

### III. OTRAS DISPOSICIONES

## MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

**3514** *Resolución de 19 de enero de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad interino de Chipiona a la inscripción de una escritura de partición de herencia.*

En el recurso interpuesto por don M. A. S. H. contra la negativa del registrador de la Propiedad interino de Chipiona, don Diego Palacios Criado, a la inscripción de una escritura de partición de herencia.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 13 de julio de 2023 por el notario de Sevilla, don José Luis Lledó González, con el número 962 de su protocolo, don M. A. S. H., como contador-partidor testamentario designado por la causante, doña C. C. M., formalizó la partición de su herencia.

En el testamento que sirve de título sucesorio, la causante instituyó herederos a sus tres únicos hijos, don R., don J. M. M. C. y don F. A. M. C. (los dos primeros en una novena parte y el último en siete novenas partes). Respecto de este último, se hacía constar en la escritura que fue incapacitado en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Sevilla, de 14 de junio de 2002, mediante la cual se acordó la rehabilitación de la patria potestad de sus padres, en la actualidad fallecidos. Y se añadía en la misma escritura que «queda el discapacitado en situación de ausencia de representación legal, ejerciendo la guarda de hecho sobre el mismo sus hermanos don R. y don J. M. M. C., comparecientes en este acto (...)».

En dicha escritura se inventarían, en pleno dominio, la mitad indivisa de dos viviendas (una inscrita en el Registro de la Propiedad de Sevilla número 14 y la otra en el Registro de la Propiedad Chipiona) y la totalidad de un local comercial inscrito en el Registro de la Propiedad de Almendralejo, así como el saldo de una cuenta bancaria. Y se añadía lo siguiente:

«Determinados de esta forma los distintos haberes en la herencia de la causante, por disposición del contador partidor testamentario se adjudica a sus herederos lo siguiente: a don R. M. C. y a J. M. M. C., para cada uno en pleno dominio, una novena parte indivisa de todo lo inventariado; y a don F. A. M. C., se le adjudican en pleno dominio siete novenas partes indivisas de lo inventariado (...)

#### Estipulaciones:

Primera. Partición de herencia y aceptación de la misma. El contador partidor testamentario, en uso de sus facultades, otorga la partición en los términos que resultan indicados. Los herederos mayores de edad y con la libre disposición de sus bienes don R. M. C. y a J. M. M. C., aceptan la herencia de su causante y aprueban las operaciones particionales realizadas.

Segunda. Inexigencia de aprobación judicial. En cuanto al discapacitado don F. A. M. C., se hace constar que no resulta necesaria la aprobación judicial de la partición, por aplicación del art. 1057 del Código Civil español. Del mismo modo, no habiendo padres ni tutores, no procede la citación de los representantes legales del discapacitado para la

formación del inventario; ni tampoco consta medida de apoyo a la discapacidad que así lo exija, lo que se acredita con el certificado literal de nacimiento del discapacitado que se incorpora.»

## II

Presentada copia autorizada de la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Chipiona, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Asiento 1850 del Diario 188  
Entrada número 2759/2023  
Presentante: José Luis Lledó González  
Protocolo N.º: 962/2023  
Notario: José Luis Lledó González  
Calificación negativa

Previo examen y calificación conforme a los artículos 18 y 19 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento de la escritura otorgada en Sevilla el día trece de Julio de dos mil veintitrés ante el Notario de Sevilla Don José Luis Lledó González, número de protocolo 962/2023, presentada en este Registro el mismo día de su otorgamiento vía telemática bajo el asiento 1850 del Diario 188 aportada telemáticamente carta de pago y plusvalía el día trece de Septiembre de dos mil veintitrés, el Registrador de la Propiedad que suscribe ha resuelto en el día de hoy suspender la práctica de los asientos solicitados, en base a los siguientes:

### Hechos.

Primero. Por la escritura que motiva la presente nota de calificación al fallecimiento de Doña C. C. M., sus herederos acuerdan adjudicarse el pleno dominio de una mitad indivisa de la finca registral 15.882 del término municipal de Chipiona, junto a otras fincas radicantes en la Demarcación de otros Registros y solicitan la extinción de usufructo vitalicio respecto de la restante mitad indivisa.

Segundo. De conformidad a su testamento, sus herederos son sus tres hijos, don R., don J. M. y don F. A. M. C... Respecto de este último, se hace constar que fue incapacitado en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Sevilla, de fecha 14 de junio de 2002. Dicha sentencia acordó la rehabilitación de la patria potestad de sus padres, los cuales se encuentran en la actualidad fallecidos.

En la escritura ahora calificada intervienen don R. y don J. M., haciendo constar respecto de su hermano don F. A. lo siguiente: "queda el discapacitado en situación de ausencia de representación legal, ejerciendo la guarda de hecho sobre el mismo sus hermanos don R. y don J. M. C., comparecientes en este acto en su propio y no en representación del discapaz».

Tercero. La partición de la herencia se realiza por el contador partidor testamentario en los términos del artículo 1057 del CC. En el apartado de Estipulaciones de la escritura, se incluye lo siguiente: "Segunda. Inexigencia de aprobación judicial. En cuanto al discapacitado don F. A. M. C., se hace constar que no resulta necesaria la aprobación judicial de la partición, por aplicación del art. 1057 del Código Civil español. Del mismo modo, no habiendo padres ni tutores, no procede la citación de los representantes legales del discapacitado para la formación del inventario; ni tampoco consta medida de apoyo a la discapacidad que así lo exija, lo que se acredita con el certificado literal de nacimiento del discapacitado que se incorpora".

