

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

560 *Resolución de 11 de diciembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Mazarrón, por su negativa a inscribir una escritura de partición de herencia.*

En el recurso interpuesto por el notario de Alcorcón, don Pablo García Toral, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Mazarrón, don Eduardo Cotillas Sánchez, por su negativa a inscribir una escritura de partición de herencia.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada por el notario de Alcorcón, don Pablo García Toral, el 21 de mayo de de 2012, número 698 de orden, se formaliza una partición de la herencia en la que el cónyuge viudo, además de por sí, representa a una heredera incapaz.

II

Presentada en el Registro de la Propiedad la copia autorizada de dicha escritura, fue calificada negativamente, mediante nota de 7 de agosto del año en curso, en los siguientes términos: «Representando a la incapacitada doña L. M. C. M. su madre doña C. M. M., se omite en el precedente documento el juicio notarial de suficiencia en cuanto a dicha representación, por lo que la misma no queda acreditada. Téngase en cuenta que según reiteradas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado dicho juicio es predicable no solo para la representación voluntaria sino también para la representación legal. Además, estando interesados en la misma partición el representante y el representado existen intereses contrapuestos por lo que se precisa y no se acredita el nombramiento de un defensor judicial. Además el defensor judicial necesita aprobación judicial de la partición efectuada, salvo que el Juez no hubiere dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento. Téngase en cuenta, que resultando del testamento que rige la sucesión la existencia de la cautela socini, ello implica una alternativa por la que la legitimaria representada tiene que optar, y el hecho de que por ella ejercite esa opción la madre conlleva la contraposición de intereses, ya que la representante se ve directamente afectada por el resultado de la opción. Estableciéndose en el testamento del causante en su estipulación sexta una sustitución ejemplar en cuanto a la hija doña L. M. C. M., la misma no ha sido tenida en cuenta en las adjudicaciones que se practican a su favor; discordancia ésta que tendrá que ser objeto de aclaración para el correcto despacho del precedente documento. La Participación Indivisa de un entero con noventa y cinco por ciento del solar que se inventaría en el precedente documento bajo el número 5. según Registro no existe en la actualidad, sin que se haya tenido en cuenta el procedimiento de Juicio de Menor Cuantía número 263/1599, en el que recayó sentencia número 49/2009 de fecha 17 de marzo de 2009, según mandamiento dictado por doña E. S. M., Secretaria del Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Totana, por el que se puso fin a la situación de condominio, se declaró la edificación a que se refiere el precedente documento, la cual además fue dividida horizontalmente, resultando, entre otros, el departamento 13, que quedó inscrito a favor de los cónyuges don A. C. C. y doña C. M. M., por título de adjudicación por extinción de condominio con carácter ganancial. Además, la descripción que de la finca obra en el precedente documento no coincide con la descripción que de

la misma consta en el Registro, existiendo las siguientes vicisitudes, a saber: Según Registro la vivienda tiene una superficie de ciento quince metros con cincuenta decímetros cuadrados, que no de ciento un metros con cincuenta decímetros cuadrados como resulta del precedente documento y sin que conste en el Registro la superficie construida según Catastro, lo que ahora tampoco se acredita, por cuanto de la certificación catastral que se incorpora no resulta la descripción de la finca en términos totalmente coincidental con el Registro; y, además, según Registro..., lo que no es coincidente con los linderos que se expresan en el precedente documento, incluso, existen divergencias entre la descripción que consta en el Registro de la edificación de la que forma parte la finca y del solar sobre el que se alza dicha edificación y la que resulta del título calificado, puesto que según Registro...; se alza sobre un solar de superficie trescientos noventa y cuatro metros cuadrados, que no de trescientos sesenta y tres metros cuadrados; la calle sin nombre por la que tiene puerta el zaguán del edificio..., sin que coincidan tales linderos con los que resultan del precedente documento, ni para el solar ni para el edificio. Por todo lo dicho, en tanto no se aclaren tales divergencias no es posible practicar la inscripción solicitada, por cuanto no consta suficientemente identificada la finca objeto del precedente documento, con la que consta inscrita en el Registro. A tal/es hechos/s son de aplicación los siguientes fundamentos de derecho: 1.º Artículo 98.2 de la Ley 24/2001, artículos 163, 808, 813, 1.060 y 1.259 del Código Civil, y Resoluciones de la Dirección de los Registros y del Notariado de fechas 27 de noviembre de 1986 y 5 de mayo de 2002. 2.º Artículo 9 de la Ley Hipotecaria y artículo 5.I del Reglamento Hipotecario. 3.º Artículos 9 y 20 de la Ley Hipotecaria, artículo 51 del Reglamento Hipotecario y Principio de Especialidad. Siendo los defectos expresados subsanables se suspende la inscripción solicitada».

