

3153 Inscripción de escritura de protocolización de cuaderno particional: régimen aplicable a un legado de cosa específica y determinada hecho a legitimario persona con discapacidad

Comentario a la RDGSJyFP 22469/2023, de 9 octubre (JUR 2023, 396223)

SOFÍA DE SALAS MURILLO

Catedrática de Derecho civil

Universidad de Zaragoza

Resumen: La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública analiza la pertinencia de la citación a la realización del inventario al representante legal del legatario de cosa cierta y determinada, en partición efectuada por contador partidor. La cuestión presenta la doble complejidad provocada por la ausencia en la Ley 8/2021, de 2 de junio, de régimen transitorio específico para las cuestiones sucesorias y por el hecho de que la cuestión se plantea extinguida la patria potestad rehabilitada y pendiente la revisión de la medida. Se entiende que, en esa situación, procede adoptar una medida cautelar de citación del Ministerio Fiscal, o, de estar nombrado, al defensor judicial. También se plantea si, pese a la doctrina consolidada de que la previsión del art. 1057.3 CC se aplica, no solo a los coherederos a los que se refiere el texto del artículo, sino también a los legatarios de parte alícuota pero no a los de cosa cierta y determinada, la condición de legitimario del legatario persona con discapacidad, hace necesaria la citación del representante legal a la realización del inventario, como medida de protección de aquél, en previsión de una eventual reducción del legado por inoficiosidad.

Palabras clave:

Inventario de los bienes de la herencia, Partición hereditaria, Contador-partidor, Legado, Persona con discapacidad, Ley 8/2021, de 2 de junio, Disposiciones Transitorias, Legítima.

Abstract: The Directorate General for Legal Certainty and Public Faith analyses the relevance of summoning the legal representative of a legatee of a certain and determined thing, in a partition carried out by a partitioning accountant, to carry out the inventory. The question presents the double complexity caused by the absence in Law 8/2021, of 2 June, of a specific transitional regime for inheritance matters and by the fact that the question arises once the rehabilitated parental authority has been extinguished and the review of the measure is pending. It is understood that, in this situation, it is appropriate to adopt a precautionary measure of summoning the Public Prosecutor's Office or, if appointed, the court-appointed public defender. The question also arises as to whether, despite the consolidated doctrine that the provision of Art. 1057.3 CC applies not only to the co-heirs referred to in the text of the article, but also to the legatees of an aliquot part but not to those of a certain and determined thing, the condition of the legatee with a disability as a legitimate beneficiary makes it necessary to summon the legal representative to carry out the inventory, as a measure of protection of the legitimate beneficiary with a disability, in anticipation of a possible reduction of the legacy due to inofficiousness.

Keywords:

Inventory of the assets of the estate, Inheritance partition, Hereditary accountant-partier, Legacy, Person with disability, Law 8/2021, of 2 June, Transitory Provisions, Reserved portion.

Voz índice analítico: Partición efectuada por contador partidor. Inventario de los bienes hereditarios.

DOCTRINA

La revisión de una medida de patria potestad rehabilitada y su adaptación a la concreta situación de esa persona es tarea reservada al juez: 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.

Habiendo fallecido la titular de la patria potestad rehabilitada, pueden ser de aplicación las medidas cautelares a que se refiere el actual art. 762 LEC, y como medida de apoyo *ad casum*, ha de citarse al Ministerio Fiscal, o, si hubiera sido nombrado, al defensor judicial a que se refiere el artículo 295 del Código Civil.

En segundo lugar, el hecho de que se trate de un legado de cosa cierta y determinada, como es en pago de legítima, hace necesaria la citación del representante legal a la realización del inventario, por el posible peligro de reducción por inoficiosidad. Y es que este 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.

En 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. Y ello, en aplicación asimismo del principio general del Derecho de que no cabe adquirir derechos sin la aceptación de su titular.

