

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

- 3012** *Resolución de 2 de marzo de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de San Fernando n.º 1, por la que se deniega la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad conyugal, aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña Lucía Susana de la Fuente Quintana, notaria de San Fernando, contra la calificación de la registradora de la Propiedad de San Fernando número 1, doña María del Pilar Ramos Agustino, por la que se deniega la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad conyugal, aceptación y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por la notaria de San Fernando, doña Lucía Susana de la Fuente Quintana, el día 18 de octubre de 2013, con el número 819 de protocolo, se otorgaron operaciones particionales de la herencia de don A. P. B., fallecido el día 7 de junio de 2010. Comparecen doña R. R. R., viuda del causante de la herencia, doña I. M. P. R., hija y heredera del mismo, y doña M. J. M. C., viuda de don A. L. P. R., el otro heredero, fallecido el día 6 de mayo de 2013. Doña M. J. M. C. interviene en nombre y representación de sus dos hijos menores, don D. J. P. M. y don A. A. P. M., herederos abintestato de su padre, don A. L. P. R. Por lo tanto, los últimos intervienen en su calidad de herederos por derecho de transmisión de su abuelo don A. P. B.

Ocurrió el óbito de don A. P. B. el día 7 de junio de 2010, en estado de casado en únicas nupcias con doña R. R. R., y dejando dos hijos, llamados doña I. M. P. R. y don A. L. P. R., bajo la vigencia de su último testamento otorgado el día 2 de febrero de 1999 ante el notario de San Fernando, don Íñigo de Loyola Romero de Bustillo, en el cual legó a su esposa el usufructo universal y vitalicio de la herencia con relevación de fianza; legó, de conformidad con los artículos 1379 y 1380 del Código Civil, a su hijo, don A. L. P. R., los derechos que le puedan corresponder sobre la mitad indivisa que pertenecía al matrimonio, con carácter ganancial, de una vivienda sita en San Fernando, con cargo a los tercios de mejora y en su caso al de libre disposición –los derechos que tenía son una mitad indivisa del referido piso, porción indivisa que es de carácter ganancial, siendo la otra parte indivisa precisamente propiedad del heredero fallecido, don A. L. P. R.–; en el remanente instituyó herederos por partes iguales a sus dos nombrados hijos, don A. L. P. R. y doña I. M. P. R. Posteriormente, falleció don A. L. P. R. el día 6 de mayo de 2013, intestado, por lo que le suceden por partes iguales sus dos hijos, don D. J. P. M. y don A. A. P. M. y su viuda, doña M. J. M. C., en cuanto a la cuota legal usufructuaria.

En el inventario de la herencia de don A. P. B., además de la mitad indivisa del citado piso objeto del legado de parte ganancial, existe otro que constituye la vivienda habitual de la viuda del causante y fue el domicilio familiar del matrimonio, finca registral número 8.680 del Registro de la Propiedad de San Fernando número 1. Además, dinero efectivo en dos saldos en cuenta corriente.

Como consecuencia de las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales y partición de la herencia de don A. P. B., se hicieron las siguientes adjudicaciones: a la viuda, doña R. R. R., en pago de su participación en los bienes gananciales, haciendo uso del derecho que le concede el artículo 1406.4.º del Código Civil, y de conformidad con los artículos 1062 y 1410, al ser indivisible la finca, el pleno dominio de la finca registral número 8.680, que era la vivienda familiar, y residencia habitual con el causante,