En el día de la fecha, el citado documento ha sido objeto de calificación negativa por el registrador, de conformidad con los siguientes fundamentos jurídicos.

## Fundamentos de Derecho.

Primero. Con arreglo al párrafo primero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, y 98 a 100 de su Reglamento, los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad y validez de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción.

Segundo. Se trata de una partición de contador partidor testamentario en la que uno de los herederos fue declarado incapaz en virtud de sentencia judicial en el año 2002. Se hace constar en la escritura que, dado que la representación legal en su día acordada respecto de dicho heredero (patria potestad rehabilitada) ha quedado vacante por el fallecimiento de los padres, "no procede la citación de los representantes legales del discapacitado para la formación del inventario; ni tampoco consta medida de apoyo a la discapacidad que así lo exija, lo que se acredita con el certificado literal de nacimiento del discapacitado que se incorpora".

Sin embargo, el art. 1057 del CC dispone en sus dos últimos párrafos: "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".

Es cierto que en el presente caso el heredero fue declarado incapaz en el año 2002. Pero la Disposición Transitoria V.<sup>a</sup> de la Ley 8/2021, 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, prevé el procedimiento de revisión de las medidas establecidas con anterioridad en relación con el discapacitado. Por tanto, podría haberse procedido a dicha revisión para que el juez determine cuales son las medidas de apoyo que precisa don F. A. y, a la vista de dicha decisión judicial, saber cómo ha de actuarse en los casos del art. 1057 del CC. Lo que en ningún caso es posible es entender que, por el hecho de que los titulares de la patria potestad rehabilitada hayan fallecido, la persona afectada por una discapacidad declarada judicialmente carece de medida alguna de protección y ayuda en el ejercicio de su capacidad, y que, por tanto, no es aplicable lo establecido en los últimos párrafos del mencionado art. 1057.

Tercero. En la propia escritura objeto de calificación se manifiesta que los dos hermanos comparecientes ejercen la guarda de hecho respecto de don F. A. A este respecto será de aplicación lo previsto en la Disposición Transitoria II.<sup>a</sup> de la citada Ley 8/2021, que dispone que: "Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley". El actual artículo 264 del CC, tras la redacción dada por esta Ley de reforma, señala en su párrafo primero: "Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oír a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad".

A la vista de la normativa expuesta, ha de entenderse que los dos hermanos que actúan como guardadores de hecho son los que en efecto deben asumir la representación de los intereses de don F. A. en el trámite de citación a la formación de inventario que prevé el ya citado art. 1057 del CC. Y para ello habrán de obtener la preceptiva autorización judicial que establece el expuesto párrafo primero del art. 264 del CC. Todo ello, salvo que, en aplicación de la DT V.<sup>a</sup> de la Ley 8/2021, acudan al juez para que determine las medidas de apoyo aplicables en este caso para auxiliar a don F. A. en el ejercicio de su capacidad, en cuyo caso a estas habría que atenerse.

Parte dispositiva.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación, el Registrador que firma la presente nota acuerda:

1. Suspender la inscripción del presente título por no constar cumplimentados los trámites necesarios en relación con el heredero en situación de discapacidad, en los términos establecidos en los arts. 264 y 1057 del CC.
2. Notificar la presente nota de calificación al presentante y al Notario que ha autorizado la escritura.

Contra esta de la calificación (...)

Chipiona, veinticinco de septiembre de dos mil veintitrés El Registrador interino (firma ilegible) Diego Palacios Criado.»

### III

Contra la anterior calificación, don M. A. S. H. interpuso recurso el día 20 de octubre de 2023 mediante escrito en el que, además de afirmar que la escritura había sido inscrita respecto de la vivienda situada en Sevilla, alegaba los siguientes fundamentos de Derecho:

«(...) V.1 Primer motivo de recurso: el discapacitado carece de medida alguna de protección y ayuda, por lo que no es aplicable el último párrafo del art. 1.057 C.C.

Dice literalmente la nota de calificación que la disposición transitoria V de la Ley 8/2021 "prevé el procedimiento de revisión de las medidas de apoyo establecidas con anterioridad en relación con el discapacitado", razón por la cual "podría haberse procedido a dicha revisión para que el juez determine cuáles son las medidas de apoyo que precisa Don F. A., y a la vista de dicha decisión judicial, saber cómo ha de actuarse en los casos del art. 1057 del C.c. Lo que en ningún caso es posible es entender que, por el hecho de los titulares de la patria potestad rehabilitada hayan fallecido, la persona afectada por una discapacidad declarada judicialmente carece de medida alguna de protección y ayuda en el ejercicio de su capacidad y que, por tanto, no es aplicable lo establecido en los últimos párrafos del mencionado art. 1057".

En contra de lo anterior cabe argumentar que ningún párrafo de la escritura calificada dice que el discapacitado carezca de medidas de apoyo y protección y que por eso no le es de aplicación el art. 1057 C.c. Dice la escritura pública que "no habiendo padres ni tutores, no procede la citación de los representantes legales del discapacitado para la formación de inventario, ni tampoco consta medida de apoyo a la discapacidad que así lo exija", lo que resulta rigurosamente cierto. Rebatimos el argumento en dos partes.

1.1 El discapacitado "carece de medidas de protección y ayuda". La afirmación del Sr. Registrador es inexacta. En relación a la Disposición Transitoria V de la Ley 8/2021 ni el propio discapacitado, ni la titular de la patria potestad rehabilitada (su madre q.e.p.d.) ni la autoridad judicial de oficio ni tampoco el Ministerio Fiscal han promovido el procedimiento de revisión de la discapacidad en orden al establecimiento de posibles medidas de apoyo. (1) Pero de ello no puede deducirse que el discapacitado carezca de medida alguna de protección y ayuda en el ejercicio de su capacidad, como afirma la nota de calificación.