HECHOS

En el testamento otorgado en 2018, la causante lega a su hijo, a la sazón incapacitado y respecto al que ejercía la patria potestad rehabilitada, los derechos que aquella ostentaba sobre una vivienda, plaza de garaje y trastero, 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 tres nietos, quienes serían sustituidos por sus descendientes.

La partición se lleva a cabo en 2023, únicamente por la contadora-partidora, que no cita para la realización del inventario a ningún representante del hijo legatario porque se considera que habiendo fallecido la titular de la patria potestad prorrogada y causante de la herencia, no existe en la actualidad representante legal de dicho heredero y por tanto no procede la notificación del art. 1057.3 CC.

El registrador suspende la inscripción de la escritura de protocolización de cuaderno particional, porque siendo uno de los sucesores persona con discapacidad, debería haberse formado inventario con intervención de su representante legal, y además porque 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.

Se presenta recurso ante la Dirección General, que confirma la calificación del registrador.

COMENTARIO

El caso del que se ocupa la resolución plantea dos cuestiones: una de ellas, clásica (si la necesidad de hacer inventario y citar a los representantes legales de menores o tutelados se aplica a legados que no son de parte alícuota, así como el papel que, en su caso, deberían tener los representantes legales), y otra, podemos decir que nueva, a la luz de los problemas que plantea, con carácter general, el régimen transitorio del sistema

instaurado por la Ley 8/2021, en este caso, aplicado a una situación, también transitoria, que es la de fallecimiento de quien ejercía en su momento una patria potestad rehabilitada.

Las razones que el Notario da para entender que en este caso no era necesario el inventario ni la citación de nadie que no sea el propio llamado a la herencia son básicamente dos:

- 1) • Que, al haber fallecido quien ejercía la representación legal en virtud de la patria potestad rehabilitada, a la luz del régimen vigente, la persona con discapacidad carece de representante legal, y, por tanto, difícilmente este puede ni debe ser citado. Y ello, no solo durante el período de *sedis vacantis* del cargo, sino porque la filosofía de la reforma no solo elimina la patria potestad prorrogada o rehabilitada, sino que empuja hacia la evitación de esta situación de representación, que está llamada a darse solo en casos muy excepcionales.
- 2) • Que, aún en el supuesto de que fuera necesario, al no tratarse de un coheredero, ni un legatario de parte alícuota, sino de un legado de cosa cierta y determinada, no ha de aplicársele el mandato contenido en el art. 1057 CC.

No plantea problemas que la adquisición derivada de la partición haya de inscribirse –como decía la nota de calificación– bajo condición suspensiva de su aceptación por el heredero o legatario, criterio aplicado por el registrador en aplicación de la doctrina sentada por las Resoluciones de la DGRN de 19 de julio de 2016 o de 19 de septiembre de 2002, aceptado por la recurrente. Y ello, porque según la Dirección General, a la luz del principio general del Derecho de que no cabe adquirir derechos sin la aceptación de su titular, tratándose de una partición otorgada por contador partidor, si no consta 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.

I. DOBLE TRANSITORIEDAD QUE CONCURRE EL CASO: LA DEL QUE QUEDA PRIVADO TRANSITORIAMENTE DEL PRESTADOR DE APOYO EN EL PERÍODO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN TRANSITORIO DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO

En el régimen anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, la rehabilitación de la patria potestad se producía cuando se incapacitaba a una persona mayor de edad, soltera, que viviera en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, que eran los presupuestos del art. 171 CC. El contenido de la guarda legal en este caso se caracterizaba por su flexibilidad, pudiendo ir desde un régimen equivalente al de la tutela –que correspondía, generalmente, a la situación de la conocida como incapacidad total–, o al de la curatela, que podía tener un mayor o menor alcance, y que, en principio, actuaba a modo de complemento de capacidad y no de sustitución. Es decir, dependía del alcance de la propia incapacidad en sí, y dicho contenido determinaba que, al cesar la patria potestad prorrogada o rehabilitada, se constituyera la tutela o curatela, según los casos. En cualquier caso, la flexibilidad que caracterizaba a la rehabilitación de la patria potestad fue un buen banco de pruebas para –no solo, pero especialmente, tras la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad– dar juego al margen de creación judicial y de diseño personalizado del régimen a aplicar, dado que el juez no estaba constreñido por el encasillamiento en una u otra figura: de hecho, se crearon figuras mixtas que tenían aspectos tanto de tutela como de curatela (De Salas Murillo, «Repensar la curatela», *Derecho privado y Constitución*, n.º 27, 2013).