y hasta completar la cantidad que le corresponde por la capitalización del usufructo vitalicio en la citada herencia, se le adjudica una cantidad en metálico de una de las cuentas del inventario; a la hija y heredera, doña I. M. P. R., se le adjudica una cantidad de dinero, procedente de la misma cuenta corriente del inventario; a los menores, don D. J. P. M. y don A. A. P. M., se les adjudica, en pago de sus derechos del legado ganancial y de la herencia, los siguientes bienes, sobre los cuales corresponde a su madre, doña M. J. M. C., el usufructo de un tercio y a sus dos nombrados hijos, la nuda propiedad del mismo tercio y la plena propiedad de los otros dos tercios: la mitad indivisa inventariada del otro piso, finca registral número 25.647 del Registro de la Propiedad de San Fernando número 1, y sendas cantidades de dinero, procedentes de los saldos en cuenta corriente inventariados.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de San Fernando número 1 el día 14 de octubre de 2014, y fue objeto de calificación negativa de fecha 11 de noviembre de 2014 que, a continuación, se transcribe: «Registro de la Propiedad número uno de San Fernando. Antecedentes de Hecho Se presenta en este Registro de la Propiedad número 1 de San Fernando, el día catorce de octubre de dos mil catorce, bajo el asiento 1296 del Diario 116, copia de escritura de liquidación de la sociedad conyugal, aceptación y adjudicación de herencia, otorgada en San Fernando, el día dieciocho de octubre de dos mil trece, ante el Notario doña Lucía de la Fuente Quintana, al número 819 de su protocolo, aportándose el día treinta de octubre último, testimonio de diligencia de subsanación de la misma, fechado el día veintiocho del mismo mes. Dicha escritura se otorga al fallecimiento de don A. P. B. y en la misma se inventarían: una mitad indivisa de la finca registral 25.647; la finca registral 8.680 –ambas de este Registro–, así como el saldo en dos cuentas corrientes; siendo todos estos bienes de carácter ganancial, (concretamente adquiridos «para su sociedad de gananciales» en un caso y «para su sociedad conyugal» en otro caso). El fallecimiento del nombrado Don A. P. B. tuvo lugar el día siete de junio de dos mil diez, bajo la vigencia de su único testamento, que tenía otorgado en San Fernando, el dos de febrero de 1.999, ante el Notario don Iñigo de Loyola Romero de Bustillo, en el cual, entre otras disposiciones, en su cláusula segunda, lega a su esposa –doña R. R. R.–, el usufructo vitalicio de su herencia; en su cláusula tercera, lega a su hijo, don A. L. P. R., los derechos que le corresponden o puedan corresponder sobre la mitad indivisa, que es de carácter ganancial, de la finca 25.647, con cargo a los tercios de mejora y en su caso, de libre disposición y en su cláusula cuarta, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye herederos por partes iguales a sus dos nombrados hijos –doña I. M. y don A. L. P. R.–, sustituidos vulgarmente por sus propios hijos y descendientes por estirpes. El hijo, legatario y heredero, don A. L. P. R., falleció el día seis de mayo de dos mil trece, sin haber aceptado ni repudiado la herencia de su padre y sin haber otorgado testamento, por lo que mediante acta de declaración de herederos abintestato fechada el día dos de julio de dos mil trece –copia de la cual se acompaña–, la Notario de San Fernando doña Lucía de la Fuente Quintana, declaró por notoriedad, únicos y universales herederos abintestato del nombrado don A. L. P. R., a sus dos hijos menores, llamados don D. J. P. M. y don A. A. P. M., con reserva en favor del cónyuge viudo –doña M. J. M. C.– de la cuota legal usufructuaria. En virtud de dicha escritura, a la que comparecen por sí, el cónyuge viudo, doña R. R. R.; la hija y heredera, doña I. M. P. R. y doña M. J. M. C.–viuda del hijo, heredero y legatario ya fallecido, don A. L. P. R.–, quien comparece por sí y además en representación de sus dos nombrados hijos menores de edad, en ejercicio de la patria potestad que sobre ellos ostenta; se hacen las siguientes adjudicaciones: –Doña R. R. R., en pago de sus gananciales y por ser indivisible, el pleno dominio de la finca registral 8.680, conmutando su usufructo vitalicio por dinero en metálico. –Doña I. M. P. R., una suma de dinero en metálico. –Y doña M. J. M. C., don D. J. P. M. y don A. A. P. M. –viuda e hijos de don A. L. P. R.–, se adjudican la mitad indivisa inventariada de la finca 25.647 de la siguiente forma: la señora M. C., en cuanto al usufructo de un tercio y los dos

