

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**16627** *Resolución de 26 de septiembre de 2011, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Granada n.º 2 a inscribir una escritura de adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don F. M. P. contra la negativa del registrador de la Propiedad de Granada número 2, don Juan Lucas García Aponte, a inscribir una escritura de adjudicación de herencia.

##### Hechos

###### I

Mediante escritura autorizada por el notario de Albolote, don José Domingo Fuertes Díaz, el 20 de abril de 2011, se formalizó la aceptación y adjudicación de la herencia causada por el fallecimiento de don G. M. C. En el otorgamiento de dicha escritura intervienen, entre otros, don José María T. J., únicamente en nombre y representación de su hija menor de edad doña María José T. M., como heredera del causante por haber aceptado y adquirido la herencia de su madre que había sido instituida heredera por dicho causante. Las circunstancias relevantes de dicha escritura constan en la calificación impugnada.

###### II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Granada número 2 el día 20 de abril de 2011, y fue objeto de calificación negativa de 11 de mayo que a continuación se transcribe en lo pertinente:

«Hechos:

El día veinte de abril de dos mil once, fue presentada la escritura de arriba referenciada, causando el asiento número 1.028 diario 51, en virtud de la cual al fallecimiento de don G. M. C. se adjudican las fincas que se dirán de la siguiente forma: a doña M. C. P. H., un 43,79543916 % en pleno dominio de cada una de ellas y el usufructo vitalicio de un 56,2045609 % de las mismas; a cada uno de sus hijos, doña María, también conocida como Mirya, doña Isabel, don Germán, don Francisco Javier, también conocido como Javier, don José Ignacio, don Álvaro, don Fernando y doña María del Carmen M. P., en nuda propiedad, una novena parte indivisa de un 56,2045609 % de las fincas que se dirán; y a favor de cada una de sus nietas, doña Ana Luisa, doña Elena y doña María José T. M., una veintisiete avas partes indivisa de la nuda propiedad de un 56,2045609 % de dichas fincas. Las fincas son las siguientes:... Que el Registrador que suscribe, en base al principio de calificación registral que dimana del artículo 18 de la Ley Hipotecaria y en el ejercicio de las funciones que legalmente tiene conferidas en cuanto al control de la legalidad de los documentos que acceden al Registro de la Propiedad, emite con esta fecha calificación negativa teniendo en cuenta las consideraciones jurídicas que resultan de los siguientes fundamentos de derecho.

Fundamentos de Derecho:

1.º Según consta en el Registro las citadas fincas registrales aparecen inscritas a favor de don G. M. C., casado con doña M. C. P. H., en cuanto al pleno dominio de las mismas por título de compra y para su sociedad de gananciales.

Que el Sr. M. C. falleció el día catorce de Diciembre de dos mil seis bajo testamento otorgado el día dieciocho de Agosto de mil novecientos ochenta y dos ante el notario de Huéscar don Carlos Ruiz Rivas Hernando, número 670 de protocolo, en el que instituyó herederos, por partes iguales, a sus nueve hijos doña María, doña Isabel, doña Ana, don Germán, don Francisco Javier, don José Ignacio, don Álvaro, don Fernando y doña María del Carmen, M. P., con sustitución vulgar para el caso de premoriencia a favor de sus descendientes y legó a su esposa doña M. C. P. H., el usufructo universal de su herencia.

Posteriormente tuvo lugar el fallecimiento de la hija doña Ana M. P. el día veintiocho de Agosto de dos mil nueve igualmente ocurrido bajo testamento otorgado el día seis de junio de dos mil ocho ante el notario de Granada don Emilio Navarro Moreno, número 1.557 de protocolo en el que instituye herederas por partes iguales a sus tres hijas, doña Ana Luisa, doña Elena y doña María José, T. M., y legó a su esposo don José María T. J. el usufructo vitalicio de su herencia.

Por lo tanto, dado el fallecimiento del Sr. M.C. ocurrido, se ha otorgado la escritura que motiva la presente calificación en la que comparecen:

- Doña M. C. P. H., esposa del causante.
- Sus ocho hijos, don Fernando, doña María del Carmen, don José Ignacio, don Germán, doña Isabel, don Francisco Javier, don Álvaro y doña María, M. P., los siete últimos representados por su madre en virtud de poderes que se relacionan en la citada escritura.
- Tres nietas, hijas de su fallecida hija doña Ana M. P., Doña Ana Luisa, doña Elena y doña María José, T. M., como transmisarias al haber fallecido su madre (transmitente) con posterioridad al abuelo (causante) sin haber aceptado ni repudiado la herencia. Artículo 1.006 C. C.: "Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que el tenía".
- Y don José María T. J., únicamente en nombre y representación de su hija menor de edad Doña María José T. M. ejerciendo dicha representación en virtud de la patria potestad que ostenta, ya que como se indica en el título, el mismo recibió íntegros sus derechos en la herencia de su esposa formalizada en «virtud» de escritura otorgada ante el notario de Albolote don Domingo Fuertes Díaz el día diecinueve de noviembre de dos mil diez, número 1.132 de protocolo y en la que resulta inventariado el derecho hereditario de don G. M. C.