En el caso de la resolución se había declarado la «plena incapacidad» del legatario para «regir su persona y bienes por sí solo», lo que, en abstracto, y al margen de posibles modificaciones de sentencia por mejoría de la persona o por adaptación a nuevas situaciones, hubiera presagiado que el régimen al que estaría sometido a partir del fallecimiento de los padres hubiera sido el de tutela. En el ínterin, la falta de guardador legal –por el motivo que sea, entre los cuales está, por supuesto, la muerte–, en tanto no se proveyera al nombramiento

de uno nuevo, podía salvase a través de la correspondiente adopción de medidas cautelares (art. 762 CC) y si era necesario, del nombramiento de un defensor judicial (arts. 299 y ss. CC), en su modalidad conocida como *tutela o curatela provisional*, término este no técnico, pero sí extendido en la práctica.

La respuesta a este caso concreto la luz del sistema actual, vendría dada por el art. 1057.3º CC, que dispone que el régimen de la partición del testador y del contador-partidor «*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*

Prescindamos ahora de que en el caso concreto la persona con discapacidad no es un coheredero sino un legatario de cosa específica y determinada, cuestión de la que nos ocuparemos en el segundo apartado de este comentario. Desde este prisma, cabría afirmar lo siguiente:

1. Si se trata de un coheredero sometido a patria potestad rehabilitada, y el padre aún vive, habría que entender que la referencia a los coherederos «*sujetos a patria potestad o tutela*» sólo es aplicable en la actualidad a los menores, y no cabe plantear la posibilidad de su aplicación a las figuras de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, porque ambas han quedado suprimidas con la reforma (Domínguez Luelmo, «Las personas con capacidad modificada judicialmente y los menores antes la partición hereditaria: Derecho transitorio», *Un nuevo derecho para las personas con discapacidad*, Dirs. Cerdeira Bravo de Mansilla y Pérez Gallardo, Coord. García Mayo, Olejnik, 2021, p. 365).

2. Aceptado lo anterior, no puede pensarse, sin embargo, que por la simple entrada en vigor de la Ley 8/2021, la persona con discapacidad pase a ser considerada a todos los efectos como una persona no necesitada de ninguna medida específica de apoyo o protección, en este caso, de lo que supondría el inventario con citación de alguien ajeno a los propios coherederos: cerrar los ojos a estar realidad, supondría una interpretación *literalista*, que no solo desagradará a los renuentes al nuevo sistema implantado por dicha ley, sino que creo que tampoco se acomoda al espíritu de la reforma.

3. A partir de aquí, entraría en juego la doble transitoriedad que concurre en el caso concreto. La primera sería la de la norma a aplicar, y el problema es que las disposiciones transitorias de la Ley no se ocupan expresamente del Derecho sucesorio, salvo la Disposición Transitoria cuarta, referida al caso concreto de las sustituciones realizadas en virtud del art. 776 CC.

