personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes, en trámite seguido conforme al diseño procedimental de la reforma operada por la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria.

Por las razones que hemos expuesto en los apartados anteriores, la reforma es perfectamente congruente con el nuevo diseño jurídico de la capacidad de las personas de forma que la indisponibilidad que la Ley consignaba ha quedado ya absolutamente fuera de toda lógica normativa.

El precepto conserva la indisponibilidad para la conciliación ante Notario de todas las cuestiones en las que se encuentren interesados los menores, si bien el precepto debió haber completado la expresión con la referencia a los menores de edad, con el objeto de no dejar una referencia asistemática conceptualmente considerada la minoría de edad conforme al art. 315 CC.

12 ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español*, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1992, p. 73. En idéntico sentido, RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: "Notas sobre la vivienda habitual de la familia", *Dictámenes y notas-RCDI*, nº 553-1982, pp. 1609 y ss.

13 COBACHO GÓMEZ, J. A.: *La deuda alimenticia*, Montecorvo, Madrid 1990, pp. 37 y 38.

14 RJ CENDOJ 3397, 2022.

15 RJ CENDOJ 2329, 2021.

16 JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: "La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, nº 2, 2006, p. 769.

El art. 81 recoge como posible contenido de la conciliación notarial “cualquier controversia contractual, mercantil, sucesoria o familiar siempre que no recaiga sobre materia indisponible”, quedando expresamente fuera de estos expedientes las cuestiones previstas de forma especial por la Ley Concursal.

No existe ninguna norma particular que diseñe el inicio del procedimiento, que entendemos podría incoarse mediante un acta notarial de requerimiento a los efectos de que constase fehacientemente la voluntad de someter a conciliación la cuestión concreta notificada, sin perjuicio de su incoación directa mediante escritura por las partes.

En este sentido, la Resolución de 18 de octubre de 2017 de la Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁷ parece haber aclarado que el resultado de la conciliación es en sí mismo el contenido de un negocio jurídico, que es el que propiamente debe hacerse constar en escritura pública con los efectos y garantías que prevén los arts. 82 y 83 LN, bastando el acta notarial para reflejar las vicisitudes específicas de su tramitación.

La cuestión que consideramos relevante es que, al tratarse de una cuestión negocial, el expediente de conciliación ante Notario participa, por tanto, de una naturaleza evidente naturaleza contractual y en consecuencia, la transacción que se efectúe debe estar sometida a las reglas generales de los contratos en todos sus aspectos relativos a capacidad, objeto y forma, especialmente si recayese sobre la titularidad de un bien inmueble, en orden a su posterior constancia registral.

La obtención de un acuerdo extrajudicial que concilie los intereses de las partes supone que de forma directa entraríamos en el ámbito contractual de la transacción, definida por el Código Civil como “el contrato por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen iniciado” por lo que resulta esencial el consentimiento prestado por los interesados.

De esta forma, habríamos de seguir las reglas que ahora se diseñan por la Ley 8/2021 como generales en cuanto a la eficacia de los apoyos que en su caso se hubieren diseñado en favor de la persona con discapacidad, o a la intervención del curador que estuviere nombrado.

Sin embargo, el legislador ha obviado en este expediente el deber que incumbe al Notario de valorar en el caso concreto la necesidad de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la ausencia de apoyos suficientes en una persona con discapacidad, para que se produzca la inmediata designación de un defensor

¹⁷ BOE n° 274, de 11 de noviembre de 2017.

judicial, y sostenemos que el deber existe y recae sobre el fedatario público, con independencia de su no inclusión expresa en el precepto.

El deber de comunicación al Ministerio Fiscal de la ausencia de apoyos suficientes en una persona con discapacidad es perfectamente compatible y, sobre todo, congruente con las normas modificadas, la configuración de este deber notarial, sin perjuicio de que por el nuevo contenido con el que se dota al art. 81 LN, queda sometida cualquier conciliación notarial a las reglas generales de la capacidad.

