

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**20146** *Resolución de 26 de julio de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Elche n.º 3 a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Antonio Botía Valverde, notario de Callosa de Segura, contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Elche número 3, doña Catalina Javiera Ruiz-Rico Ramos, a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 9 de febrero de 2023 por el notario de Callosa de Segura don Antonio Botía Valverde, con el núm. 433 de su protocolo, se formalizó la aceptación y adjudicación de herencia por fallecimiento de don A. J. G. A. En dicha escritura, se adjudicaron los bienes descritos por terceras e iguales partes indivisas entre los tres herederos testamentarios (instituidos en esa misma proporción), compareciendo en dicha escritura personalmente los tres, doña A., doña M. L. y don J. M. G. A. En dicha escritura constaba lo siguiente:

«Don J. M. G. A., titular del D.N.I.–N.I.F. número (...) aquí compareciente fue fue [sic] incapacitado por sentencia número 43 del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Elche de fecha cinco de marzo de dos mil diez según se refleja de copia de dicha sentencia que tengo a la vista nombrándose como tutor, a su hermana doña M. L. G. A. según Sentencia dictada por el Juez don Ángel Garrote Pérez Magistrado en el Juzgado de Primera Instancia e instrucción Numero Dos de Elche según se refleja de fotocopia de resolución de dicho nombramiento y de aceptación del cargo por parte de la señora M. L. G. A., lo que acreditarán donde sea necesario.

Juicio especial de capacidad de don J. M. G. A. a los efectos de la Ley 8/2021.

Yo, el notario, juzgo a estos efectos con capacidad legal suficiente para la presente escritura al citado señor don J. M. G. A. comprobando cuál es su voluntad, deseos y preferencias, y estimando que tiene la capacidad suficiente para la presente escritura, con el apoyo institucional que da el presente notario y con el apoyo asistencial de doña M. L. G. A. que conmigo complementa y apoya la decisión del señor don J. M. G. A.

Yo, el notario juzgo que con la legislación hoy vigente dicho señor no está incapacitado y puede ejercer por sí sus derechos con los apoyos antes citados al suprimirse cualquier vestigio de incapacitación por la disposición transitoria la de la ley 8/2021. A pesar de que lo que dispone la disposición transitoria segunda de dicha ley que convierte al tutor en curador representativo yo, el notario, considero que eso es “cuando ello sea preciso” como se deduce de la redacción del artículo 1301 del Código Civil, de la interpretación teleológica de la Ley conforme a su finalidad y a la convención de New York de 2006 y a lo preceptuado en el artículo 269 del Código Civil que ordena establecer una curatela representativa “solo en los casos excepcionales de los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad” por lo que yo el notario entiendo que doña M. L. G. A., hoy curadora representativa, conforme a la disposición transitoria 2.ª de la ley 8/2021 solo ejercerá funciones representativas en los supuestos necesarios que es cuando sea preciso por no poder formar su voluntad del discapacitado y por tanto aquí actúa como curadora con facultades asistenciales

debiendo interpretarse dicha transitoria en el sentido de que sus facultades representativas lo son “cuando sea preciso” lo que no sucede en el presente caso.

Por todo ello y a modo de resumen realizando una interpretación gramatical, lógica, sistemática y teleológica de la reforma operada por la ley 8/2021 yo el notario considero que don J. M. G. A. tiene capacidad suficiente actuando con el doble apoyo institucional del notario y asistencial de la curadora representativa que actúa solo con dicho carácter asistencial.

En todo caso se hace constar que no existe conflicto de intereses con la curadora representativa por la forma de realizarse la partición».

## II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Elche número 3, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Hechos.

Previa calificación del documento presentado, y una vez examinados los antecedentes del Registro, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18 y 19 bis LH, he resuelto suspender la operación registral solicitada con arreglo a los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho.

Hechos

Primero: Con fecha seis de abril del año dos mil veintitrés y bajo el asiento número 1952 del diario 54, fue presentada, a las 11:00:00, escritura otorgada el 09/02/2023 ante el Notario Don/Doña Antonio Botía Valverde, protocolo 433/2023, por la que, al fallecimiento de A. J. G. A. se adjudica a A., M. L. y J. M. G. A., por iguales terceras partes, los derechos que ostentaba el causante sobre la finca número 3/17009.

De la documentación recibida resulta ser presentante del documento G. A., M. L.