Como primera solución, cabría pensar en acudir a las disposiciones transitorias del Código civil, y en concreto a la n.º 12, de modo que, si la sucesión se hubiera abierto antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, se aplicaría el régimen anterior. Pero este criterio, como señala Domínguez Luelmo, no resulta acorde con la finalidad de la norma, que trata de eliminar las discriminaciones que afectan a las personas con discapacidad: esto se pone de especial manifiesto, por ejemplo, en la Disposición Transitoria primera, que deja sin efecto las meras privaciones de derechos de las personas con discapacidad, o de su ejercicio, a partir de la entrada en vigor de la nueva ley. En ese sentido, procedería pensar entonces en la aplicación de lo dispuesto en el 1057.4º CC «*Cuando el coheredero tenga dispuestas medidas de apoyo, debe estarse a lo establecido en ellas*», medidas, que en su momento, serán tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos con arreglo a los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y máximo respeto a la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias. El problema es que esto solo tiene pleno sentido para las situaciones que se planteen ante los tribunales una vez que entre en vigor la reforma (Domínguez Luelmo, «Las personas...», cit., p. 367). De hecho, aquí no se han adoptado esas medidas aún, por lo que difícilmente se puede acudir a ellas.

4. Ante lo anterior, si el padre viviera, el tenor del párrafo 3º de la Disposición Transitoria segunda («*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»)–que trasluce la idea de continuidad en la necesidad, que se presume, y, en consecuencia, en el nombramiento, eso sí, mientras viven los padres y están en condiciones de ejercerla– le permitiría seguir actuando conforme a las normas establecidas para los curadores representativos, aplicando el criterio del párrafo 1º de esta misma disposición («*A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos...*»). Y ello, porque, aunque nada se diga respecto a la patria potestad rehabilitada, dado que en este caso se trataba de una incapacitación plena, y el contenido de la patria potestad prorrogada era de tipo tutelar, su tenor habría de interpretarse aquí, en tanto no se revise la sentencia, en el sentido transitorio de la necesidad de representación en los casos en los que, de haber vivido la madre testadora, la persona con discapacidad hubiera sido representada. Por ello, en el caso de la resolución comentada, hubiera procedido su citación con esa concreta función representativa, comparecencia para la que, sin embargo, entiendo, no haría falta autorización judicial siendo como los arts. 287 y 289 CC deben ser interpretados en forma estricta.*

5. El problema es que los padres no viven, y se acusa aquí con mayor crudeza la falta de régimen transitorio, pues hay que proveer a dar una solución en esta etapa de interinidad, en la que no consta que haya ninguna medida de apoyo, hasta que se adopten de forma efectiva las que procedan. Y la solución se adoptará conforme al régimen vigente (Domínguez Luelmo, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Dir. Guilarte Martín-Calero , Aranzadi, 2021, p. 1492), en el que continúa vigente la posibilidad de adoptar medidas cautelares, reguladas tanto en la LEC como en la LJv. En el caso que analizamos, la RDGSJFP alude a la posibilidad de utilizar las del art. 762 LEC, que son las previas al correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria (siendo por ello discutible su emplazamiento en la LEC, pues como advierte Garcimartín Montero, cabe la posibilidad de que no llegue nunca a haber un proceso contencioso en la materia), para obligar, se entiende, a la realización de inventario, y en su caso, nombrar a la persona que actúe a modo de representante a los efectos de ser citado. *Vid.* Garcimartín Montero, *La provisión judicial de apoyos a personas con discapacidad*, Aranzadi, 2021, pp. 155 y ss). En este sentido, hay que recordar que estas medidas se vienen usando en el ámbito de la discapacidad no siempre como instrumentos para garantizar la eficacia de la decisión que finalmente se adopte en el proceso de provisión de apoyos, sino que muchas veces dan respuesta a la necesidad de adoptar decisiones urgentes en asuntos de carácter médico o económico, etc., por lo que no tienen propiamente naturaleza cautelar, aunque se practiquen con frecuencia como tales (Pérez Daudí, «La posibilidad de adoptar medidas cautelares en los expedientes de jurisdicción voluntaria», *Justicia*, 2015, n.º 2, p 181). Siendo por tanto útiles para instar la realización de inventario, pienso que, de cara al nombramiento de la persona a citar, parece técnicamente más adecuado aludir –acaso como petición subsidiaria en otrosí– a la posibilidad de nombrar un administrador judicial de los bienes, o incluso de un defensor judicial, que sigue previsto en el actual art. 295.1º CC, entre otras funciones, como solución interina o medida de apoyo coyuntural (Álvarez Lata, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Dir. Guilarte Martín-Calero , Aranzadi, 2021, p. 833): si cuando el representante tiene un interés contrapuesto al del representado, la jurisprudencia tiene establecido que ha de nombrarse un defensor judicial, que es quien habrá de ser citado a los efectos de este art. 1057 CC (STS de 26 de noviembre de 1955, RJ 1955, 3588), de modo análogo habría de ser nombrado para cuando no lo haya de forma transitoria, esto es: en tanto no se proceda a un nuevo nombramiento. Respecto a su tramitación procesal, están legitimados activamente para solicitar su nombramiento, el Ministerio Fiscal, la persona con discapacidad o quien actúe en su interés, e incluso puede ser el propio órgano judicial, lo que puede darse, por ejemplo, en el seno del expediente de provisión de apoyos o mientras se tramita la excusa del curador. Si el nombramiento de defensor judicial viene reclamado por un asunto pendiente entonces asumirá el nombramiento el juez que esté conociendo de dicho asunto (art. 28 LJv).