De la propia escritura calificada resulta que los hermanos del discapacitado, don R. y don J. M. M. C., ejercen sobre éste la guarda de hecho, tal como asevera el propio notario autorizante en el apartado relativo a la intervención, siendo la propia guarda de hecho la medida que protege y apoya al discapacitado en el ejercicio de su plena capacidad.

Como nos recuerda la propia Fiscalía General del Estado (siguiendo la exposición de motivos de la Ley 8/2021) (2) en el protocolo marco suscrito con las Asociaciones Bancarias en julio de 2023 para interpretación de la medida de apoyo informal, "La

guarda de hecho de las personas con discapacidad, principalmente a través de su entorno familiar, es una realidad sociológica ampliamente extendida en nuestro país. El sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad articulado por la Ley 8/2021 refuerza la consideración de la guarda de hecho como medio de apoyo de naturaleza informal. Su eficacia jurídica se reconoce directamente por ministerio de la ley a partir de la constatación de su existencia en el caso concreto"

1.2 La falta de medidas de apoyo no evita la aplicación de lo establecido en los últimos párrafos del mencionado art. 1057. Aunque así se deduce de la nota, no es eso lo que dice la escritura calificada, pues ésta se limita a señalar que "no habiendo padres ni tutores, no procede la citación de los representantes legales del discapacitado para la formación de inventario, ni tampoco consta medida de apoyo a la discapacidad que así lo exija". Es evidente que don F. A. no tiene padres ni tutores (sujetos activos, sin duda, de la representación legal) ni tampoco medida especial de apoyo que exija tal citación. Luego una interpretación restrictiva del artículo 1057 del Código Civil nos obliga a no extender la exigencia más allá del ámbito literal a que este se circunscribe, pues toda norma restrictiva (en este caso restringiría el campo de actuación del contador partidor testamentario) debe ser interpretada de manera igualmente restrictiva.

Señala el Registrador más adelante que los guardadores de hecho ejercen la función representativa del discapacitado, deduciendo de ello, no solo que debieron ser citados a la práctica del inventario, sino que para ello debieron recabar la previa autorización judicial. Rechazamos de plano esta afirmación por las razones que expondremos seguidamente.

V.2 Segundo motivo: "Los guardadores de hecho deben asumir la representación de los intereses de don F. A. En el trámite de citación a la formación de inventario debiendo obtener para ello la preceptiva autorización judicial".

Invoca el Sr. Registrador la "representación de los intereses" del discapacitado como base de su argumentación, confundiendo la defensa y protección del discapaz con el mecanismo de la representación legal.

La ley no atribuye la representación legal del discapaz a los guardadores de hecho, en todo caso y circunstancia. Ni mucho menos. La función de los apoyos (formales e informales) consiste según el artículo 250 del Código Civil en "asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica". El apoyo puede ser accidental o permanente y puede extenderse al cuidado de su persona, al de sus bienes, o a ambos. A la vez, el art. 249 C.c. exige que el guardador respete la dignidad de la persona y la tutela de sus derechos fundamentales.

Pues bien, esa labor del guardador de hecho tiene dos aspectos diferenciados: uno meramente asistencial y otro de carácter representativo, sustituyendo la voluntad del discapacitado cuando éste no puede formar válidamente tal voluntad, ni siquiera con apoyo. Así lo reconoce expresamente la Fiscalía General del Estado, en el Protocolo Marco ya citado, cuando señala que "la naturaleza de la actuación del guardador, puesta en relación con la voluntad de la persona con discapacidad, es híbrida, variable y gradual entre los extremos que constituyen las dos opciones básicas de apoyo posibles: de una parte, la mera asistencia, acompañamiento o colaboración con aquel guardado que conserva habilidades para tomar decisiones y actuar -con dicho apoyo- por sí mismo; de otra parte, la actuación del guardador en representación de aquel guardado que presenta un mayor deterioro de dichas facultades".

A mayor abundamiento, debe destacarse que la función asistencial constituye la regla general y la representativa, la excepción. Así se deduce del artículo 264 del Código Civil, que regulando la función representativa del guardador de hecho, dice de la misma que es excepcional, en coherencia con toda la regulación legal sobre el ejercicio de su capacidad por las personas con discapacidad.

Es evidente que, aun no siendo exigible por la literalidad del artículo 1057 del Código Civil la citación para el inventario de los guardadores de hecho, en este caso es lo cierto

que los dos guardadores de hecho, don R. y don J. M. M. C. han comparecido en la escritura pública de referencia, la cual inventaría la totalidad de los bienes y derechos hereditarios. Pero el quid de la cuestión radica en dilucidar si la intervención de los guardadores de hecho en este caso constituye función representativa o función meramente asistencial. De ser meramente asistencial, la sola presencia de los guardadores de hecho en la formación de inventario sería suficiente; de ser representativa, los guardadores deberían recabar autorización judicial, conforme dispone el art. 264 del Código Civil: "Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad". Esto es lo que exige el Registrador de la Propiedad cuya calificación se recurre.

En nuestra opinión, la función de los guardadores de hecho en la citación a la formación de inventario es meramente asistencial y no implica representación legal alguna, como trataremos de poner de manifiesto a continuación.