Segundo: Resulta necesario acompañar certificado del Registro Civil del que resulte la inscripción de los autos de incapacitación de don J. M. G. A.

Tercero: Resulta necesaria la aprobación judicial firme de conformidad con artículo 1060 CC, relativa a la partición hereditaria.

A la vista de lo dispuesto en el citado precepto para los supuestos de partición hereditaria con defensor judicial, teniendo en cuenta las cautelas establecidas en el código civil respecto a forma de aceptación de la herencia en determinados supuestos, y de la doctrina de la DGRN resulta necesaria dicha aprobación judicial.

Fundamentos de Derecho

Art. 18 LH: “Los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro”.

En cuanto a los Hechos Segundo:

Artículo 198 de CC.: “En el Registro Civil se harán constar las declaraciones de desaparición, ausencia legal y de fallecimiento, así como las representaciones legítimas y dativas acordadas, y su extinción.”

Art 2.4 LH: “En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:... Cuarto. Las resoluciones judiciales en que se declaren la ausencia o el fallecimiento o afecten a la libre disposición de bienes de una persona, y las resoluciones a las que se refiere el párrafo segundo del artículo 755 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las inscripciones de resoluciones judiciales sobre medidas de apoyo realizadas en virtud de

este apartado se practicarán exclusivamente en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles.”

Art. 283 Reglamento del Registro Civil: “Son objeto de inscripción los cargos tutelares o de la curatela, sus modificaciones y las medidas judiciales sobre guarda o administración, o sobre vigilancia o control de aquellos cargos.”

Art 222.3 LEC: “En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil”.

RDGRN 28 octubre 2014: La previa inscripción en el Registro Civil de la declaración judicial de incapacidad y del nombramiento del tutor es imprescindible para lograr la inscripción en el Registro de la Propiedad, precisando que “la doctrina posterior de este Centro Directivo en relación con el tema de la prueba del estado civil de las personas que otorguen actos o contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que parte, como se verá, del criterio general de la necesidad de que las distintas circunstancias y hechos relativos al estado civil de las personas, cuando afectan a la titularidad de los derechos inscritos o a la legitimación de los otorgantes, por afectar a la validez del acto o contrato en que intervienen, deben ser acreditados mediante certificación de su inscripción en el Registro Civil.

Este criterio general aparece reforzado, además, en casos como el presente relativo a un incapacitado que comparece junto con su tutor a los efectos de complementar su capacidad, en que dicha inscripción en el Registro Civil no sólo tiene efectos probatorios y de legitimación (*cf.* art. 2 de la Ley del Registro Civil), sino también de oponibilidad frente a terceros. En efecto, el artículo 218 del Código Civil, tras establecer en su párrafo primero que ‘las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil’, añade en su párrafo segundo que ‘dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones’, precepto que, por lo demás, concuerda con el artículo 222.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que supedita la eficacia ‘ultra partes’ de la cosa juzgada de la sentencia recaída a la previa inscripción en el Registro Civil, al disponer que ‘en las sentencias sobre estado civil... la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil’ (*vid.* en el mismo sentido el apartado 2 del artículo 19 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, pendiente de entrada en vigor, conforme al cual ‘en los casos legalmente previstos, los hechos y actos inscribibles conforme a las prescripciones de esta Ley serán oponibles a terceros desde que accedan al Registro Civil’). Pues bien, en tales casos no se trata sólo de ‘probar’ la incapacitación y el nombramiento de tutor, sino que en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil no son oponibles frente a terceros, por lo que no deberá accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre del incapacitado por el tutor sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la incapacitación derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad del Registro de la Propiedad en caso de que se inscriba la venta otorgada por el tutor en representación del incapacitado (o por éste con capacidad complementada por aquél) si el nombramiento del tutor –por el motivo que sea– no llegara a inscribirse en el Registro Civil, en los términos que luego se verán...

Como afirmaron las citadas Resoluciones, esta posición no puede ser asumida coherentemente sin al tiempo procurar una correcta coordinación entre este Registro y el Registro Civil, con objeto de evitar que aquella prevalencia se convierta en un grave quebranto a la eficacia legitimadora propia del Registro Civil. Esta idea de coordinación (*vid.* ad ex. artículos 266-4.º del Reglamento del Registro Civil y 92 del Reglamento del Registro Mercantil respecto del régimen económico matrimonial) debe conducir a una interpretación no sólo literal, sino sistemática y lógica, de acuerdo con su espíritu y finalidad, del artículo 2 de la Ley del Registro Civil, exigiendo la prueba de la previa inscripción en el Registro Civil de la sentencia de incapacitación y del nombramiento de

tutor a través de la correspondiente certificación al tratarse de materia que, por afectar a la legitimación de los comparecientes, tiene una relevancia evidente en la validez de la compraventa que se pretende inscribir en el Registro de la Propiedad.”.