Ahora bien, en el caso concreto que estamos analizando, este nombramiento presupone la convicción por

parte de quien lo solicita y la constatación por parte de quien lo decreta, de que la persona necesita esa medida de apoyo concreta, consistente en ser citado (que no aprobar) como representante en la realización del inventario. Como antes se mencionaba, es bastante posible que una persona anteriormente sometida a un régimen de incapacidad plena siga necesitando en el futuro de apoyos, no necesariamente de tipo representativo, pero sí, por una razón de realismo estadístico, cuanto menos, de algún tipo de medida de apoyo. Ciento es que la correcta aplicación de la norma, teniendo en cuenta los nuevos parámetros de la actual regulación, hará que en muchos de los casos que antes se resolvían representando a la persona con discapacidad, no se recurra a esta medida, ahora excepcional, pero la realidad se impondrá y seguirá habiendo casos, y me aventuraría a decir que, en la inmensa mayoría de los casos, habrá algún tipo de medida de apoyo, aunque sea de tipo asistencial.

En segundo lugar, porque esa es una cuestión a apreciar en el marco del expediente de jurisdicción voluntaria, que prevé la celebración de una comparecencia (art. 29 LJV) a la que asistirá el Ministerio Fiscal, las personas que pudieran estar interesadas en el expediente, y –lo que es aquí especialmente relevante– la persona con discapacidad, salvo que sus facultades estuvieran excesivamente mermadas, en cuyo caso se podría omitir su asistencia a la vista. Es decir, es la autoridad judicial la que, en esa situación de interinidad que antes calificaba de sede vacante, parece que es la adecuada para tomar esa decisión y no el notario. No es lo mismo calificar la capacidad de una persona que no ha tenido sentencia de incapacidad, que enfrentarse a una situación de una persona pendiente de revisión de sentencia: revisión, en el caso que nos ocupa, de urgencia, dado que ha quedado sin persona que ejerza la medida de apoyo. Y en este sentido, como recordó la RDGSJFP de 26 de julio de 2023 (BOE de 27 de septiembre de 2023), «la revisión de las medidas vigentes, y su adaptación a la concreta situación de la persona respecto de las que se establecieron, es tarea reservada al juez, que es quien decidirá, conforme a Derecho y procedimiento, lo que proceda y mejor convenga a los intereses de esa persona. Y en tanto no medie esa revisión, y aun constatado que la persona con discapacidad pueda eventualmente requerir, como medida de apoyo, una curatela asistencial y no representativa, esa decisión final escapa de las competencias atribuidas al notario». Insisto que aquí la peculiaridad deriva de que se deja a la persona sin ningún tipo de medida de apoyo para esta situación, sin que tampoco pronunciamiento afirmativo de la plena capacidad de obrar del legatario que hiciera innecesaria medida alguna de apoyo. Distinto sería el caso de que constara la existencia de una guarda de hecho: acaso ahí es el guardador de hecho quien hubiera debido ser citado a la formación del inventario. En cualquier caso, la actuación de un guardador de hecho en la fase previa a la revisión de la sentencia apunta a ser uno de los temas más conflictivos de la puesta en marcha de la Ley 8/2021, del que habrá que realizar el correspondiente seguimiento.