2.º En base a lo expuesto y teniendo en cuenta que la adjudicación no se realiza conforme a testamento, se aprecia en primer lugar la existencia de un conflicto de intereses entre don José María T. J. y sus hijas, por lo que resulta la necesidad del nombramiento de un defensor judicial y artículo 299 del Código Civil: "Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

I. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por Ley, sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

II. En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

III. En todos los demás casos previstos en este Código."

Artículo 163 del código determina que "Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar."

Artículo 1.060 del Código Civil que establece en su párrafo segundo: «El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento»; y Resolución de la Dirección General de los Registros y del notariado de 14 de julio de dos mil cinco entre otras.

Si bien consta protocolizado en la escritura auto dictado el día veintiuno de febrero de dos mil once por don Antonio de la Oliva Vázquez, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Dieciséis de Granada, el mismo aprueba la escritura de liquidación de gananciales y adjudicación autorizada por el notario de Albolote don Domingo Fuertes Díaz el día diecinueve de Noviembre de dos mil diez en la que consta como defensor judicial de la citada menor don Fernando M. P., pero refiriéndose dicha aprobación a la partición de la herencia causada por el fallecimiento de doña Ana M. P. y no la partición que nos ocupa causada por el Sr. M. C.

El conflicto de intereses se aprecia por el hecho de que el Sr. T. J. no sólo actúa como representante de su hija menor, sino que es también interesado en la herencia del Sr. M. C. como transmisario, ya que es heredero de su finada esposa, de modo si no quería ser considerado heredero respecto al Sr. M. C. debería haber renunciado expresamente y en forma auténtica conforme al art. 1008 del código civil.

Pero no puede producirse ya esa repudiación pues se entiende que se ha aceptado por el sr T. J. no sólo la herencia de su esposa sino también la de su suegro ya que de la escritura de liquidación de comunidad conyugal y adjudicación por título sucesorio derivada del fallecimiento de la Sra. M. P. (escritura anterior en el tiempo, autorizada el 19 de noviembre de 2010 y que se halla con asiento de presentación vigente n.º 1082 del Diario 51) resulta que en el inventario de bienes hereditarios se incluye en el apartado decimocuarto: “Derecho hereditario consistente en una novena (sic) parte de la herencia de su padre don G. M. C....”

Esto es, si en la herencia de su esposa se incluía ese derecho hereditario y el Sr. T. J. aceptó esa herencia, se entiende que con ello aceptó también como transmisario la herencia del Sr. M. C., pues no la repudió en tal momento. Conforme al artículo 997 del código civil la aceptación es irrevocable, y el hecho de que en la partición de la herencia de su esposa a través de una conmutación de usufructo viudal no se le adjudicase nada respecto a ese derecho hereditario en la herencia del Sr. M. C., no implica que no sea interesado en la herencia del mismo, sólo que no se le ha adjudicado nada de ella por la conmutación realizada. De forma que siendo interesado al igual que su hija menor, debe procederse al nombramiento de defensor judicial y a la aprobación judicial de la partición de la herencia del Sr. M. C.

3.º Y por último señalar que en la referida escritura concretamente en el apartado a.1 de su Exposición letra B) se aprecia un error material al señalar que el causante don G. M. C. falleció dejando ocho hijos cuando en realidad a la fecha de su fallecimiento, catorce de Diciembre de dos mil seis, tenía nueve hijos, ya que la hija doña Ana M. P. fallece con posterioridad al mismo, es decir el día veintiocho de agosto de dos mil nueve.

#### Acuerdo

Se suspende la inscripción del documento presentado en razón a los fundamentos de derecho antes expresados (...) Contra el presente acuerdo de calificación (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Juan Lucas García Aponte registrador/a de Registro Propiedad Granada 2 a once de mayo del año dos mil once».

#### III

El 23 de mayo de 2011, don F. M. P. solicitó calificación sustitutoria que correspondió a la registradora de la Propiedad de Guadix, doña Pilar Martín Moya, quien, mediante nota de 6 de junio de 2011, confirmó la calificación del registrador sustituido y añadió que la escritura calificada afecta a la partición de la herencia de la hija fallecida –transmitente–

por concretarse ahora el derecho hereditario en bienes determinados, por lo que deberá «observarse el valor de dichos bienes, máxime tratándose de una menor, a fin de calificar que no han sido perjudicados los derechos que en su día se la adjudicaron en la herencia de la transmitente (su madre)...», de modo que «la menor en este acto sigue teniendo el mismo conflicto de intereses con su padre que tenía al practicar la partición hereditaria de su madre, por lo que deberá estar representada por un defensor judicial y obtener la correspondiente aprobación judicial...».