En cuanto a los Hechos Tercero:

Art 1060 CC. “Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

RDGRN 14 julio de 2005. “El artículo 1060 del Código Civil establece en su párrafo segundo que el defensor judicial designado para representar al menor o incapacitado en una partición deberá obtener la aprobación del juez si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento. Al no acreditarse que exista disposición de este tipo en el nombramiento, es obvio que ha de obtenerse y acreditarse dicha aprobación judicial”.

Art. 289 del CC: “No necesitarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial. Si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.”.

Resolución/Decisión

Se suspende el asiento solicitado por los hechos y fundamentos de derecho expresados.

Notificación: Autoridad e interesado

Se procederá a la notificación formal de la aludida calificación, con indicación de los recursos y de la posibilidad de solicitar la aplicación del cuadro de sustituciones pertinentes, por los medios admitidos, al Notario autorizante y a la parte interesada.

La presente nota de calificación supone la prórroga del asiento de presentación en los términos previstos en el artículo 323 de la Ley Hipotecaria.

Anotación preventiva por defectos subsanables (art. 323 *in fine* Ley Hipotecaria).

No se ha practicado la anotación que establece el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria por no haber sido solicitada.

Contra la presente calificación negativa podrá (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Catalina Javiera Ruiz-Rico Ramos registrador/a de Registro Propiedad de Elche (Elx) 3 a día veinticinco de abril del dos mil veintitrés».

III

Contra la anterior nota de calificación, don Antonio Botía Valverde, notario de Callosa de Segura, interpuso recurso el día 22 de mayo de 2023, únicamente en cuanto al defecto segundo, mediante escrito en el que alegaba los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. Defectos a recurrir y puntualizaciones.

Se hace constar por el presente notario que sólo va a ser objeto de recurso el segundo de los defectos señalado por la señora registradora y no el primero en tanto que el presente fedatario, aunque consideró que don J. M. G. A. tenía capacidad suficiente para firmar por sí sólo la escritura objeto de la presente, estando presente también la en

su día nombrada tutora optó por actuar en este caso también como apoyo institucional a dicho señor y además contar con el apoyo asistencial de la en su día nombrada tutora que actuó en funciones de curadora asistencial.

Es por eso que siendo conocedor el recurrente de la doctrina de la doctrina de este Centro Directivo sobre la necesidad de justificar la previa inscripción de los cargos tutelares en el registro civil para la posterior inscripción del acto otorgado en el registro de la propiedad por aplicación del principio de oponibilidad, y habiendo intervenido doña M. L. G. A. como curadora con funciones asistenciales, no se plantea recurso contra el primero de los defectos señalados en la nota de calificación.

Segundo: necesidad de aprobación judicial.

Antes de entrar a estudiar dicho defecto creo conveniente matizar la calificación registral en tanto que habla de defensor judicial en todo momento cuando no existe tal sino la actuación de una señora en su día nombrada tutora (hoy curadora).

Es por eso que considero incorrecta la fundamentación cuando se refiere al párrafo primero del artículo 1060 del Código Civil que habla del tutor (figura hoy reservada a los menores de edad) y de defensor judicial (referido a los menores, supongo), siendo realmente aplicable el párrafo 2.º de dicho precepto, que no cita la señora registradora, que señala que “Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial”.

Por tanto, el presente notario entiende que lo que la señora registradora de la propiedad ha querido decir en su nota es que al intervenir hoy la curadora que tiene funciones representativas se precisa aprobación judicial por aplicación del párrafo 2.º (que no el 1.º) del artículo 1060 del Código Civil y del artículo 289 del mismo texto legal, éste sí, válidamente invocado en la nota de calificación.

En todo caso no se trata de ningún defensor judicial, a pesar de lo que señale la nota, sino de una tutora nombrada antes de la reforma por la Ley 8/2021 y bajo esa premisa formulamos el presente recurso contra la calificación registral.

Ciertamente don J. M. G. A. fue en su día incapacitado y su hermana M. L. G. A. fue nombrada tutora.