III

Solicitada la correspondiente calificación sustitutoria, correspondió el expediente al registrador de la Propiedad de Murcia número 3, que emite, con fecha, 23 de agosto de 2012, calificación confirmatoria de la anterior negativa, en los siguientes términos: «1.º El día 14 de agosto 2012 ha tenido entrada en el Registro de la Propiedad Número Tres de Murcia, bajo el número 2012/477 solicitud de calificación sustitutoria suscrita por Don Pablo García Toral, notario autorizante de la escritura objeto de calificación. El mismo día se solicitó certificación del historial registral de la finca y de las incidencias del asiento de presentación, que se recibieron el día 16 de agosto de 2012. 2.º El documento objeto de calificación es la escritura de Liquidación de Sociedad de Gananciales, Aceptación y Partición de Herencia por fallecimiento de don A C C, autorizada en Alorcón el día veintiuno de mayo de dos mil doce por el Notario Don Pablo García Toral, número 698 de protocolo. 3.º La citada escritura ha sido objeto de calificación con fecha 7 de agosto de 2012 por el titular del Registro de Mazarrón denegando su inscripción, y habiendo solicitado el interesado calificación sustitutoria la practico conforme a los siguientes. Fundamentos de Derecho. 1. En relación al primer defecto recogido en la calificación, es cierto que la DG en Resoluciones como la de 20 de septiembre de 2006, ha exigido en relación a la representación legal los mismos requisitos que a la voluntaria a los efectos de la calificación registral de la misma, y todo ello al amparo del art. 98.2 de la Ley 24/2001, no constando en el título presentado el juicio notarial de suficiencia de la representación alegada. 2. En cuanto al segundo defecto, me ratifico igualmente en la calificación del registrador sustituido, toda vez que la DG en Resolución de 15 de mayo de 2007 afirma que la existencia de una «cautela socini» supone una contraposición de intereses, pues tal fórmula, admitida doctrinal y jurisprudencialmente, consiste en que los legitimarios reciben mayor porción de lo que por legítima les corresponde, pero gravada con el usufructo del viudo. Pues bien, la expresada cautela trae consigo una alternativa por la que los hijos legitimarios tienen que optar y el hecho de ejercitar por ellos esa opción su madre, como titular de la patria potestad rehabilitada, acarrea una contraposición de intereses, ya que dicha representante se ve afectada por el resultado de la opción. Por todo ello es imprescindible la intervención del defensor judicial y el cumplimiento de los

demás requisitos a que se refiere el artículo 1.060 del Código Civil, esto es, posterior aprobación judicial de la partición efectuada, conforme al número segundo del mencionado precepto. 3. En relación al tercer defecto, confirmo la calificación del registrador puesto que como ha manifestado el TS en Sentencias de 26 de mayo de 2007 y 7 de noviembre de 2008, «esta Sala tiene declarado que la sustitución ejemplar consiste en un nombramiento del heredero del incapaz hecho por el sustituyente (testador) y con la finalidad de evitar la sucesión intestada de aquel». En consecuencia entiendo que es preciso recoger en el asiento que se practica a favor de la incapacitada, la sujeción de los bienes que adquiere a dicha sustitución, debiendo consignarse esta circunstancia en las adjudicaciones que a su favor se realizan en la escritura calificada. 4. Finalmente, también confirmo el cuarto de los defectos apuntados en aras de los principios registrales de tracto sucesivo y de especialidad (sigue la advertencia de los posibles recursos)».