Basamos nuestra afirmación en los siguientes argumentos:

1. La intervención de los representantes legales del menor o del discapaz (padres o tutores) a, a que se refiere el art. 1057 C.c. se enmarca en el ámbito de la mera vigilancia, defensa y tutela efectiva de los derechos del protegido, sin que el representante en ningún caso ocupe el lugar del representado ni manifieste voluntad alguna en sustitución del protegido. Prueba de ello es que:

- No se exige consentimiento del representante legal para la validez de la partición realizada por el contador partidor testamentario.
- Aunque se opusiera al inventario el representante legal, el contador puede hacer la partición, sin perjuicio de sus eventuales responsabilidades.
- El contador la llevará a cabo la partición, aunque el representante legal citado no comparezca al inventario. Lo contrario supone un consentimiento al inventario que la ley no exige ni prevé.
- Si hubiera representación legal, el representante actuaría en lugar del heredero representado. Pero en tal caso, no solo el heredero menor o discapaz tendría que ser citado a la formación de inventario, sino también los demás herederos.

Y si lo dicho anteriormente es aplicable a los genuinos representantes legales expresamente citados por el art. 1057 C.c., más aún lo será a quienes ni siquiera actúan como representantes legales del guardado fácticamente.

2. El guardador de hecho, por exigencia del artículo 264, párrafo segundo del Código Civil, necesita la autorización judicial "para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287". Sin embargo, como hemos sostenido anteriormente, en la guarda de hecho asistencial el guardador no presta consentimiento, solo lo hace en la representativa, que es la única en la que se sustituye al guardado, al no poder éste formar ni manifestar una voluntad válida y eficaz en Derecho acorde a la trascendencia del acto proyectado. Dicho de otro modo: en la función meramente asistencial, el guardador nunca consiente por el guardado -esto es le sustituye en la prestación del consentimiento al negocio- sino que vela por sus intereses y derechos fundamentales sin suplir su voluntad, que es lo que ocurre en el caso de la citación a la formación de inventario.

3. El guardador de hecho, por exigencia del artículo 264, párrafo segundo, necesita la autorización judicial "para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287". Pero entre estos, no está el acto de concurrir a la formación de inventario del artículo 1057 del Código Civil, siendo precisa una interpretación estricta y no extensiva de una norma que restringe el campo de actuación de quien ejerce la medida de apoyo, sea guardador de hecho o curador representativo. Y si bien es cierto que el artículo 289 del mismo cuerpo legal exige la aprobación judicial posterior de la partición hereditaria hecha por el curador representativo en representación del discapacitado, no

es menos cierto que la partición del artículo 1057 no la realiza el curador en representación del discapaz, sino el contador partidor única y exclusivamente, como tiene reconocida la doctrina y la jurisprudencia civil (por todas, la RDGRN de 18 de junio de 2013 que glosaremos seguidamente).

4. La propia Dirección General ante la que recurro tiene sentada la doctrina de que en este caso no existe representación alguna, por lo que no se requiere intervención judicial. Así, en su Resolución de 18 de junio de 2013, en un caso en que el contador partidor testamentario formuló el inventario con citación de la viuda que representaba a una hija menor, sentó dos afirmaciones tajantes:

(i) Que "a diferencia de la partición convencional, la partición de herencia hecha por el contador-partidor testamentario se configura como un acto o decisión unilateral en el más amplio sentido del término. Sólo requiere su concurso. De aquí se sigue que no se precise el consentimiento ni la intervención de ningún interesado, al margen del título de su llamamiento o de su carácter legitimario, y cualquiera que sea el 'status personae' o civil del mismo y su capacidad de obrar y con independencia, igualmente, de cómo se presenten o confluyan sus intereses, ya sea o no en términos de contraposición".

(ii) "Por ello, aunque estén interesadas en la sucesión personas que no tiene plena capacidad de obrar, no surgen en el curso de la partición conducida por el contador supuestos de actuaciones sujetas a control o refrendo judicial, hipótesis que se limitan a los casos de actuación de un representante legal -sea tutor, curador o defensor judicial- como parte otorgante de un acto particional en nombre de un 'alieni iuris'... Como corolario de lo anterior... puede afirmarse que tampoco puede haber riesgo real de conflicto derivado de que alguno de ellos represente (en el acto partitivo) los intereses de otros, pues como ya se expresó, tal eventualidad queda descartada por la actuación unilateral del contador partidor, en mérito a su función dirigente".

Con anterioridad, ya había señalado el Centro Directivo, en su Resolución de 18 de diciembre de 2002 que, habiéndose omitido el trámite de la citación del representante legal del incapaz para la formación de inventario, tal omisión vicia la partición unilateral, si bien desde la Sentencia de 08 de marzo de 1999, el Tribunal Supremo tiene declarado que "es causa de anulabilidad y como tal convalidable con posterioridad", lo que en nuestro caso resulta claramente sanado, si es que vicio había, con la concurrencia a la propia escritura de los dos guardadores de hecho.

En su Resolución de 10 de enero de 2012, la Dirección General recuerda que "tal y como ocurriría con la partición que efectúa directamente el testador, tampoco aquí se precisa la intervención de los mecanismos legales a los que se confía la representación y defensa de los intereses de los incapaces. Y al no ser precisa la actuación o intermediación de dichos representantes legales, tampoco son precisos los controles que se imponen para la adecuada vigilancia de sus actuaciones". Y añade: "7. Tratándose de una partición unilateral efectuada por el partidor y no darse, en consecuencia, ninguna variedad de representación en el proceso particional, pese a que uno de los herederos interesados es una persona incapacitada, no surgen supuestos de actuaciones sujetas a control o refrendo judicial, hipótesis que se limita al caso de actuación de un representante legal -sea tutor, curador o defensor judicial- en nombre de un incapaz. Esta consideración aparece confirmada por el propio artículo 1057.3 del Código Civil que exclusivamente establece como formalidad especial de este tipo de operaciones particionales verificadas por el partidor testamentario, cuando alguno de los interesados sea menor o incapacitado, la de citar a sus representantes legales a la formación del inventario".