La reforma de nuestra legislación por la Ley 8/2021 ha afectado de manera radical y copernicana a la contemplación legal de las situaciones de discapacidad en tanto que ha supuesto abandonar el viejo modelo de diferenciar entre capacidad jurídica, que todas las personas tienen, y capacidad de obrar, suprimiendo dicha diferenciación, y por ende los procesos judiciales de incapacitación, estableciendo un sistema de “apoyos” en lugar de un sistema de “sustitución” de la voluntad de las personas con capacidad limitada, tal y como establece la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, estableciendo en lugar de una visión paternalista de dichas situaciones un sistema más conforme con la dignidad de la persona que sufre dicha situación de discapacidad, tal y como por otra parte consagra el artículo 10 de nuestra Constitución cuando afirma que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos de los demás son el fundamento del orden público y de la paz social.”

Y es que como ha señalado V. C. la libertad es la característica que otorga dignidad a la vida humana y la distingue de una vida meramente vegetal o animal, o como señaló hace años Manuel Azaña “la libertad no hace felices a los hombres, los hace sencillamente hombres”.

La Convención de Nueva York de 2006 antes citada, en vigor en España desde el año 2008 y por tanto derecho positivo aplicable desde esa fecha, obligó incluso antes de la reforma de 2021 a una acomodación de las resoluciones judiciales a dicho nuevo punto de vista, interpretando los preceptos legales hasta ese momento vigentes de conformidad a los principios que inspiran y contienen dicha Convención y es por ello que como ha reconocido el Magistrado Seone Spielberg han sido constantes desde el

año 2008 las resoluciones judiciales que han tomado conciencia del paso del sistema de sustitución de la voluntad del afectado, propio de la tutela, al sistema de apoyos de la Convención, así como sobre la necesidad de no privar de derechos al discapacitado sino de fijar apoyos para su ejercicio, así como de favorecer el autogobierno de las personas afectadas por discapacidad, citando como muestra de dicha posición jurisprudencial la Sentencia del Tribunal Supremo 269/2021 de 6 de mayo.

Obviamente la reforma de junio de 2021, en vigor desde el 3 de septiembre de dicho año, no ha hecho sino acomodar nuestra legislación a dicha Convención, suprimiendo la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obra y consagrando el sistema de apoyos a la voluntad, deseos y preferencias de las personas afectas a dichas situaciones, estableciendo el carácter extraordinario de la sustitución de la voluntad de las mismas reducidos a los supuestos en los que no sea posible saber cuáles son. señalando el actual artículo 269, párrafo 3.º del CC, que “sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad”.

El cambio de cualquier regulación legal plantea un problema de derecho intertemporal o derecho transitorio, como acontece en el caso objeto del presente recurso, al concurrir normas de difícil armonización y que pueden llevar a resultados contradictorios, y así en la Ley 8/2021 encontramos lo siguiente:

– Por una parte la disposición transitoria primera que afirma que “a partir de la entrada en vigor de la presente Ley las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio quedarán sin efecto”.

– Por otra parte, la disposición transitoria segunda que señala que “los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos...”

– Por último, la disposición transitoria quinta establece que los tutores y curadores podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubieran establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, y cuando no lo hicieran la revisión se realizará por la autoridad judicial de oficio a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

De una primera lectura de dichas disposiciones parece desprenderse de la letra de la transitoria segunda que los tutores que lo fueran antes de la reforma ahora son curadores representativos y por tanto la partición de herencia realizada por los mismos precisa autorización judicial. Si a eso sumamos que la transitoria quinta habla de la necesidad de revisar las medidas de apoyo a instancia de parte o de oficio, lo que aquí no ha acontecido, podríamos llegar a la conclusión de que mientras no produzca dicha revisión el curador representativo sustituirá necesariamente al discapacitado mientras no haya una nueva resolución judicial, aunque tenga capacidad suficiente para actuar sólo o con apoyo meramente asistencial.

Frente a dicha interpretación literal y lineal creo que debe prevalecer una interpretación conforme al artículo 3,1.º CC que tenga en cuenta la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada y el espíritu y finalidad de la norma y ésta es muy clara: la capacidad jurídica, que todos tenemos sin excepción, conlleva de manera esencial e inescindible la capacidad de obrar y por ello ya no existe el “estado civil de incapacitado”, que era lo que privaba de aquella capacidad de obrar, y todo ello desde la entrada en vigor de la Ley el 3 de septiembre de 2021 y sin necesidad de revisión alguna de las medidas judiciales previas.

