

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

22469 *Resolución de 9 de octubre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Murcia n.º 1 a la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional por contadora-partidora.*

En el recurso interpuesto por doña M. C. M. G., abogada, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Murcia número 1, don Jorge López Fernández, a la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional por contadora-partidora.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 12 de abril de 2023 por el notario de Murcia, don Antonio Palomero Álvarez-Claro, con el número 698 de protocolo, se protocolizó el cuaderno particional de la herencia de doña M. M. T., redactado por la contadora-partidora, doña M. C. M. G., única otorgante de aquella.

En el testamento que servía de título sucesorio, la causante «lega a su hijo don J. M. M. los derechos que la testadora ostentara sobre la vivienda, plaza de garaje y trastero ubicados en el edificio (...), imputando el legado al tercio de legítima estricta y en el exceso al de mejora y al de libre disposición por este orden», e «instituye herederos por iguales terceras partes a sus nietos don G., don A. y don D. C. M., quienes serían sustituidos por sus descendientes».

Mediante diligencia extendida en dicha escritura el día 14 de junio de 2023, la contadora-partidora manifiesta «Que complementa la escritura anteriormente referida en lo referente al hijo mayor de edad, don J. M. M., dejando incorporada a la presente escritura fotocopia del testimonio judicial que me exhibe de la Sentencia (...) En dicha sentencia se declara la rehabilitación de la patria potestad en la persona de doña M. M. T., madre del mencionado Don J. Asimismo, se deja constancia de que siendo el heredero mencionado mayor de edad y habiendo fallecido la titular de la patria potestad prorrogada y causante de la herencia, doña M. M. T., no existe en la actualidad representante legal de dicho heredero y por tanto no procede la notificación del artículo 1057 penúltimo párrafo del Código Civil». Según el referido testimonio judicial de la sentencia, se declaró «a todos los efectos procedentes en derecho la plena incapacidad de D. J. M. M. (...) para regir su persona y bienes por sí solo, rehabilitándose la patria potestad de su madre, D.^a M. M. T., la que será ejercida conforme a las disposiciones generales del Código Civil». Dicha sentencia constaba inscrita en el Registro Civil.

II

Presentada copia autorizada de la referida escritura, junto con otros documentos, en el Registro de la Propiedad de Murcia número 1, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Interesado/presentante. D.^a M. C. M. G.
Notario autorizante. D. Antonio Palomero Álvarez-Claro.
Número protocolo: 698/2023.

Aportado testimonio extendido en Murcia el día catorce de Junio de dos mil veintitrés por don Antonio Palomero Álvarez Claro con relación al número 698/2023 de su protocolo, se reitera en todos sus términos la nota de calificación siguiente con relación al asiento 135/303.

En virtud de la calificación verificada, el Registrador que suscribe ha resuelto no inscribir el documento objeto del asiento de presentación 135/303 por concurrir en el mismo las causas impeditivas siguientes y de acuerdo con los fundamentos de Derecho expresados a continuación:

Hechos.

1. El documento calificado es una partición hecha por contador siendo uno de los herederos, según el testamento que es título de la sucesión, una persona con discapacidad.
2. No consta haberse formado inventario con intervención de su representante legal.
3. No consta la aceptación de los interesados en la herencia, herederos y legatarios.

Fundamentos de Derecho.

1.º En esta partición, el contador nombrado actúa en plazo y se ajusta al tenor del testamento, pero dentro de las operaciones particionales, y concretamente la de inventario, ha debido observar lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 1057 del Código Civil, que exige que, en los casos de que haya en la partición coherederos sometidos a tutela, el contador-partidor deberá inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas, extremo del que no encontramos reseña alguna en el documento calificado y que es imprescindible, como confirma el criterio sostenido por, entre otras, la Resolución de 13 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ("BOE" núm. 249, de 18 de octubre de 2021, vid. Fundamentos de Derecho 3 y 4).