## IV

El 6 de julio de 2011, don F. M. P. interpuso recurso contra la calificación, en el que alega lo siguiente:

1.º El documento presentado cumple con los requisitos para ser inscritos los actos que contiene, no siendo ajustada a Derecho la exigencia de nombramiento de defensor judicial para la intervención en la herencia del abuelo paterno de la menor, en cuanto no existe conflicto de intereses con su padre y representante legal, al no adjudicarse éste nada en dicha herencia, por haber sido satisfechos sus derechos en la previa escritura otorgada tras el fallecimiento de su esposa, ésta sí, intervenida por defensor judicial y aprobada judicialmente. El simple hecho de que don José María T. J. sea transmisario no implica *per se* la existencia de dicho conflicto, reconociendo el registrador que el padre de la menor no se adjudica bienes en la escritura de herencia objeto de calificación, no puede sino concluirse que no existe el conflicto que justificaría el nombramiento de defensor judicial que viene a exigir la nota calificación recurrida. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha apreciado innecesariedad de su nombramiento, por inexistencia de conflicto de intereses, incluso en supuestos en que el cónyuge viudo interviene en la herencia de su esposa en su propio nombre y en representación de hijos menores, con adjudicaciones a su favor. Con mayor razón debe entenderse que no existe dicho conflicto en una escritura de herencia en la que el cónyuge viudo ni siquiera se adjudica bienes, indicándose en dicha escritura que habían sido satisfechos sus derechos en la escritura de herencia de su mujer fallecida, herencia que, sí que fue intervenida por defensor judicial nombrado por el Juzgado, con ulterior aprobación de la escritura por el mismo, con el visto bueno del Ministerio Fiscal.

2.º Por su parte la calificación de la registradora sustituta no sólo confirma indebidamente la calificación, sino que se extralimita en su función, al no respetar el límite establecido en el artículo 19 bis.5 de la Ley Hipotecaria, al pretender, no sólo el nombramiento de defensor judicial, sino también que los valores declarados en la escritura objeto de calificación estén determinados por otra escritura de herencia anterior («habrá de observarse el valor de dichos bienes, máxime tratándose de una menor, afín de calificar que no han sido perjudicados los derechos que en su día se le adjudicaron en la herencia de su transmitente (su madre) y donde los mismos fueron objeto de valoración...»), cuando resulta, primero, que el Registro no puede pretender revisar una escritura que no es objeto de calificación; segundo, que no hay identidad de otorgantes entre una y otra –por lo que es insostenible legalmente vincular a unos otorgantes con el valor declarado por otros–; y, por último, consta que aquella otra escritura, que no es objeto de calificación, fue intervenida por defensor judicial y aprobada judicialmente, al haberse unido testimonio de su aprobación en la escritura objeto de calificación. Lo único que debe ser objeto de valoración es si, atendidas las circunstancias del título objeto de calificación, concurre un conflicto de intereses real, entre el padre y la hija menor a la que representa, que justifique la necesidad de nombramiento de defensor judicial.

3.º Las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de septiembre de 2003 y 14 de septiembre de 2004 [se transcriben parcialmente] reconocen que la necesidad de defensor no resulta de la simple concurrencia de padre e hijo menor en un negocio jurídico, sino que debe darse una situación de conflicto real. Así, existiría conflicto si se tratara de un título con lotes de diferentes bienes que se adjudican, entre otros, al padre y un hijo menor por él representado, evitando la

intervención del defensor judicial el riesgo que el padre actuara en beneficio propio al realizar la valoración y composición de los lotes, tratando de adjudicarse los más ventajosos. En la escritura objeto de calificación es imposible que surja ese conflicto, puesto que el padre de la menor nada se adjudica, con lo que ni existe en el momento de las adjudicaciones, ni puede existir en un momento posterior.

V

Mediante escrito con fecha de 19 de julio de 2011, el registrador de la Propiedad elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 26 del mismo mes).

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 163, 1058 y 1060 del Código Civil; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 2011; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 1987, 14 de marzo de 1991, 10 de enero de 1994, 6 de febrero y 3 de abril de 1995, 15 de mayo de 2002, 11 de marzo y 15 de septiembre de 2003, 14 de septiembre de 2004 y 12 de febrero de 2010.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes:

a) Intervienen en el otorgamiento de dicha escritura la viuda del causante, ocho hijos (siete de ellos representados por su madre) y tres nietas, descendientes de una hija de dicho causante fallecida sin haber aceptado ni repudiado la herencia de éste.