Ha desaparecido la incapacitación y el estado civil de incapacitado y así cobra sentido plenamente lo afirmado por la disposición transitoria 1.º que habla de la

supresión desde el día 3 de septiembre de 2021 de la privación de derechos de las personas con discapacidad (no ya incapacitados) o de su ejercicio, contundente y tajante afirmación que además, por su colocación como primera norma de derecho intertemporal de la Ley, debe presidir la interpretación del resto de normas de dicha sección.

Obviamente la desaparición del estado civil de- incapacitado obliga a regular la situación en la que se encuentran las personas con discapacidad que antes estaban incapacitadas, y ahí es donde tienen su propio campo de aplicación las disposiciones transitorias segundas y quinta afirmando que los tutores anteriores ahora serán curadores representativos y que en un plazo máximo de tres años deberán revisarse las sentencias anteriores en tanto que el nuevo sistema ha optado porque el juez en cada caso adapte o acomode las medidas de apoyo concretas a cada situación específica de discapacidad, consagrando ahora la nueva normativa un sistema mucho más flexible e individualizado que el anterior, lo que obliga a dicha revisión en sede judicial para adaptar las decisiones anteriores al nuevo marco legal y por ello a las circunstancias concretas de cada persona.

Es por eso que si la nueva ley consagra el respeto a la autonomía de la persona frente al paternalismo anterior, el carácter subsidiario de las medidas judiciales frente a las voluntarias o informales, el carácter claramente excepcional de la curatela representativa, así como la supresión inmediata de la incapacitación, interpretar las normas de- derecho transitorio en el sentido de condicionar la efectiva “recuperación” de la capacidad de obrar a la revisión, a instancia de parte o de oficio, de las medidas anteriores, opino que es contrario a la voluntad del legislador que ha optado claramente por determinar que desde el 3 de septiembre de 2021 quedan sin efecto las limitaciones de la capacidad de obrar o de su ejercicio, sin perjuicio de que se sigan utilizando en los supuestos de ausencia de voluntad, deseos y preferencias figuras de sustitución de la voluntad que antes para los discapacitados era la tutela y ahora es la curatela representativa, pero, repito, sólo en los casos en los que el discapacitado no tenga voluntad, deseos y preferencias, tal y como resulta del antes citado artículo 269,3.º CC.

Esa excepcionalidad obliga a reafirmar la prevalencia de la afirmación de la disposición transitoria 1.ª sobre la letra de la transitoria 2.ª que debe entenderse aplicable sólo a los casos en los que, con carácter excepcional, deba sustituirse la voluntad del discapacitado por carecer totalmente de ella.

Podemos así decir que el anterior tutor ejercerá como curador representativo mientras no se revisen las medidas anteriores sólo cuando “sean preciso”, lo que por otra parte remite a la regulación de la ineficacia de los contratos (la partición hereditaria por convenio lo es) y al artículo 1301.4.º del CC en su nueva redacción tras su reforma por la citada Ley 8/2021 cuando señala que la acción de nulidad caducará a los cuatro años desde la celebración del contrato cuando se trate de contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, lo que puede interpretarse como que siempre que haya medidas de apoyo y no se hayan utilizado será posible la acción de nulidad, aunque la persona en cuestión en ese momento no necesitara el apoyo por tener capacidad suficiente (interpretación de la expresión en sentido formal), o entender que sólo será de aplicación cuando además de estar previstas sean necesarias para completar o sustituir la voluntad del discapacitado en ese momento y en ese contrato concreto y determinado (interpretación de la expresión en sentido material).

Como señala acertadamente T. A. la interpretación en sentido formal de la frase del artículo 1301 CC nos reconduciría al antiguo sistema de incapacitación judicial como estado civil, y nosotros opinamos que lo mismo ocurriría si interpretáramos las disposiciones transitorias en el sentido que resulta de la calificación registral. Podríamos afirmar que en tales supuestos la reforma sería gatopardesca, consistiendo el cambio en alterar radicalmente la regulación para que todo siga igual.