Tal deber de comunicación, existe igualmente en el caso de la mediación notarial a la que no se refiere la Ley del Notariado de forma específica, pero que, si está reconocida de forma expresa en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

El art. 25 en sus apartados 1 y 4 disponen, respectivamente, la elevación a escritura pública del acuerdo alcanzado en la mediación y la solicitud al tribunal de la homologación de dicho acuerdo conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los casos de acuerdos en mediación desarrollada después de la incoación de un proceso judicial, actuaciones para las que será indispensable que el Notario efectúe el análisis de capacidad y comunique, en su caso, al Ministerio Fiscal la necesidad de diseñar apoyos específicos, tanto en la fase inicial de la mediación como en la de protocolización del acuerdo alcanzado.

Todo ello, sin olvidar que el gran y principal problema actual para emitir el juicio de capacidad notarial es la ausencia de criterios o reglas objetivadas, más allá de la constatación simple y directa de la necesidad de que a la persona con discapacidad compareciente se le deban fijar unos determinados apoyos.

En este punto, el Notario actúa prácticamente a ciegas por no tener acceso directo al Registro Civil para constatar la posible autodeterminación de personas de apoyo que hubiere ordenado el compareciente, tal y como sí puede comprobar en lo correspondiente a la existencia o inexistencia de cargas y gravámenes sobre un inmueble objeto de transmisión de dominio.

Además, el fedatario autorizante se ve inserto en una situación jurídica compleja cuando deba proceder a la suspensión de un otorgamiento por apreciar las anteriores cuestiones relativas a la capacidad de la persona y a la eventual necesidad de fijación de apoyos, situación que se encuadrará en el complejo esquema de la responsabilidad profesional derivada del art. 1902 CC sin que haya previsto el legislador elemento alguno de equilibrio o compensación.

BIBLIOGRAFIA

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Las medidas voluntarias de apoyo", en AA.VV.: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (coord. por P. CHAPARRO MATAMOROS, Á. BUENO BIOT; dir. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 107-140.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Función notarial y elaboración del Derecho*, Madrid, 1946.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: "En torno a la función notarial," *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Madrid, 1950, tomo II.

CASTRO GIRONA, A.: "Proyecto de ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", *El Notario del Siglo XXI*, n° 97 mayo-junio 2021.

CUENCA GÓMEZ, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n° 10, diciembre 2012.

COBACHO GÓMEZ, J. A.: *La deuda alimenticia*, Montecorvo, Madrid 1990, pp. 37 y 38.

ESPIAU ESPIAU, S.: *La vivienda familiar en el Ordenamiento Jurídico Civil Español*, Promociones y Publicaciones Universitarias S.A., Barcelona, 1992.

GUTIÉRREZ JEREZ, L.J.: "Función notarial y responsabilidad civil", *Actualidad Civil*, n° 4-1995.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: "La regulación española de la obligación legal de alimentos entre parientes", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, n° 2, 2006.

MARTÍNEZ PIÑERO-CARAMÉS, M.: "La autotutela en el Derecho Civil común", *El Notario del Siglo XXI*, n° 8, julio-agosto 2006.

OTERO PEÓN, M.: "En torno al Notario y a la función notarial", *Revista de Derecho Notarial*, n° 84-197

PARRA LUCAN, M. A.: "Autonomía de la voluntad y protección de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (dir. por M. GARCÍA RIPOLL y A. LECIÑENA IBARRA) Aranzadi, Cizur Menor 2014, pp. 183 a 232.

PEREÑA VICENTE, M: "La curatela: los nuevos estándares de intervención, nombramiento, remoción y actuación tras la Ley 8/2021"; en AA.VV.: *El nuevo sistema de apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Aranzadi, Cizur Menor 2022, pp. 132 y 133.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: "Notas sobre la vivienda habitual de la familia", Dictámenes y notas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 553, año 1982.

SANTOS BRIZ, J: *Responsabilidad Civil*, Madrid 1989.

TAMAYO CLARES, M: "Temas de Legislación Notarial", *Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada*, Separata nº 21, Febrero 1993.