De cara al futuro, la fórmula abierta del art. 1057.IV CC en su nueva redacción, será, previsiblemente pronto, complementada en la práctica por modelos o directrices provenientes de distintos ámbitos, que probablemente irán en la dirección de que, si se trata de una medida de apoyo de tipo curatela y, en particular, si es representativa, se preverá que el curador haya de ser citado por el contador-partidor para proceder correctamente al trámite de formalizar el inventario, debidamente valorado (Rubio Garrido, 116). En cualquier caso, aunque el espíritu de la reforma está que la sentencia detalle el sistema de apoyo, y pese a la buena voluntad de los que, en cada caso, tengan que diseñar las medidas, no será frecuente que estas hilen tan fino y contengan previsiones relativas a la partición, por lo que cuando la sentencia no diga nada, cabe pensar en que la notificación será necesaria también cuando exista otra medida de apoyo atendiendo a la finalidad de la norma de reforzar la protección de menores y personas con discapacidad (Represa Polo, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Dir. Guilarte Martín-Calero, Aranzadi , 2021, p. 975), de modo que siempre que no se haya excluido expresamente la aplicabilidad del precepto, se ha de observar lo previsto en el art. 1057.III CC (Rubio Garrido, «Modificaciones introducidas por la ley 8/2021, de 2 de junio, en materia de colación y división de herencia»,

La persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones, Dirs. Espejo Lerdo de Tejada, Cerdeira Bravo de la Mansilla, Coords. Murga Fernández, García mayor, Aranzadi, 2023, pp. 116 y 117). Sin embargo, pienso que, por interpretación sistemática del precepto, y por la idea de excepcionalidad que, en cuanto a la representación preside la nueva legislación, la aplicación de dicho precepto debería reducirse a los casos en que la medida de apoyo fuera de tipo representativo, aunque no fuera más que previsto para algún caso o casos puntuales. En caso contrario, no parece procedente, entre otros motivos, porque no habría nada similar a un representante legal al que citar. Y porque además si –ya procedan del interesado o de la autoridad judicial– no se ha previsto ningún tipo de actuación representativa es porque no se considera una medida proporcional, y por tanto carecería de justificación su aplicación en este caso.

II. APLICACIÓN DE LA EXIGENCIA DEL ART. 1057.III A LOS LEGADOS DE COSA ESPECÍFICA Y DETERMINADA

No resulta tan claro el tema de si, por el solo hecho de ser el legatario persona necesitada de medidas de apoyo, esta exigencia del art. 1057.III CC se aplica a todo tipo de legados.

El tenor del artículo se sigue refiriendo a los «*coherederos*», por lo que parece vigente la doctrina consolidada iniciada por la RDGRN 25 de marzo de 1952 (RJ 1952, 1623) y la STS 6 de noviembre de 1934 (RJ 1934, 1781), que consideraron, atendida la *ratio* del precepto, que si bien podría ser aplicable al legatario de parte alícuota, no es necesaria la citación cuando se trata de un legado cosa específica y determinada, aunque fuese imputable a mejora, lo que coincide con el caso del que se ocupa la resolución.

La Dirección General, en primer lugar, justifica su afirmación sobre la base de que la *ratio legis* de dicha norma es la protección de, en este caso, 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.