No somos conformes con esa interpretación de las normas de derecho transitorio y consideramos que desde el 3 de septiembre de 2021 ha desaparecido el estado civil de

incapacitado y por ello la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y que las disposiciones transitorias 2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> lo que establecen es por una parte la necesidad de utilizar la antigua firma de la tutela, hoy curatela representativa, sólo cuando sea absolutamente imprescindible por tener el discapacitado ausencia total de voluntad y debiendo entenderse las medidas de apoyo, en este caso de derecho transitorio en particular y en todos los casos en general, en sentido material y no en sentido formal y por ello sólo aplicables “cuando sean precisas” y no en todo caso, aunque existan.

En el presente supuesto, como antes señalé, yo, el notario, tras el concreto examen de don M. J. G. A., lo juzgué con capacidad suficiente y estando presente su hermana y tutora doña M. L. G. A., opté porque, además del apoyo institucional de este fedatario, prestara también dicha señora su apoyo no sustitutivo de la voluntad de aquel sino meramente asistencial. actuando no como “curadora representativa” sino como “curadora asistencial” y por tanto no siendo precisa la autorización judicial de dicha partición hereditaria por mi autorizada».

#### IV

Mediante escrito, de fecha 26 de mayo de 2023, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 289 y siguientes del Código Civil (título XI, «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», redactado conforme a 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); las disposiciones transitorias segunda y quinta de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; los artículos 1060 del Código Civil; 25 de la Ley del Notariado; 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de mayo y 8 de septiembre de 2021; las resoluciones la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de mayo de 1993, 2 de diciembre de 1998, 17 de noviembre de 2000, 21 de junio y 29 de noviembre de 2001, 3 de diciembre de 2003, 17 de mayo y 15 de junio de 2004, 2 de diciembre de 2010, 13 de febrero y 31 de mayo de 2012, 22 de febrero y 9 de julio de 2014, 17 de marzo, 10 de junio y 20 de octubre de 2015, 26 de mayo y 3 de agosto de 2016, 9 de marzo de 2017 y 24 de julio de 2019; y las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 6 de mayo de 2021 y 19 de julio de 2022.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso –otorgada el día 9 de febrero de 2023– se formaliza la aceptación de determinada herencia con adjudicación de los bienes descritos por terceras partes indivisas entre los tres herederos testamentarios (instituidos en esa misma proporción). La escritura fue otorgada por los tres herederos, haciéndose constar que, al estar incapacitado judicialmente uno de ellos, interviene su hermana –también heredera– como tutora nombrada mediante la sentencia que se indica. En tal escritura el notario afirma respecto de dicho señor que, comprobando cuál es su voluntad, deseos y preferencias, estima que tiene la capacidad suficiente para otorgar la escritura, con el apoyo institucional que da el mismo notario y con el apoyo asistencial de la tutora que complementa y apoya la decisión de su hermano.

La registradora suspende la inscripción porque, a su juicio, «resulta necesaria la aprobación judicial firme de conformidad con artículo 1060 CC, relativa a la partición hereditaria. A la vista de lo dispuesto en el citado precepto para los supuestos de partición hereditaria con defensor judicial, teniendo en cuenta las cautelas establecidas en el código civil respecto a forma de aceptación de la herencia en determinados supuestos, y de la doctrina de la DGRN resulta necesaria dicha aprobación judicial». Y



añade que, según el artículo 289 del Código Civil, una vez practicada la partición de herencia, requerirá aprobación judicial.

El notario recurrente afirma que, realmente, lo que se plantea es si, al intervenir la curadora que tiene funciones representativas se precisa aprobación judicial por aplicación del párrafo segundo (que no el primero) del artículo 1060 del Código Civil y del artículo 289 del mismo texto legal, sin que se trate de ningún defensor judicial, a pesar de lo que indique la nota, sino de una tutora nombrada antes de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021. Además, alega lo siguiente:

a) de una primera lectura de las disposiciones transitorias segunda y quinta de la Ley 8/2021, parece que los tutores que lo fueran antes de la reforma ahora son curadores representativos y, por tanto, la partición de herencia realizada por los mismos precisa autorización judicial; y si se tiene en cuenta que la disposición transitoria quinta se refiere a la necesidad de revisar las medidas de apoyo a instancia de parte o de oficio, lo que no ha acontecido, se podría llegar a la conclusión de que, mientras no produzca dicha revisión, el curador representativo sustituirá necesariamente al discapacitado mientras no haya una nueva resolución judicial, aunque tenga capacidad suficiente para actuar sólo o con apoyo meramente asistencial.