2.º En segundo lugar, es pertinente advertir de que la adquisición derivada de esta partición, en los términos en que consta documentada, sólo puede inscribirse bajo condición suspensiva de su aceptación por el heredero o legatario que. Según la doctrina sentada por las Resoluciones de la DGRN de 19 de julio de 2016 ("BOE" 19 de septiembre de 2016) o de 19 de septiembre de 2002 en relación con la partición otorgada por contador partidor, no constando la aceptación de los herederos puede practicarse la inscripción, pero no con el carácter de firme o definitiva, sino sujetándola a la condición suspensiva de que en un momento posterior se acredite la aceptación y sin perjuicio de que, en caso de renuncia del heredero se pueda cancelar la inscripción reviviendo la titularidad del causante. En aplicación asimismo del principio general del Derecho de que no cabe adquirir derechos sin la aceptación de su titular.

Prórroga. Se entiende prorrogado el asiento de presentación por un plazo de sesenta días contados desde que el interesado tenga noticia de esta calificación, en aplicación del artículo 323 de la Ley hipotecaria.

De conformidad con el artículo 19 bis de la Ley hipotecaria, contra la calificación negativa (...)

Murcia, a 10 de mayo de 2023.–El Registrador de la propiedad, Jorge López Fernández (firma ilegible) Aportada Diligencia otorgada en Murcia el día catorce de Junio de dos mil veintitrés por doña M. C. M. G., se reitera en todos sus términos la precedente nota de calificación. Murcia, 23 de Junio de 2023.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. C. M. G., abogada interpuso recurso el día 13 de julio de 2023 mediante escrito en el que alegaba los siguientes fundamentos de Derecho:

«(...) Se rechaza la inscripción por dos motivos, a saber: no constar haberse formado inventario con intervención del representante legal de la persona con discapacidad y por no constar la aceptación de los interesados en la herencia, herederos y legatarios.

I. La formación de inventario con intervención del representante legal de la persona con discapacidad.

El registrador en su calificación infringe lo dispuesto en el artículo 1.057 del Código Civil. Este precepto establece: “El testador podrá encomendar por acto ‘inter vivos’ o ‘mortis causa’ para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad o tutela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas.

Si el coheredero tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas”.

Tal y como resulta de la Sentencia de incapacitación del legatario mayor de edad D, J. M. M., acompañada a la diligencia de fecha 14 de junio de 2023 que complementó la escritura objeto de calificación, a la causante le fue rehabilitada la patria potestad a causa de la incapacitación judicial de su hijo. Sin embargo, a consecuencia del fallecimiento de la causante, la patria potestad de ésta quedó extinguida. A tal efecto la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reformó la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, estableció, respecto de los padres que ostentaren la patria potestad prorrogada o rehabilitada, que “continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta.

Como dicha revisión no tuvo lugar, la consecuencia ineludible del fallecimiento de la causante fue que la patria potestad prorrogada se extinguió; y, desde ese momento, el hijo mayor de edad no sólo carece de representante legal sino que además no se le puede nombrar representante legal puesto que, conforme a los artículos 225 y 162 del Código Civil, la representación legal solo la ostentan los tutores respecto de los menores de edad y los progenitores que ejercitan la patria potestad respecto de sus hijos menores de edad, resultando que D. J. M. es mayor de edad. En definitiva, tras la reforma los supuestos de representación legal sólo se predicen respecto de los menores de edad, de ahí que yerre el Registrador al pretender aplicar el artículo 1,057 exigiendo la intervención del representante legal de un mayor de edad para inventariar los bienes de la herencia. La previsión del art. 1.057, en cuanto a la necesidad de citar a los representantes legales para inventariar los bienes, queda reducida al caso de que los coherederos sean menores de edad.

Por tanto una vez que el menor alcance la mayoría de edad, aunque sufra una discapacidad, no podrá ser incapacitado y en consecuencia no podrá tener representante legal. En los casos de concurrir discapacidades únicamente se podrán

aplicar medidas de apoyo en ejercicio de su capacidad, pero éstas se limitarán a complementar la actuación del discapacitado y nunca tendrán la consideración de representación legal, pues así lo ha querido el legislador.

Al desaparecer la incapacitación, el apoyo, aun representativo, no impide al discapacitado actuar por sí solo, salvando lo dispuesto para el período transitorio.