V.3 Tercer motivo: la necesidad de evitar la judicialización de la discapacidad.

La Ley 8/2021 pretende una "razonable desjudicialización" en materia de discapacidad que se plasma, entre otras medidas, en el reforzamiento de la guarda de hecho, la cual, según se dice en la Exposición de Motivos de la misma, había sido

"entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional", debiendo ahora "convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo".

Las evidencias de esa "razonable desjudicialización" de la discapacidad se rastrean fácilmente en el Código Civil reformado por la ley 8/2021. Así:

(i) Distingue el artículo 250 del Código Civil como medidas de apoyo a la persona con discapacidad: las medidas voluntarias (todas en escritura pública notarial), la guarda de hecho y las medidas judiciales. Pues bien, el artículo 249 del mismo cuerpo legal señala que "las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate".

(ii) El artículo 255 párrafo cuarto del Código Civil, después de regular las medidas voluntarias dispone que "solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias".

La propia fiscalía general del Estado, en el Protocolo Marco tantas veces citado señala que "no puede perderse de vista que la ley vigente ha hecho de la guarda la primera alternativa al apoyo judicial, en defecto de apoyos voluntarios formalizados en escritura pública". Y añade: "una interpretación que condujera a judicializar toda la actuación ordinaria y natural del guardador vulneraría abiertamente dicho principio".

Sentado lo anterior, resulta necesario interpretar adecuadamente las normas sobre discapacidad absteniéndose de exigir requisitos de aprobación judicial que no están en la ley, ni extendiendo las exigencias de intervención judicial por vía de aplicación analógica o extensiva de las normas, conclusión a la que inexorablemente conduce la interpretación, equivocada a mi juicio, que realiza el Registrador en su nota de calificación.

Con base en el artículo 1057 del Código Civil, la designación en testamento de contador partidor testamentario, en previsión de que entre los futuros herederos haya menores sujetos a patria potestad o tutela, o discapacitados, dispuesta con la finalidad de evitar la necesaria intervención judicial de su herencia, constituye un mecanismo ágil y seguro, frecuente en la práctica notarial, para "desjudicializar" la partición. Sin embargo, la interpretación que realiza el Sr. Registrador del citado precepto, exigiendo autorización judicial para que los guardadores de hecho acudan a la formación de inventario, constituye un claro retroceso, contrario a la moderna interpretación de las normas sobre discapacidad, que convierte en papel mojado un mecanismo como el señalado (testamento con contador partidor testamentario) tan útil como seguro en la partición hereditaria donde concurren menores o discapaces.

Si la orientación de la ley española (siguiendo la estela marcada por la Convención Internacional de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad) camina hacia la desjudicialización de la discapacidad ¿qué sentido tiene exigir intervención judicial más allá de los casos en que la ley expresa y cabalmente lo exige para beneficio de la persona con discapacidad? Porque cuando el legislador exige la intervención judicial, no lo hace pensando en la protección del discapacitado (concepción paternalista que debemos ir desterrando) sino pensando en su plena inclusión y tratando de poner a su alcance los medios necesarios y adecuados que permitan a la persona con discapacidad ejercer su plena capacidad jurídica, en igualdad de condiciones junto a las demás personas que no presentan esa capacidad diferente.

#### VI Vulneración del artículo 327 de la Ley Hipotecaria.

Este precepto textualmente dice que "Publicada en el 'Boletín Oficial del Estado' la resolución expresa por la que se estime el recurso, tendrá carácter vinculante para todos los registradores mientras no se anule por los Tribunales."

Efectivamente, aducimos asimismo vulneración del citado artículo 327 de la LH, ya que, que establece la vinculación para todos los registradores de la doctrina contenida en las resoluciones de la DGRN, cuando resuelve recursos frente a calificaciones negativas.

Tal y como hemos indicado en el Fundamento de Derecho V (Fondo del Asunto ), punto V.2 (Segundo motivo: «Los guardadores de hecho deben asumir la representación de los intereses de don F. A. en el trámite de citación a la formación de inventario debiendo obtener para ello la preceptiva autorización judicial»), siendo sostenida y reiterada la doctrina de la DGSJYFP, sobre esta cuestión, en los términos señalados en las resoluciones citadas de fechas 18 de junio de 2013, 18 de diciembre de 2002, y 10 de enero de 2012, tal vinculación de las resoluciones obliga al registrador en el sentido contemplado en las mismas. En este sentido, las resoluciones de la DGRN a que hemos hecho expresa mención en dicho Fundamento de Derecho V, Punto 2, Segundo motivo, de este Recurso.»

#### IV

El registrador de la Propiedad informó mediante escrito y elevó el expediente a esta Dirección General. En dicho informe manifestaba que el día 25 de octubre de 2023 se procedió a notificar al notario autorizante de la escritura calificada la interposición del recurso, con traslado de su contenido, a los efectos de que en el plazo de cinco días pudiera, si lo estimaba oportuno, alegar lo que considerase adecuado, conforme al artículo 327 de la Ley Hipotecaria.

#### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 249, 250, 255, 263, 264, 265, 269, 287, 289 y siguientes (Título XI, «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica»), 1057 y 1058 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; los artículos 760, 762 y 793 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 56.1, párrafo tercero, 57.3, párrafo segundo, y 62.3 de la Ley del Notariado; 80 y 81 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1999, 6 de mayo de 2021 y 23 de enero y 20 de octubre de 2023; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de diciembre de 1982, 6 de febrero de 1995, 13 de noviembre de 1998, 19 de septiembre y 18 de diciembre de 2002, 21 de junio de 2003, 13 de octubre de 2005, 20 de julio de 2007, 10 de enero de 2012, 18 de junio y 11 de julio de 2013, 19 de julio de 2016, 4 de octubre de 2017, 28 de febrero de 2018 y 26 de junio de 2019, y 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 11 de enero, 26 de julio, 5 de septiembre y 9 y 20 de octubre de 2023, y, respecto de la independencia del registrador en su función de calificación, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de marzo y 8 de mayo de 2012, 5 y 11 de marzo y 10 de julio de 2014, 25 de marzo, 1 de abril, 5 y 16 de junio y 7 y 17 de septiembre de 2015 y 2 de noviembre de 2016, y de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 4 de junio de 2020, 25 de mayo, 26 de octubre y 16 de diciembre de 2021, 26 de enero, 14 y 23 de marzo, 11 de abril y 13 de mayo de 2022 y 25 de julio y 13 de octubre de 2023.

1. Mediante el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura de partición de herencia formalizada por el contador-partidor designado por la causante, con base en el testamento en que esta instituyó herederos a sus tres únicos hijos, don R. M. C., don J. M. M. C. y don F. A. M. C., (en una novena parte los dos primeros y en las restantes siete novenas partes el tercero). Respecto de este último, se hace constar en la escritura que fue incapacitado en virtud de sentencia de 14 de junio de 2002, por la

cual se acordó la rehabilitación de la patria potestad de sus padres, en la actualidad fallecidos. En la misma escritura consta que «queda el discapacitado en situación de ausencia de representación legal, ejerciendo la guarda de hecho sobre el mismo sus hermanos don R. y don J. M. M. C., comparecientes en este acto (...)». Y se inventarían, en pleno dominio, la mitad indivisa de dos viviendas, una inscrita en el Registro de la Propiedad de Sevilla número 14 y la otra en el Registro de la Propiedad de Chipiona, y la totalidad de un local comercial inscrito en el Registro de la Propiedad de Almendralejo, así como el saldo de una cuenta bancaria. Además, se expresa lo siguiente:

«Determinados de esta forma los distintos haberes en la herencia de la causante, por disposición del contador partidor testamentario se adjudica a sus herederos lo siguiente: a don R. M. C. y a J. M. M. C., para cada uno en pleno dominio, una novena parte indivisa de todo lo inventariado; y a don F. A. M. C., se le adjudican en pleno dominio siete novenas partes indivisas de lo inventariado (...)

Estipulaciones:

Primera. Partición de herencia y aceptación de la misma. El contador partidor testamentario, en uso de sus facultades, otorga la partición en los términos que resultan indicados. Los herederos mayores de edad y con la libre disposición de sus bienes don R. M. C. y a J. M. M. C., aceptan la herencia de su causante y aprueban las operaciones particionales realizadas.

Segunda. Inexigencia de aprobación judicial. En cuanto al discapacitado don F. A. M. C., se hace constar que no resulta necesaria la aprobación judicial de la partición, por aplicación del art. 1057 del Código Civil español. Del mismo modo, no habiendo padres ni tutores, no procede la citación de los representantes legales del discapacitado para la formación del inventario; ni tampoco consta medida de apoyo a la discapacidad que así lo exija, lo que se acredita con el certificado literal de nacimiento del discapacitado que se incorpora».

El registrador de la Propiedad fundamenta su negativa a la inscripción solicitada en los siguientes motivos: "(...) el art. 1057 del CC dispone en sus dos últimos párrafos: 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".

Es cierto que en el presente caso el heredero fue declarado incapaz en el año 2002. Pero la Disposición Transitoria V.<sup>a</sup> de la Ley 8/2021, 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, prevé el procedimiento de revisión de las medidas establecidas con anterioridad en relación con el discapaz. Por tanto, podría haberse procedido a dicha revisión para que el juez determine cuales son las medidas de apoyo que precisa don Francisco de Asís y, a la vista de dicha decisión judicial, saber cómo ha de actuarse en los casos del art. 1057 del CC. Lo que en ningún caso es posible es entender que, por el hecho de que los titulares de la patria potestad rehabilitada hayan fallecido, la persona afectada por una discapacidad declarada judicialmente carece de medida alguna de protección y ayuda en el ejercicio de su capacidad, y que, por tanto, no es aplicable lo establecido en los últimos párrafos del mencionado art. 1057.

Tercera. En la propia escritura objeto de calificación se manifiesta que los dos hermanos comparecientes ejercen la guarda de hecho respecto de don Francisco de Asís. A este respecto será de aplicación lo previsto en la Disposición Transitoria II.<sup>a</sup> de la citada Ley 8/2021, que dispone que: «Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley». El actual artículo 264 del CC, tras la redacción dada por esta Ley de reforma, señala en su párrafo primero: "Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente

expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad".

A la vista de la normativa expuesta, ha de entenderse que los dos hermanos que actúan como guardadores de hecho son los que en efecto deben asumir la representación de los intereses de don F. A. en el trámite de citación a la formación de inventario que prevé el ya citado art. 1057 del CC. Y para ello habrán de obtener la preceptiva autorización judicial que establece el expuesto párrafo primero del art. 264 del CC. Todo ello, salvo que, en aplicación de la DT V.<sup>a</sup> de la Ley 8/2021, acudan al juez para que determine las medidas de apoyo aplicables en este caso para auxiliar a don F. A. en el ejercicio de su capacidad, en cuyo caso a estas habría que atenerse».