b) frente a dicha interpretación literal, debe prevalecer una interpretación conforme al artículo 3 del Código Civil que tenga en cuenta la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada y el espíritu y finalidad de la norma y ésta es muy clara: la capacidad jurídica, que todos tenemos sin excepción, conlleva de manera esencial e inescindible la capacidad de obrar y por ello ya no existe el «estado civil de incapacitado», que era lo que privaba de aquella capacidad de obrar, y todo ello desde la entrada en vigor de la Ley el 3 de septiembre de 2021 y sin necesidad de revisión alguna de las medidas judiciales previas.

c) al haber desaparecido la incapacitación y el estado civil de incapacitado, cobra sentido plenamente lo establecido por la disposición transitoria primera, que se refiere a la supresión, desde el día 3 de septiembre de 2021, de la privación de derechos de las personas con discapacidad (no ya incapacitados) o de su ejercicio; y como primera norma de derecho intertemporal de la ley, debe presidir la interpretación del resto de normas de dicha sección. En un plazo máximo de tres años deberán revisarse las sentencias anteriores en tanto que el nuevo sistema ha optado porque el juez en cada caso adapte o acomode las medidas de apoyo concretas a cada situación específica de discapacidad, consagrando ahora la nueva normativa un sistema mucho más flexible e individualizado que el anterior.

d) si la nueva ley consagra el respeto a la autonomía de la persona frente al paternalismo anterior, el carácter subsidiario de las medidas judiciales frente a las voluntarias o informales, el carácter claramente excepcional de la curatela representativa, así como la supresión inmediata de la incapacitación, interpretar las normas de derecho transitorio en el sentido de condicionar la efectiva «recuperación» de la capacidad de obrar a la revisión, a instancia de parte o de oficio, de las medidas anteriores, es contrario a la voluntad del legislador que ha optado claramente por determinar que desde el día 3 de septiembre de 2021 quedan sin efecto las limitaciones de la capacidad de obrar o de su ejercicio, sin perjuicio de que se sigan utilizando en los supuestos de ausencia de voluntad, deseos y preferencias, figuras de sustitución de la voluntad que antes para los discapacitados era la tutela y ahora es la curatela representativa, pero, sólo en los casos en los que el discapacitado no tenga voluntad, deseos y preferencias, tal y como resulta del artículo 269, párrafo tercero, del Código Civil.

e) esa excepcionalidad obliga a reafirmar la prevalencia de la disposición transitoria primera sobre la letra de la transitoria segunda, que debe entenderse aplicable sólo a los casos en los que, con carácter excepcional, deba sustituirse la voluntad del discapacitado por carecer totalmente de ella; y como desde el día 3 de septiembre de 2021 ha desaparecido el estado civil de incapacitado, y por ello la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, lo que las disposiciones transitorias segunda y quinta establecen es, por una parte, la necesidad de utilizar la antigua firma de la tutela,

hoy curatela representativa, sólo cuando sea absolutamente imprescindible por tener el discapacitado ausencia total de voluntad y debiendo entenderse las medidas de apoyo, en este caso de derecho transitorio en particular y en todos los casos en general, en sentido material y no en sentido formal y por ello sólo aplicables «cuando sean precisas» y no en todo caso, aunque existan. Por tal razón, el notario, tras el concreto examen del discapacitado, le juzgó con capacidad suficiente y, estando presente su hermana y tutora, optó porque, además del apoyo institucional del propio notario, prestara también dicha señora su apoyo no sustitutivo de la voluntad de aquel sino meramente asistencial, actuando no como «curadora representativa», sino como «curadora asistencial», y, por tanto, no siendo precisa la autorización judicial de dicha partición.

2. Como ha tenido ocasión de poner de relieve este Centro Directivo (*vid.* Resolución de 19 de julio de 2022), el 3 de septiembre de 2021 entró en vigor 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, que en su Preámbulo explicita claramente que la reforma de la legislación civil y procesal que introduce obedece a la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuyo Instrumento de Ratificación rige en nuestro ordenamiento jurídico desde el 3 de mayo de 2008.

Ahora bien, ya antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, los principios derivados de la citada convención (derecho interno) no eran ajenos al sentir general de la doctrina, e inspiraban claramente la acción de nuestros tribunales. Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2021, que establece los principios jurisprudenciales derivados de la citada convención: a) el principio de presunción de capacidad de las personas; b) el principio de flexibilidad (o del «traje a medida»); c) el principio de aplicación restrictiva; d) el principio de la no alteración de la titularidad de los derechos fundamentales; e) el principio del interés superior de la persona con discapacidad; f) el principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, y g) el principio de fijación de apoyos.