IV

Notificada la anterior calificación, por parte del notario autorizante, Sr. García Toral, se interpuso el correspondiente recurso en base a las siguientes alegaciones: «Primero.–Mediante escritura autorizada por mí el día veintiuno de mayo de dos mil doce, con el número 698 de mi protocolo se formalizó la adjudicación de herencia por fallecimiento de don A. C. C. en la que comparecieron su esposa doña C. M. M. y sus tres hijos, hermanos C. M., todos mayores de edad. En dicha escritura doña C. M. M. intervino en su propio nombre y derecho y además en nombre y representación de su hija declarada incapaz doña L. M. C. M., en virtud de la patria potestad rehabilitada que ostenta sobre la misma según se acreditó en dicha escritura con la correspondiente Sentencia de incapacitación y Auto de nombramiento de la patria potestad rehabilitada. El causante había fallecido bajo testamento autorizado ante mí, el día catorce de enero de dos mil diez, en el cual entre otras cláusulas legó a su esposa a su elección el usufructo universal y vitalicio de toda su herencia o el tercio de libre disposición de la misma en pleno dominio sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria, estableciendo en garantía de este legado la cautela sociniana de tal modo que si alguno de los herederos instituidos no aceptara la opción de dicha legataria por el usufructo universal quedaría reducido a su legítima estricta acrecimiento a los demás que sí aceptaran la cuota de aquel en el resto de la herencia. En dicho testamento, instituyo herederos por partes iguales a sus cuatro hijos antes citados estableciendo las correspondientes normas particionales y en la cláusula quinta del mismo nombró tutora de su hija incapaz para que la representara al fallecimiento de su esposa a la otra hija y compareciente doña M. A. C. M.. En la adjudicación de la herencia todos los bienes se adjudicaron conforme a lo establecido en el testamento y optando la viuda del causante, con el consentimiento de los tres hijos comparecientes por el usufructo universal en pago de su legado, usufructo que se le asignó sobre todos los bienes inmuebles inventariados. Segundo.–Dicha escritura fue calificada negativamente por el Registrador de la Propiedad de Mazarrón con fecha siete de agosto de dos mil doce, alegando entre otros motivos que no son objeto del presente, el que se recurre por medio de este escrito y que se refiere a que concurren intereses contrapuestos por la existencia de la cautela socini en el testamento, y que no se acredita el nombramiento de un Defensor Judicial y aprobación judicial posterior. Como fundamento de derecho para dicha apreciación se alega como argumento fundamental las resoluciones de ese Centro Directivo de fechas veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y seis y quince de mayo de dos mil dos. Tercero.–Contra dicha calificación se solicitó por el Notario autorizante calificación sustitutoria con fecha catorce de agosto de dos mil doce, calificación que fue remitida al Registro de las Propiedad de Murcia número 3, el cual ratificó con fecha veintitrés de agosto de dos mil doce el defecto alegado por su compañero de Mazarrón en cuanto al defecto que se recurre, alegando por todo argumento resolución de quince de mayo de dos mil siete del mismo Centro Directivo, resolución, por cierto, que no he podido encontrar en ninguna de las bases de datos de Resoluciones de la Dirección General. Cuarto.–Expuesto cuanto antecede se interpone Recurso contra la calificación antes

relacionada, en base a los siguientes fundamentos: 1.º Que como repetidamente tiene señalado el Centro Directivo, la noción de conflicto de intereses es una circunstancia que debe juzgarse para cada caso concreto teniendo en cuenta sus circunstancias y forma de adjudicación de los bienes hereditarios. 2.º Que debe distinguirse entre partición de herencia determinativa y dispositiva y que en la simplemente determinativa, atendidas las adjudicaciones realizadas, conforme a las normas particionales ordenadas por el testador como es el presente caso, no supone pos sí conflicto de intereses, por lo que deben interpretarse restrictivamente las normas de protección de menores e incapaces. 3.º En el caso concreto que nos ocupa, se alega básicamente por el Registrador calificador la Resolución de quince de mayo de dos mil dos, en la cual se trataba de una partición hereditaria en la que la viuda comparecía en su propio nombre y en representación de las dos únicas hijas y herederas que eran ambas menores de edad. En el presente caso debe observarse que además de la hija incapaz representada comparecen tres hijos y herederos más, mayores de edad y plenamente capaces que deciden respetar la adjudicación del usufructo universal a favor de su madre, lo cual supone que si la hija representada hubiera optado a través de un defensor judicial por la otra posible opción de no respetar dicho usufructo, hubiera salido notoriamente perjudicada ya que conforme al testamento del causante hubiera visto reducidos sus derechos hereditarios al tercio de legítima estricta acreciendo su participación en el tercio libre y en el tercio de mejora a favor de sus hermanos. Quinto.—A mayor abundamiento, el usufructo asignado a la madre representante de la incapaz en virtud de la patria potestad rehabilitada, con arreglo a su edad, de noventa años, representa un contenido económico mínimo como gravamen de los bienes hereditarios, estando además obligada, conforme al artículo 154-1 del Código Civil a prestar alimentos a dicha hija incapaz, con lo cual, no se entiende muy bien qué daño puede causar a ésta la adjudicación del usufructo a favor de aquella. Hay que tener en cuenta también que ambas conviven en el mismo domicilio familiar. Atendidas estas circunstancias, el forzar la interpretación «del conflicto de intereses», supone avocar a una familia bien, avenida a trámites judiciales no deseables y siempre costosos como son el nombramiento de un defensor judicial y autorización judicial posterior. En atención a cuanto se ha expuesto, por medio del presente escrito vengo a recurrir la calificación emitida por el Sr. registrador de la Propiedad de Mazarrón en cuanto al defecto alegado e interés de la Dirección General de los Registros y Notariado la modificación de la misma y tras revocar o dejar sin efecto los fundamentos alegados por aquel, permita su inscripción una vez subsanados el resto de los defectos alegados que no son objeto del presente recurso. Lo que solicito respetuosamente en Alcorcón, a 21 de septiembre de 2012».