La reforma más importante que ha conllevado la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha sido que se suprime en el Código civil y legislación concordante toda referencia a la incapacitación, sustituyéndola por un sistema de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, pues se estima en el Preámbulo que “el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse” El registrador no ha tenido en cuenta que –apartado II, párrafo segundo–.

Resulta oportuno indicar que en Preámbulo de la Ley también se señala que “La reforma normativa impulsada por esta Ley debe ir unida, por ello, a un cambio del entorno, a una transformación de la mentalidad social y, especialmente, de la de aquellos profesionales del Derecho –jueces y magistrados, personal al servicio de la Administración de Justicia, notarios, registradores– que han de prestar sus respectivas funciones, a requerimiento de las personas con discapacidad, partiendo de los nuevos principios y no de visiones paternalistas que hoy resultan periclitadas” –apartado III–.

Por otra parte el precepto habla estrictamente de la citación para inventariar los bienes en el caso de coherederos sujetos a patria potestad o tutela, pero nada dice que esa citación para inventariar deba hacerse respecto de los legatarios. No se puede obviar que D. J. M. no fue instituido heredero por la causante, de manera que la exigencia de la intervención del representante legal para inventariar bienes carece, aún más, de apoyo legal.

Por una parte el Registrador pretende, en base al art. 1057, que el representante legal del discapacitado intervenga en el inventario de los bienes cuando lo cierto es que el precepto solo habla de “citar” al representante legal, de manera que la calificación no se ajusta a derecho al pretender otorgar al representante legal una función que no resulta de la ley.

Por otra parte, tal y como resulta del testamento, que quedó incorporado a la escritura, la testadora repartió todos sus bienes entre sus hijos y descendientes de estos, legando tanto a unos como a otros bienes concretos de la herencia e instituyendo herederos sólo a sus nietos en el remanente de los bienes, que tal y como resulta de la escritura estaba constituido por diversos saldos en cuentas bancarias.

La calificación negativa comienza recogiendo como Hecho Primero:

“El documento calificado es partición hecha por contador siendo uno de los herederos, según el testamento que es título de la sucesión, una persona con discapacidad”.

El registrador comete dos errores en la descripción del hecho, a saber: que ya no existen personas incapacitadas y que el antiguo incapaz D. J. M. no fue instituido heredero.

El registrador no ha tenido en cuenta que el testamento fue otorgado antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en concreto en fecha 26 de julio de 2018, de ahí que refiera la testadora que uno de sus hijos está incapacitado judicialmente pues al momento de testar la legislación vigente contemplaba el instituto de la incapacitación judicial.

Pero realizándose la partición una vez que ya no existe la institución de la incapacitación, tal declaración no puede servir para mantener una incapacidad que ha sido suprimida legalmente.

Y el registrador tampoco ha tenido en cuenta que D. J. M. no fue instituido heredero en el testamento de su madre sino que sus derechos legítimos fueron satisfechos a través de legados de bienes concretos, de manera que D. J. M. no es “heredero” a los efectos que el art. 1.057 exige. Es decir, aun cuando D. J. M. es heredero forzoso, en

virtud de lo dispuesto en el art. 807.1.º del Código Civil, no es menos cierto que el art. 1.057 sólo se refiere a los instituidos herederos, y no a los herederos forzosos o legitimarios.

El párrafo tercero del art 1057 no exige la intervención de los representantes legales en la formación del inventario sino sólo su citación, que es algo bien diferente. La citación por tanto sólo sería a los representantes legales de los instituidos herederos con discapacidad que fuesen menores de edad pero no para los mayores de edad, que es lo que acaece en el presente caso.

Por último la cita a la Resolución de 13 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública carece de sentido puesto que el supuesto que trataba era el de la calificación de una escritura de partición y adjudicación de herencia de fecha 26 de febrero de 2021, y por tanto anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio.

Por todo lo expuesto, la aplicación del art. 1.057 del C.C lo ha sido indebidamente por el registrador.