señores P. M., por mitad, la nuda propiedad del mismo tercio y el pleno dominio de los dos tercios restantes; adjudicándose además, sendas cantidades de dinero en metálico, procedente de las cuentas inventariadas. Calificación y fundamentos de Derecho Conforme a los artículos 1, 2, 18, 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; 98 y siguientes del Reglamento Hipotecario, 162 y siguientes, 209, 299 y siguientes, 881, 1.006 y 1.060 del Código Civil y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de veintisiete de enero de mil novecientos ochenta y siete; diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro; seis de febrero de mil novecientos noventa y cinco; veintiséis de enero de mil novecientos noventa y ocho; quince de septiembre de dos mil tres; veintiséis de septiembre de dos mil once; veintitrés de mayo de dos mil doce y dos de agosto de dos mil doce, se deniega la inscripción del documento presentado, por el defecto, que se estima insubsanable de haberse formalizado el mismo y realizado las adjudicaciones, sin intervención del defensor judicial que ordena el artículo 163 del Código Civil, al estimar que, en el presente caso, existe conflicto de intereses, entre dichos menores y la madre que, como única titular de la patria potestad, los representa. Así, aunque a tenor del artículo 162 del Código Civil, «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.», hay que exceptuar de esta regla general, a tenor de lo establecido en el apartado 2º de dicho artículo, aquellos actos en los que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. Pues bien, tal conflicto de intereses se da en el caso que nos ocupa. Las adjudicaciones realizadas en el documento objeto de calificación no son operaciones meramente particionales, sino actos dispositivos con la consiguiente trascendencia económica. En efecto, tales operaciones incluyen la capitalización del usufructo vitalicio de la viuda y además, las adjudicaciones no se hacen conforme a lo dispuesto en el testamento, ya que si bien, se ha respetado con creces el legado dispuesto por el testador con respecto a la mitad indivisa de la finca 25.647, la viuda se adjudica en pago de sus gananciales el pleno dominio de la totalidad de la finca registral 8.680, sin participación alguna de los menores en tal adjudicación y además la parte que en la herencia de su padre correspondía a don A. P. R., en su condición de heredero, se compensa en metálico, y por aplicación del artículo 1.006 del Código Civil, a sus dos hijos, nietos del causante.. Según el testamento, los menores deberían haber tenido participación en la finca adjudicada a la viuda; participación que, al haberse conmutado por dinero en metálico queda fuera de control alguno y origina el conflicto de intereses de los menores con su madre. Si los menores se hubieran adjudicado participaciones indivisas de la finca 8.680 -adjudicada en su totalidad a doña R. R. R.-, tales participaciones indivisas quedarían sometidas a control judicial, ya que la madre de los mismos precisaría autorización judicial para disponer de las mismas (artículo 166 del Código Civil); en cambio al haberse adjudicado dinero, este queda totalmente fuera de control judicial, al tratarse de un bien fungible, quedando así desprotegido el interés de los menores Además, en el presente caso –dada la composición del caudal hereditario-, hubiera sido perfectamente posible realizar las adjudicaciones conforme a la voluntad del testador, que es ley en la sucesión, ya que en el inventario se contiene –además del que se adjudica a los menores– otro inmueble, del que se podrían haber adjudicado a los mismos participaciones indivisas, transformando simplemente la comunidad germánica existente en comunidad romana o por cuotas; es decir, la composición del caudal hereditario, permite en este caso, la formación de lotes iguales o proporcionales, que no originen conflicto de intereses, eliminándose así la posibilidad de desigualdad en las adjudicaciones. Es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (a modo de ejemplo, las Resoluciones citadas) que no en todos los casos en que intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un menor hay contradicción de intereses pero sí en aquellos casos en que, como el presente, no se realiza la partición de la herencia de acuerdo con lo dispuesto en el testamento, transformando la comunidad germánica existente en comunidad romana, en cuyo caso la proindivisión eliminaría la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes, sino que, como aquí ocurre, se realiza la conmutación del usufructo de la viuda en dinero metálico, al haberse adjudicado a la misma, en pleno

domino la totalidad de un bien ganancial como consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal, privando a los menores de participación alguna en dicho bien y adjudicándoles en su lugar parte del metálico inventariado, realizándose en consecuencia operaciones que exceden de lo estrictamente particional, que hacen necesario el nombramiento de un defensor judicial y, en su caso, la ulterior aprobación judicial de la partición (artículo 1.060 del Código Civil). Contra esta nota de calificación (...) En San Fernando, a 11 de noviembre de 2.014. La Registradora (firma ilegible) Pilar Ramos Agustino».