Dejemos aparte la consideración de que la finalidad principal de la reforma de la Ley 8/2021 –que afectó también a este artículo– no es, en mentalidad del legislador, la protección ni la defensa del interés superior de la persona con discapacidad: aunque esta continúa siendo una cuestión debatida, lo cierto es que desde la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se transita por un camino que va desde la idea de protección al actual apoyo y potenciación de la autonomía efectiva de las personas con discapacidad. Sirva aquí decir que, con todo, la reforma, de forma acertada, se aparta en algunos puntos de la Observación general n.º 1 (2014) del Comité de Naciones Unidas, y admite mecanismos representativos (curatela con facultades de representación, incluso plena), si bien de forma muy restringida, e introduce, también de forma limitada, las ideas de protección y de interés de la persona con discapacidad (Martínez de Aguirre Aldaz, «Autonomía, apoyos y protección en la reforma del Código civil sobre discapacidad psíquica», *Diario La Ley*, n.º 9851, de 17 de mayo de 2021, p. 1). Sobre esta premisa, y aceptando que esta norma pudiera tener esa finalidad de protección, procede preguntarse si la posición de legatario de cosa cierta y determinada es acreedora del mismo nivel de protección que al del coheredero o legatario de parte alícuota.

Afirma la Dirección General que sí, contradiciendo una línea mantenida con anterioridad, porque, en este caso, «se trata de legado en pago de legítima», y porque en la determinación de la composición del caudal hereditario, y por tanto en la realización del inventario, está también interesado el legatario de cosa determinada, «en tanto en cuanto puede quedar afectado el legado si se declara su inoficiosidad», lo que sucedería si no se respetan las legítimas de los nietos, hijos de otro hermano o hermanos fallecidos, que concurren aquí por representación, y que justificaría el carácter inoficioso del legado dejado a la persona con discapacidad.

Pero entonces, obsérvese que el motivo no es tanto que el legado sea en pago de legítima, cuanto que

concurre con otros legitimarios, cuya legítima estricta ha de ser respetada, lo que puede provocar la reducción por inoficiosidad del legado dejado al legitimario persona con discapacidad. En este sentido, que en la práctica del inventario se notifique al representante legal, o, en su caso, a quien presta el apoyo, sirve para que, con facultades «simplemente supervisoras» (Represa Polo, op. cit., p. 976), aquel vele porque no se dejen de incluir bienes hereditarios, o para evitar que se incluyan deudas que no corresponden, protegiendo así la posición del legitimario persona con discapacidad. Así visto, y aunque, de entrada, sorprenda la posición de la Dirección General en este punto, tiene su justificación.

¿Podría la testadora haber evitado *a priori* este peligro de reducción del legado? El testamento fue otorgado antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en concreto, el 26 de julio de 2018, por lo que en ese momento ya estaba vigente la posibilidad –fruto de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre– de haber establecido una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciario el judicialmente incapacitado y fideicomisarios los coherederos forzosos. También podría haber optado por legar un derecho de usufructo sobre el citado inmueble, con lo que se conseguiría similar finalidad de protección económica, posiblemente de manera menos problemática (Espejo Lerdo de Tejada, *Tendencias reformistas en el derecho español de sucesiones. Especial consideración al caso de las legítimas*, Bosch, 2020, p. 68 y ss.). Si, siendo clara la voluntad de la aquella de «legar la vivienda, con su trastero y garaje, imputando el legado al tercio de legítima estricta, y en el exceso al de mejora, y al de libre disposición por este orden» a la persona con discapacidad (no consta que los nietos la tengan), no se hizo, es porque se presume que se daba por supuesto que no iba a haber problemas de inoficiosidad del legado. Por lo mismo, no se configuró la disposición de la vivienda en forma de legado de derecho de habitación –en el caso de que se hubieran cumplido sus presupuestos– que también hubiera neutralizado cualquier posible reducción de legado por dicho motivo.