II. La aceptación de los interesados en la herencia, herederos y legatarios.

La nota de calificación indica que “es pertinente advertir de que la adquisición derivada de esta partición, en los términos en que consta documentada, sólo puede inscribirse bajo condición suspensiva de su aceptación por el heredero o legatario”.

Aun cuando el registrador haga esa advertencia entendemos que la circunstancia de que la partición no haya sido aceptada por los herederos y legatarios no es causa que impida la inscripción. Cuestión diferente será que el registrador considere que deba estar sujeta a algún condicionante pero ello no impedirá que deba ser inscrita.

En este sentido se ha pronunciado la DGRN en su Resolución de fecha 13 de diciembre de 2010, entre otras.»

IV

El registrador de la Propiedad informó mediante escrito de fecha 21 de julio de 2023 y elevó el expediente a esta Dirección General.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 289 y siguientes (Título XI, «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica»), 882 y 1057 del Código Civil; 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; 760, 762 y 793 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 80 y 81 del Reglamento Hipotecario; la Sentencia del Tribunal Supremo número 179/1999, de 8 de marzo; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de febrero de 1995, 13 de noviembre de 1998, 19 de septiembre y 18 de diciembre de 2002 y 19 de julio de 2016, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 23 de octubre de 2020, 13 de septiembre y 26 de octubre de 2021, 19 de julio y 28 de noviembre de 2022 y 26 de julio de 2023.

1. Mediante el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de protocolización de cuaderno particional hereditario otorgada únicamente por la contadora-partidora que lo redactó, con base en el testamento en que la causante legó a uno de sus hijos los derechos que aquella ostentara sobre determinados vivienda, plaza de garaje y trastero e instituyó herederos a tres nietos. Consta en la misma escritura que, por la sentencia que se testimonia, se rehabilitó la patria potestad sobre el legatario en la persona de su madre. Según el referido testimonio judicial de la sentencia, objeto de

inscripción en el Registro Civil, se declaró «a todos los efectos procedentes en derecho la plena incapacidad» del referido legatario.

Se añade en la escritura «que siendo el heredero mencionado mayor de edad y habiendo fallecido la titular de la patria potestad prorrogada y causante de la herencia, doña M. M. T., no existe en la actualidad representante legal de dicho heredero y por tanto no procede la notificación del artículo 1057 penúltimo párrafo del Código Civil».

El registrador de la Propiedad fundamenta su negativa a la inscripción solicitada en que el tercer párrafo del artículo 1057 del Código Civil exige que, en los casos de que haya en la partición coherederos sometidos a tutela, el contador-partidor deberá inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas. Además, advierte el registrador de que la adquisición derivada de esta partición, en los términos en que consta documentada, sólo puede inscribirse bajo condición suspensiva de su aceptación por el heredero o legatario.

La recurrente alega, en síntesis, que, por haber fallecido la titular de la patria potestad rehabilitada, el mayor de edad sujeto a ella queda sin representante legal y, después de la reforma del Código Civil operada por la Ley 8/2021, sólo cabe aplicar medidas de apoyo en ejercicio de su capacidad, pero éstas se limitarán a complementar la actuación del afectado por discapacidad y nunca tendrán la consideración de representación legal. Y, respecto de la inscripción sometida a condición suspensiva, admite el criterio del registrador.

2. Como ha tenido ocasión de poner de relieve este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 19 de julio de 2022 y 26 de julio de 2023), 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 incapacitación 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.

Por lo que interesa en el presente recurso, entre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad no se incluye la patria potestad prorrogada o rehabilitada a que se refería el artículo 171 del Código Civil, suprimido por la Ley 8/2021. Según el

apartado III del Preámbulo de este ley, se eliminan por ser «figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera».

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 (...) Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta (...)».

La citada 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.»

A la vista de esta normativa, no puede compartirse la afirmación de la recurrente según la cual, extinguida la patria potestad rehabilitada –por fallecimiento de su titular– sólo cabe adoptar medidas de apoyo que se limiten a complementar la actuación del afectado por discapacidad y nunca tendrán la consideración de representación legal.