El recurrente alega, en esencia, lo siguiente:

a) la propia guarda de hecho es la medida que protege y apoya a la persona con discapacidad en el ejercicio de su plena capacidad.

b) lo que expresa la escritura calificada no es que falten medidas de apoyo, sino que no consta medida de apoyo que exija la citación a los representantes legales de la persona con discapacidad.

c) la función de los guardadores de hecho en la citación a la formación de inventario a que se refiere el artículo 1057 del Código Civil es meramente asistencial y no implica representación legal alguna, pues el representante a que alude este precepto legal en ningún caso ocupa el lugar del representado ni manifiesta voluntad alguna en sustitución del protegido, por lo que no es aplicable la exigencia de autorización judicial a que se refiere el artículo 264 del Código Civil.

d) según este último precepto, el guardador de hecho necesita la autorización judicial «para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287»; mientras que, en el caso de la citación a la formación de inventario, el guardador de hecho no sustituye a la persona con discapacidad en la prestación del consentimiento al negocio; y entre los actos enumerados en el citado artículo 287 -que ha de ser de interpretación estricta y no extensiva- no está el acto de concurrir a la formación de inventario. Además, aunque el artículo 289 del Código Civil exige la aprobación judicial posterior de la partición hereditaria hecha por el curador representativo, no es menos cierto que la partición del artículo 1057 no la realiza el curador en representación de la persona con discapacidad, sino el contador-partidor única y exclusivamente, como tiene reconocida la doctrina y la jurisprudencia civil, por lo que, al no existir representación alguna, no se requiere intervención judicial (así resulta de la Resolución de este Centro Directivo de 18 de junio de 2013, entre otras que se citan).

e) la Ley 8/2021 pretende una «razonable desjudicialización» en materia de discapacidad que se plasma, entre otras medidas, en el reforzamiento de la guarda de hecho, la cual, según la Exposición de Motivos de aquella, había sido «entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional», debiendo ahora «convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo». Se encuentran evidencias de esa «razonable desjudicialización» en preceptos como los artículos 249, 250 y 255 del Código Civil. Con base en el artículo 1057 del Código Civil, la designación de contador-partidor testamentario, en previsión de que entre los futuros herederos haya menores sujetos a patria potestad o tutela, o afectados por discapacidad, dispuesta con la finalidad de evitar la necesaria intervención judicial, constituye un mecanismo ágil y seguro, frecuente en la práctica notarial, para «desjudicializar» la partición. Y, según la interpretación que realiza el registrador en la calificación impugnada, se exigen requisitos de aprobación judicial que no están en la ley, y se extienden las exigencias de intervención judicial por vía de

aplicación analógica o extensiva de las normas, en contra de esa referida desjudicialización.

2. Como cuestión previa, respecto de las alegaciones del recurrente sobre el hecho de que la escritura haya sido inscrita, respecto de determinada finca, en otro Registro de la Propiedad, debe recordarse que, como ha reiterado este Centro Directivo, el registrador, al ejercer su competencia calificador de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica (vid., entre otras, las Resoluciones de 13 de marzo y 8 de mayo de 2012, 5 y 11 de marzo y 10 de julio de 2014, 25 de marzo, 1 de abril, 5 y 16 de junio y 7 y 17 de septiembre de 2015, 2 de noviembre de 2016, 4 de junio de 2020, 25 de mayo, 26 de octubre y 16 de diciembre de 2021, 26 de enero, 14 y 23 de marzo, 11 de abril y 13 de mayo de 2022 y 25 de julio y 13 de octubre de 2023).

3. Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (vid. Resoluciones de 19 de julio de 2022 y 26 de julio y 9 de octubre de 2023), la Ley 8/2021, de 2 de junio, 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, aprobada 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.

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 esta 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 vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley», «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, extinguida la patria potestad rehabilitada judicialmente - por fallecimiento de su titular- cabe adoptar no sólo medidas de apoyo que se limiten a complementar la actuación del afectado por discapacidad sino también aquellas medidas que tengan consideración de representación legal.

4. Debe tenerse en cuenta que, en el presente caso, la capacidad del heredero don F. S. M. C. fue modificada por sentencia que consta en el Registro Civil, y que habiendo fallecido los titulares de la patria potestad rehabilitada, queda vacante la representación legal del heredero con discapacidad, equivalente a la de un curador representativo en la legislación actual, pero ello no implica ni que la situación de discapacidad desaparezca ni que el discapacitado pueda quedar desprovisto del apoyo que sea necesario. Lo que debe producirse es la revisión de la medida de apoyo que ha quedado extinguida y su adaptación a la concreta situación de esa persona, tarea reservada exclusivamente al juez, que es quien decidirá, conforme a Derecho y ajustándose al oportuno procedimiento, lo que proceda y mejor convenga a los intereses de aquélla.

En este sentido cabe recordar que los hermanos, quienes manifiestan ser los guardadores de hecho están legitimados para promover este expediente, así resulta del artículo 42 bis a) de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, modificada por la Ley 8/2021: «Podrá promover este expediente el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos». Y lógicamente en el supuesto de fallecimiento del representante legal deberán ser, así mismo, los obligados en poner este hecho en conocimiento del juez.

Entre tanto, podrán 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.»

No consta que, fallecidos los progenitores titulares de la patria potestad prorrogada, se haya puesto dicha circunstancia en conocimiento del Juzgado en el que se siguió el procedimiento de incapacitación, a fin de que puedan adoptarse las medidas necesarias para la adecuada protección de la persona en situación de discapacidad.

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, o incluso que sea suficiente la guarda de hecho sobrevenida, esta es una 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.