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 163, 166, 272, 808, 813, 820, 1.058 y 1.060 del Código Civil; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 1987, 6 de febrero de 1995, 6 de noviembre de 1998, 15 de mayo de 2002, 15 de septiembre de 2003, 14 de diciembre de 2006, 26 de septiembre de 2011 y 10 de enero, 23 de mayo y 4 de septiembre de 2012.

1. La única cuestión que se debate en el presente recurso se centra en el segundo defecto de la nota calificadora, único que ha sido objeto de recurso y consiste en determinar si es necesaria la intervención del defensor judicial en una partición hereditaria, en la que una heredera incapacitada está representada por su madre, como titular de la patria potestad rehabilitada, cuando el causante de la sucesión (padre y cónyuge de las mismas) ordena el llamamiento testamentario a favor de ambas (y a favor de los restantes hijos comunes) mediante la fórmula testamentaria conocida como Cautela Socini.

2. Como cuestión previa, como se trata de un asunto que afecta a la validez y eficacia del acto y a la protección de personas menores e incapacitadas, el conflicto de intereses debe ser objeto de calificación registral, dada la relación de ésta con la presunción de existencia y pertenencia de los derechos inscritos resultante del principio

de legitimación registral de los artículos 1.3.º y 38.1.º de la Ley Hipotecaria y con la confianza en la legalidad de los asientos registrales respecto a terceros conforme al principio de fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Así lo ha entendido reiteradamente este Centro Directivo en las Resoluciones citadas en los Vistos, siguiendo una larga tradición en esta materia sobre calificación registral del autocontrato con conflicto de intereses, destacando especialmente entre las Resoluciones más recientes en tal sentido, las de 15 de mayo y 18 de diciembre de 2002, 3 de diciembre de 2004, 6 (Cfr. su Fundamento 8.º) y 18 de julio de 2006 (Cfr. su fundamento 3.º) y las de 14 de mayo y 2 de junio de 2010 y 10 de enero, 23 de mayo y 4 de septiembre de 2012.

3. Entrando en la cuestión de fondo, este Centro Directivo ha venido entendiendo que «la existencia de la denominada «Cautela Socini» supone una contraposición o conflicto de intereses entre la madre y el hijo menor, pues tal fórmula admitida doctrinal y jurisprudencialmente consiste en que los legitimarios reciben mayor porción de lo que por legítima les corresponde, pero gravada con el usufructo del viudo. La expresada cautela comporta una alternativa por la que el hijo legitimario tiene que optar y el hecho de ejercitar por él esa opción su madre acarrea también la contraposición de intereses, ya que dicha representante se ve afectada por el resultado de la opción» (cfr. Resolución de 14 de diciembre de 2006 y en el mismo sentido la de 4 de septiembre de 2012 anteriormente citadas). Congruentemente con esta situación de contraposición de intereses en la Cautela Socini, se concluía que era «imprescindible la intervención del defensor judicial y el cumplimiento de los demás requisitos a que se refiere el artículo 1.060 del Código Civil».

4. Dicha doctrina es igualmente aplicable a este supuesto, pues la opción derivada de la Cautela Socini implica conflicto de intereses entre la madre representante y la hija incapacitada a la que representa, ya que no es lo mismo que dicha hija incapacitada reciba unos bienes inmuebles libres de todo gravamen como exige la ley respecto a la atribución de la legítima, que los reciba en nuda propiedad, aunque se señale una mayor cuantía de los bienes adjudicados a la misma, pues el resultado de la opción ejercitada en representación de la incapacitada es que ésta recibe su participación en el inmueble gravada por el usufructo universal a favor de la madre representante, cuando aplicando las normas de libertad de la porción legitimaria, se hubiera podido plantear también la opción alternativa de recibir los bienes que le correspondieran por legítima en pleno dominio y por tanto, excluidos del usufructo a favor de la representante.

Producida esta situación de conflicto de intereses, no corresponde a la representante decidir acerca de tal opción, ni cabe entrar, a efectos de inscripción, en el valor dado a los bienes ni en la clase y cuantía de los que se han adjudicado a la legitimaria, pues la decisión en estos casos de conflicto de intereses corresponde al defensor judicial, que es el que se encuentra en posición objetiva de imparcialidad con los requisitos del artículo 1.060 del Código Civil, tal como señalaron las dos Resoluciones de este Centro de 14 de diciembre de 2006 y 4 de septiembre de 2012 en supuestos similares al que ahora se plantea y que por las razones indicadas ha de recibir la misma solución.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota calificadora en cuanto al segundo defecto, único que ha sido recurrido.

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, 11 de diciembre de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.