Por ser menor de edad, una de las nietas está representada por su padre, quien interviene únicamente en nombre y representación de su hija, según se expresa en la escritura, en la que se añade que dicho señor no tiene participación o derecho alguno en la herencia que se formaliza porque en el inventario de la herencia de su esposa se incluyó el derecho hereditario que correspondía a sus tres hijas en la herencia de su abuelo y el viudo «recibió íntegros sus derechos en la herencia de su esposa, no adjudicándose derecho alguno en el referido derecho hereditario...». Asimismo, se manifiesta que la herencia de la hija fallecida, en la que intervino un defensor judicial, fue aprobada judicialmente, según se acredita con el auto correspondiente que se testimonia en la escritura calificada.

b) El registrador suspende la inscripción porque considera que existe conflicto entre los intereses del padre que representa a la nieta del causante por ser menor de edad y los intereses de la misma representada, toda vez que –a su juicio– el representante está interesado en la herencia del abuelo como transmisario, al ser heredero de su esposa y no haber renunciado expresamente a la herencia de ésta.

c) Solicitada calificación sustitutoria, la registradora sustituta confirmó la calificación del sustituido y añade que la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso afecta a la partición de la herencia de la hija fallecida –transmitente– por concretarse ahora el derecho hereditario en bienes determinados, por lo que deberá «observarse el valor de dichos bienes, máxime tratándose de una menor, a fin de calificar que no han sido perjudicados los derechos que en su día se la adjudicaron en la herencia de la transmitente (su madre)...», de modo que «la menor en este acto sigue teniendo el mismo conflicto de intereses con su padre que tenía al practicar la partición hereditaria de su madre, por lo que deberá estar representada por un defensor judicial y obtener la correspondiente aprobación judicial...».

2. El criterio que mantiene el registrador en la calificación impugnada no puede ser mantenido.

De acuerdo con la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), para que el registrador pueda apreciar en su calificación que existe contradicción de intereses en una partición de herencia en la que intervenga el cónyuge viudo en representación de sus hijos menores es necesario que el representante y el representado aparezcan interesados como copartícipes y ni siquiera en tal supuesto puede darse por sentado que siempre que dicho representante legal intervenga también en su propio nombre existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas del caso. Así esta Dirección General ha entendido que no existe conflicto de intereses en el caso de adjudicación «pro indiviso» de bienes de la herencia, realizada por la viuda en su favor y en representación de sus hijos menores de edad si había estado casada en régimen de separación de bienes –Resolución de 27 de enero de 1987–; tampoco cuando uno de los herederos interviene en su propio nombre y además como tutor de otro y se adjudica en nuda propiedad una cuota parte indivisa del único bien inventariado a los herederos –Resolución de 14 de septiembre de 2004–; o en la liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo en su propio nombre y en representación legal de sus hijos menores, cuando la liquidación es total, todos los bienes inventariados fueron adquiridos por el cónyuge premuerto para su sociedad conyugal y se adjudican «pro indiviso» al cónyuge supérstite y a los hijos por éste representados, respetándose estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal disuelta y en el caudal relicto según la declaración de herederos «ab intestato» –Resolución de 15 de septiembre de 2003.

Según este criterio es evidente que el registrador no puede apreciar la existencia de conflicto de intereses en un caso como el presente en el que, según se expresa en la escritura y se reconoce en la calificación impugnada, el representante legal interviene exclusivamente en nombre de la representada en la adjudicación de una herencia en la que aquél nada recibe.

3. Por último, no procede analizar el defecto expresado por la registradora sustituta en su calificación. En efecto, el párrafo segundo de la regla quinta del artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria dispone que «en la calificación el registrador sustituto se ajustará a los defectos señalados por el registrador sustituido y respecto de los que los interesados hubieran motivado su discrepancia en el escrito en el que soliciten su intervención, no pudiendo versar sobre ninguna otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma». Por ello, no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente (cfr., por todas, la Resolución de 12 de febrero de 2010).

Debe recordarse una vez más que la calificación sustitutoria no es un recurso de clase alguna, sino que es una auténtica calificación en sustitución de la que efectúa el titular del Registro, porque el legitimado para instar aquella no está conforme con la inicialmente efectuada; pero, por esta causa, dicha calificación sustitutoria debe ceñirse a la disconformidad que el legitimado para instarla manifieste respecto de los defectos inicialmente expuestos por el registrador sustituido.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

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

Madrid, 26 de septiembre de 2011.–La Directora General de los Registros y del Notariado, M.<sup>a</sup> Ángeles Alcalá Díaz.