III

El día 12 de diciembre de 2014, doña Lucía Susana de la Fuente Quintana, notaria autorizante de la escritura, interpuso recurso contra la calificación en el que alega lo siguiente: «(...) 1. Constituye el objeto de este recurso dilucidar si en esta partición de herencia, con liquidación de gananciales, en la que una madre representa a sus hijos, pero no es la viuda del causante, existe un conflicto de intereses entre ellos. Considera la recurrente que la registradora estima, afirmándolo en varias ocasiones, que existe conflicto de intereses entre la segunda viuda otorgante de la escritura y sus hijos menores de edad, a los que representa legalmente. De ahí la necesidad, según este argumento, de otorgarse la partición de la herencia con la presencia de un defensor judicial, como declara el artículo 163 del Código civil. A juicio de la recurrente, no existe conflicto de intereses en este otorgamiento, ni aun tan siquiera a la vista de las operaciones contenidas en la escritura. Veámoslo para cada uno de los actos otorgados, no sin antes repasar una premisa básica en esta materia, que además es doctrina reiterada por la Dirección General. La regla general declara que los padres representan a los hijos menores de edad. La excepción de esta representación legal sólo juega cuando concurren presupuestos legalmente establecidos; tal sería cuando existe una oposición de intereses, es decir, un conflicto real de intereses que puede venir definido por la existencia de una posición de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado. Esto excluiría considerar conflicto de intereses aquellos supuestos en que sólo hay un peligro hipotético o una mera suposición de posible conflicto. «Cuando no existe conflicto, porque no existe oposición, sino intereses paralelos de representante y representado, rige la regla general», como ya afirmó la resolución de la Dirección General de dos de agosto de dos mil doce. En la escritura calificada se contienen varios actos que derivan en adjudicación a favor de los comparecientes o sus representados: ·El primero de ellos, como no podía ser de otra manera rigiendo entre el causante y su viuda el régimen legal supletorio de gananciales, necesariamente es la liquidación de gananciales. Con la liquidación de la sociedad de gananciales englobamos una serie de operaciones tendentes a fijar el haber líquido de la sociedad y partirlo entre los cónyuges y/o sus herederos. ¿Existe conflicto de intereses en ella entre la segunda viuda y sus representados? Si no es así, lo hecho por la representante en nombre de sus hijos, entraría dentro de sus facultades legales y sería válido. Para contestar a esta pregunta la afrontaremos operación por operación. ¿Dónde podría haber conflicto? En la formación de inventario: en el inventario que nos ocupa todos los bienes existentes son de carácter ganancial, y hay dos bienes inmuebles. Uno, adquirido uno «para su sociedad de gananciales», y el otro «para su sociedad conyugal». Uno, la finca registral 8.680, en su totalidad propiedad de ambos cónyuges (causante y primera viuda). Del otro inmueble, la finca registral 25.647, integra el inventario solamente una mitad de este bien, con carácter ganancial como se ha dicho, dándose la circunstancia de que la otra mitad indivisa de este bien ya era propiedad del heredero A., pues en el momento de adquirirse se hizo en tal proporción, la mitad para el hijo y la otra mitad para los padres. De ahí que en su testamento el testador, con la intención de que la totalidad de bien perteneciera el día de mañana a su hijo A., le lega esta mitad del bien, declarando saber que es ganancial, y llamando a la aplicación del artículo 1.379 y 1.380. Estos artículos se reformaron en el año 1981 y el testamento es del año 1999, por lo que los efectos de esta llamada al artículo 1.380 del Código civil son: una carga impuesta a los herederos que deberán