Así, se ha afirmado que la profundidad de la reforma llevada a cabo por la Ley 8/2021, se justifica –como se expresa en el preámbulo– porque el nuevo sistema está fundamentado en tres principios: en primer lugar, está el respeto a la voluntad y a las preferencias de la persona con discapacidad que se extrapola a toda la normativa civil y procesal modificada. En segundo lugar, la nueva regulación de la discapacidad girará en torno al concepto del «apoyo» a la persona que lo precise. En consecuencia, la incapacidad deja de ser el elemento central para la protección de las personas con discapacidad desapareciendo tanto la declaración de incapacidad como la de su modificación. En tercer lugar, la institución de la curatela se constituye en la principal medida de apoyo de carácter judicial al haberse desconectado de este sistema a la institución de la tutela que queda reducida a la protección de menores. De manera excepcional se admiten las medidas de apoyo representativas, entre ellas la curatela representativa.

3. En todo caso, para resolver la cuestión planteada no cabe desconocer el marco normativo, que es de carácter imperativo y no dispositivo; ni el esquema de competencias que la citada Ley 8/2021 ha asignado a los diversos operadores jurídicos. Así, ha de tenerse en cuenta que, conforme a la disposición transitoria segunda de dicha ley: «Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos (...)».

A su vez, la disposición transitoria quinta se ocupa de la revisión de las medidas ya acordadas:

«Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud.

Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años».

4. No se discute en el presente caso que, en aplicación de las citadas disposiciones transitorias, se trate de una curatela representativa (con las funciones legalmente atribuidas en tanto que, resolución judicial mediante, no se revise la situación de la persona con discapacidad) y no ante un defensor judicial. Por ello, es ineludible aplicar los artículos 289 («no necesitarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial (...)») y 1060, párrafo segundo, del Código Civil («tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial»).

Indudablemente, es muy loable la actuación del notario al dar entrada en la escritura, como compareciente y otorgante, a la persona con discapacidad (aun cuando el curador representativo podría haber intervenido por sí solo), ya que supone un claro refuerzo y acicate a su plena integración social y a una adecuada toma de decisiones por quien tiene atribuida esa función de apoyo, pues no hay que olvidar que el notario tiene entre sus obligaciones (*cf.* artículo 25.3 de la Ley del Notariado) prestar apoyo institucional a la persona con discapacidad.

Pero la revisión de las medidas vigentes, y su adaptación a la concreta situación de la persona respecto de las que se establecieron, es tarea reservada al juez, que es quien decidirá, conforme a Derecho y procedimiento, lo que proceda y mejor convenga a los intereses de esa persona. Y en tanto no medie esa revisión, y aun constatado que la persona con discapacidad pueda eventualmente requerir, como medida de apoyo, una curatela asistencial y no representativa, esa decisión final escapa de las competencias atribuidas al notario. Así es corroborado en el tenor literal de un precepto como el artículo 291 del Código Civil, relativo a la extinción de la curatela, cuando determina que: «Asimismo, la curatela se extingue por resolución judicial cuando ya no sea precisa esta medida de apoyo o cuando se adopte una forma de apoyo más adecuada para la persona sometida a curatela».

Por todo ello, y a modo de conclusión, no pueden compartirse estas dos afirmaciones que el notario ahora recurrente vierte en la escritura, y que en cierto modo son la base de su argumentación en el recurso: «(...) yo el notario entiendo que doña M. L. G. A., hoy curadora representativa, conforme a la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la ley 8/2021 solo ejercerá funciones representativas en los supuestos necesarios que es cuando sea preciso por no poder formar su voluntad del discapacitado y por tanto aquí actúa como curadora con facultades asistenciales debiendo interpretarse dicha transitoria en el sentido de que sus facultades representativas lo son “cuando sea preciso” lo que no sucede en el presente caso (...)» y «(...) yo el notario considero que don J. M. G. A. tiene capacidad suficiente actuando con el doble apoyo institucional del notario y asistencial de la curadora representativa que actúa solo con dicho carácter asistencial (...)».

No se pueden compartir tales afirmaciones porque esa visión particular supondría dejar de lado, obviándola simple y llanamente, la intervención judicial que el legislador ha

previsto para adecuar las medidas de apoyo a las necesidades de la persona necesitada de ellas.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 26 de julio de 2023.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.