Como no se optó por ninguna de estas posibilidades para evitar o solucionar una posible inoficiosidad del legado, podría pensarse, atendida la finalidad en parte protectora de la normativa actual, en considerar ya aplicable la disposición del actual párr. 4º del art. 808 CC «*Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa*

. Si así fuera, perdería fuerza la argumentación de la Dirección General, en esta resolución, respecto a la aplicación de la previsión del art. 1057 CC al legado de cosa específica y determinada, porque cabría interpretar que la voluntad del testador es que ese bien vaya a la persona con discapacidad, posiblemente por motivo de su discapacidad misma, y por eso, aunque no se esté diciendo expresamente (porque en ese momento no podía decirlo al no permitirlo la norma), si tiene que afectar a la intangibilidad de la legítima de los otros legitimarios sin discapacidad, que así sea.

Obsérvese que acabo de hablar de la «finalidad en parte protectora de la normativa actual»: no es este el lugar para analizar ni el debate doctrinal de fondo sobre el equilibrio autonomía-protección antes mencionado, ni la *ratio* de este precepto concreto, que es, cuanto menos, problemática. Solo quiero dejar apuntado que ha de tenerse presente, con carácter general, que la idea del legislador es de clara y casi absoluta primacía de la promoción de la autonomía respecto a la finalidad de protección: sin embargo la citada previsión del art. 808 CC se escora claramente hacia esta segunda, limitando además considerablemente las facultades dispositivas que sobre el bien tendrá la persona con discapacidad, lo que desde luego no casa con el espíritu de la reforma efectuada por la Ley 8/2021 (por todos, sobre esta conflictiva cuestión, De Amunátegui Rodríguez, para quien hubiera sido más conveniente suprimir el contenido incluido en 2002, levantando el gravamen sobre la legítima estricta, olvidando así una institución

que, por otra parte, en absoluto ha sido utilizada. *Vid.* De Amunátegui Rodríguez, *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Dir. Guilarte Martín-Calero , Aranzadi, 2021, pp. 936-939).

En cualquier caso, el plantear su posible aplicación pone de manifiesto nuevamente los problemas derivados de la ausencia de régimen transitorio específico para la materia sucesoria, a salvo de lo dispuesto para las sustituciones ejemplares.

La aplicación de lo que podríamos denominar Derecho transitorio común, cuyos principios deben aplicarse a todos aquellos cambios legislativos que no posean sus propias normas especiales de esta naturaleza (Domínguez Luelmo, «Las personas...», cit., 366), haría depender la aplicación de este régimen del art. 808 CC de la fecha de la apertura de la sucesión: el problema es que en la resolución que analizamos consta que el testamento fue otorgado antes de la misma, y la partición después, pero no consta la fecha de apertura de la sucesión, elemento sobre el que pivota la Disposición Transitoria 12^a CC.

Si la fecha de apertura de la sucesión es posterior a la de la entrada en vigor de ley, en virtud de este criterio, podría entenderse aplicable el art. 808 CC y, como decía, perdería fuerza el argumento de la DGSJFP. Si la fecha es anterior, creo que no, porque aquí no encajaría la argumentación de que, con la entrada en vigor de la nueva regulación quedan sin efecto no solo las «*meras prohibiciones de derechos de las personas con discapacidad*», a las que alude la Disposición Transitoria Primera de la Ley 8/2021, de 2 de junio, sino toda discriminación en cuanto a la capacidad de actuar en el mundo jurídico de esas personas, a través de una perpetuación de los mecanismos representativos. Y ello, porque no se trataría de una situación de discriminación injusta, sino de la aplicación de una medida protectora, de la que resultan afectados los otros legitimarios sin discapacidad, que además podría haber sido evitada *a priori* con los mecanismos a la sazón aplicables y no se hizo. Luego es acertado, por parte de la Dirección General, detectar el posible peligro de una reducción por inoficiosidad, para lo cual es oportuna la presencia de un representante legal en el del inventario a los efectos de supervisar la correcta inclusión de los bienes de los que se trate.