Como ha afirmado recientemente el Tribunal Supremo: «del mismo modo que no es necesario constituir una curatela cuando los apoyos que precisa esa persona están cubiertos satisfactoriamente por una guarda de hecho, nada impide que, aun existiendo hasta ahora una guarda de hecho, pueda constituirse una curatela, si las circunstancias del caso lo muestran más conveniente para prestar mejor ese apoyo» (Sentencias números 1443/2023 y 1444/2023, de 20 de octubre).

En conclusión, será en el ámbito judicial donde finalmente podrá decidirse sobre si la adopción de medidas de apoyo resulta innecesaria y desproporcionada o si, por el contrario, atendiendo a las circunstancias de la persona en concreto, es insuficiente la guarda de hecho ejercida.

5. 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.»

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo en Resoluciones de 9 y 20 de octubre de 2023, 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 caso analizado por dichas resoluciones, en que no constaba la existencia de guarda de hecho, consideró esta Dirección General que, mientras no fueran judicialmente adoptadas las medidas de apoyo que sustituyeran a la extinguida patria potestad rehabilitada, había de entenderse que debía 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 (cfr. asimismo artículos 56.1, párrafo tercero, 57.3, párrafo segundo, y 62.3 de la Ley del Notariado).

Y a la misma solución debe llegarse en este caso. Es cierto que a diferencia del supuesto analizado en las citadas Resoluciones de 9 y 20 de octubre de 2023, han comparecido a la formación de inventario (mediante el otorgamiento de la escritura de partición de herencia formalizada por el contador-partidor testamentario) quienes manifiestan ser guardadores de hecho de la persona afectada por discapacidad.

La guarda de hecho en este caso es una circunstancia sobrevenida por el fallecimiento de los progenitores, que, como se ha dicho anteriormente, no responde a la revisión judicial de las medidas anteriormente adoptadas que, entre tanto no se modifiquen seguirán vigentes aun cuando este vacante la figura del representante legal y sean ejercidas provisionalmente por el guardador, correspondiendo a la autoridad judicial determinar su suficiencia, idoneidad y permanencia.

Como dispone el párrafo cuarto del artículo 250 del Código Civil, la guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. Y, según el artículo 263, Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente.

De dichos artículos resulta su carácter subsidiario, ya que para su subsistencia es necesario que no existan otras medidas de apoyo, voluntarias o judiciales, o que las mismas no se estén aplicando de forma eficaz.

La guarda de hecho está sometida a la regla general establecida para todas las clases de apoyo en el artículo 249 del Código Civil, conforme al cual, solo «en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas».

El guardador meramente asistencial, en realidad, efectúa una función de complemento a la persona con discapacidad, pero es ella la que actúa, con el apoyo del guardador de hecho. Además, sin requerir autorización judicial, el guardador de hecho solo pueda realizar actos jurídicos sobre bienes de la persona con discapacidad que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar (vid. párrafo tercero del artículo 264 del Código Civil).

En esta línea, el mismo artículo 264 del Código Civil regula la función representativa del guardador de hecho, que se configura con carácter excepcional, siendo la regla general la de la actuación asistencial.

Señala en su párrafo primero:

«Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287 (...).»

A la hora de llevar a cabo esta labor de juzgar sobre la procedencia de las medidas y su contenido, el juez necesariamente ha de tener en cuenta las directrices legales previstas en el artículo 268 del Código Civil: «Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias».

La sentencia del Tribunal Supremo número 589/2021, de 8 de septiembre, advierte que, para proyectar las reseñadas directrices legales del artículo 268 del Código Civil al caso concreto, hay que evaluar si las medidas de apoyo acordadas responden a las necesidades de la persona y están proporcionadas a esas necesidades; si respetan la máxima autonomía de la persona interesada en el ejercicio de su capacidad jurídica; y si se atiende a su voluntad, deseos y preferencias.

Asimismo, cuando la función de apoyo la presta un guardador de hecho, puede ser preciso el nombramiento puntual de un defensor judicial, (así, el artículo 295.1.º del Código Civil prevé que se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona). También cuando es precisa la autorización judicial para una actuación representativa del guardador de hecho, el artículo 264 del Código Civil en su último párrafo expresamente establece que el juez «podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan».

Esto sucederá no solo cuando se aprecie conflicto de intereses sino también cuando, por la complejidad del acto, el guardador de hecho no sea la persona idónea para llevarlo a cabo.

Por tales razonamientos, en el presente expediente, existiendo ya medidas judiciales que han quedado extinguidas y no habiéndose producido conocimiento o control alguno por parte del juzgado competente en torno a la idoneidad de la guarda de hecho como sustitutiva de la medida anteriormente adoptada, debe concluirse que debió ponerse en conocimiento del Juzgado competente el fallecimiento de los progenitores y la situación de guarda de hecho adoptada por los familiares, citarse al Ministerio Fiscal para que, en su caso impulse el procedimiento de jurisdicción voluntaria pertinente (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.

Y, en el caso de que por la autoridad judicial se valorara como idónea la guarda de hecho ejercida por los dos hermanos, estos deberán asumir la representación de los intereses de don F. A. en el trámite de citación a la formación de inventario que prevé el

ya citado art. 1057 del Código Civil. Y para ello, tratándose de una función representativa que excede de la prevista para la guarda de hecho, habrán de obtener la preceptiva autorización judicial que establece el expuesto párrafo primero del artículo 264 del Código Civil. Todo ello, salvo que el juez determine otras medidas de apoyo aplicables en este caso para auxiliar a don F. A. M. C. en el ejercicio de su capacidad, en cuyo caso a estas habría que atenerse.

En consecuencia, debe confirmarse la calificación impugnada.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación del registrador en los términos que resultan de las anteriores consideraciones.

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, 19 de enero de 2024.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.