Debe tenerse en cuenta que la capacidad del legatario fue modificada por sentencia que consta en el Registro Civil, por lo que la revisión de tal medida y su adaptación a la concreta situación de esa persona es tarea reservada al juez, que es quien decidirá, conforme a Derecho y procedimiento, lo que proceda y mejor convenga a los intereses de aquélla. Y en tanto no medie esa revisión, y aunque, en hipótesis, se pudiera constatar que la persona con discapacidad pueda eventualmente requerir, como medida de apoyo, una curatela asistencial y no representativa, esta es una circunstancia sujeta a decisión que compete al juez. 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».

De este modo, si en el presente supuesto existiera falta absoluta de discernimiento, la medida de apoyo que habría de sustituir a la extinguida patria potestad rehabilitada debería contemplar la representación, pero a través de la curatela, en su modalidad representativa.

Por lo demás, no puede desconocerse que, habiendo fallecido la titular de la patria potestad rehabilitada, pueden ser de aplicación las medidas cautelares a que se refiere

el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, conforme a la Ley 8/2021, tiene la redacción siguiente:

«1. Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria.

2. El Ministerio Fiscal podrá también, en las mismas circunstancias, solicitar del Tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior. Tales medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento.

3. Siempre que la urgencia de la situación no lo impida, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas con discapacidad. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley.»

3. Las consideraciones anteriores hacen necesario analizar la aplicación del artículo 1057 del Código Civil, que, según la modificación del párrafo tercero y añadidura del cuarto por la Ley 8/2021, tiene el siguiente contenido:

«El testador podrá encomendar por acto «inter vivos» o «mortis causa» para después de su muerte la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.

Lo dispuesto en este artículo y en el anterior se observará aunque entre los coherederos haya alguno sujeto a patria potestad o tutela; pero el contador-partidor deberá en estos casos inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de dichas personas.

Si el coheredero tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas.»

De este precepto legal se desprende que es preceptiva la citación al representante legal de la persona afectada por discapacidad en los supuestos en que de la sentencia que haya establecido las medidas de apoyo así resultara exigible (cfr. artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Asimismo, deberá ser citada la persona que en la correspondiente medida de apoyo dispuesta haya sido designada para asistir o representar en la partición de la herencia al afectado por discapacidad.

En el presente caso, mientras no sean judicialmente adoptadas las medidas de apoyo que sustituyan a la extinguida patria potestad rehabilitada, ha de entenderse que debe citarse al Ministerio Fiscal (cfr. el anteriormente transcrito artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, ex analogía, el artículo 793.1.5.º de la misma ley, relativo a la citación para formación de inventario en caso de intervención del caudal hereditario); o, si hubiera sido nombrado, al defensor judicial a que se refiere el artículo 295 del Código Civil.

4. Tampoco se puede compartir el criterio de la recurrente según el cual, por ser legatario y no heredero la persona afectada por discapacidad, no es aplicable el artículo 1057 del Código Civil.

Ciertamente, esta norma se refiere a la citación a los representantes legales de los «coherederos» sujetos a patria potestad o tutela (y alude al «coheredero» que tuviera

dispuestas medidas de apoyo). Pero, atendiendo a la «ratio legis» de dicha norma (protección de los sujetos a patria potestad o tutela, así como los que tengan dispuestas medidas de apoyo que atribuyan a determinadas personas la facultad de representar o asistir en la partición de la herencia al afectado por discapacidad), debe entenderse aplicable, además, a los representantes legales o curadores no sólo de los partícipes en la comunidad hereditaria como herederos «ex re certa» y legatarios de parte alícuota sino también a los del legatario de cosa determinada, máxime si –como ocurre en el presente supuesto– se trata de legado en pago de legítima. Y es que el inventario debe comprender no sólo los bienes y derechos que constituyan la herencia, sino también la relación exacta de las obligaciones pendientes que hayan de satisfacerse con el activo inventariado, de modo que en la determinación de la composición del caudal hereditario está también interesado el legatario de cosa determinada, en tanto en cuanto puede quedar afectado el legado si se declara su inoficiosidad.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso 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, 9 de octubre de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.