procurar la adjudicación del bien legado en el lote del cónyuge premuerto al realizar la liquidación de gananciales, y la consecuencia de que deberá entregarse al legatario o toda la cosa legada o todo su valor (esto último si no se adjudica al caudal hereditario la cosa). De todo lo anterior, no se desprende elemento alguno que pueda determinar que en la formación del inventario de los bienes que pertenecen a la sociedad de gananciales, pueda derivarse un perjuicio para los menores o conflicto de intereses con su madre. La Registradora no cuestiona el carácter ganancial de estos bienes. ¿Y en la valoración de los bienes? Los valores atribuidos por los comparecientes son los valores fiscales de los bienes inmuebles (obtenido de la aplicación del coeficiente aplicable al valor catastral), valor que se ajusta a lo que las normas tributarias establecen como justiprecio, y ello aleja la duda de un perjuicio en la tasación de estos bienes, y sobre todo, nada evidencia un conflicto de intereses. El interés de la segunda viuda corre paralelo al de los hijos, mientras más bienes conformen el inventario, o mayor sea su valor, mayor ventaja para ella y para su estirpe. En la adjudicación: la primera viuda, como expresamente se declara en la escritura calificada, hace uso del derecho que le atribuye el artículo 1.406.4º del código civil, según el cual: «cada cónyuge tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance.... La vivienda donde tuviese la residencia habitual». Y añade el artículo 1407 que si el valor de los bienes supera su haber, se abonará la diferencia en dinero. A esta misma solución se llega por la aplicación del artículo 1410 y 1062 del código civil. La primera viuda tiene su residencia habitual en la finca registral 8.680 (lo declara así en la escritura y cita este mismo domicilio en la comparecencia), y en pago de su haber en la sociedad de gananciales se adjudica la totalidad de este bien. El exceso de 12400,09 € lo compensa con la atribución que por sus derechos sucesorios le corresponde. Curiosamente la Registradora ve en esta adjudicación la mayor problemática de cara a la existencia de conflicto de intereses entre la segunda viuda y sus hijos. En cambio, la inexistencia de conflicto tiene los siguientes fundamentos: no estamos liquidando la sociedad de gananciales de la segunda viuda, sino de la primera. Como se ha afirmado más arriba el interés de la madre no es opuesto sino paralelo al de sus hijos. Ni los cónyuges ni los herederos de un cónyuge ostentan sobre la sociedad de gananciales disuelta una cuota indivisa sobre todos y cada uno de los bienes que integran la masa postganancial, sino que la participación lo es respecto de la masa global, en cuanto patrimonio separado o colectivo (en este sentido la Resolución de 30 de junio de dos mil tres); de tal manera al liquidar y atribuir los bienes a los partícipes de la sociedad o a sus herederos, se determinan sus derechos sobre determinados bienes, no se transmiten. Y lo que es necesario reseñar, la atribución conforme al artículo 1406.4º es un derecho del cónyuge supérstite, en este caso de la primera viuda. Y un logro en la defensa de los intereses de los herederos del hijo premuerto A., pues con la elección que realiza la primera viuda, integra ahora la herencia el bien legado a favor de éste, con lo que darnos cumplimiento a la expresa voluntad del testador, ley que debe regir la sucesión. No pierden definitivamente los nietos su parte en el bien adjudicado a su abuela, pues previsiblemente este bien integrará la futura herencia del cónyuge adjudicatario, y por ende, revertirá a ellos en la participación en que sean llamados a ella. Difícilmente se deriva perjuicio para los menores de un derecho que la ley proclama, y menos aún un conflicto de interés de éstos con su madre, quien repito, discurre paralelamente en intención e interés con ellos. Los herederos del cónyuge premuerto con su intervención en la liquidación de la sociedad de gananciales controlan la legalidad y la defensa de sus intereses, pero no pueden oponerse a esta adjudicación de la vivienda habitual, que la propia ley ampara, por lo que la intervención de un defensor judicial en esta operación se hace innecesaria. Puesto que los menores están representados legalmente por su madre, con un interés concurrente, por aplicación de la regla general, la madre puede actuar e intervenir en esta liquidación de gananciales sin traba. La ley articula otros mecanismos legales para defender los intereses de un menor sujeto a patria potestad (piénsese en la rendición de cuentas y la responsabilidad que proclama el artículo 168 del código civil, o la posibilidad de establecer medidas cautelares conforme al artículo 167 C.c.) y para mayor abundamiento son múltiples los llamamientos legales en

el código civil que evidencian la confianza que el legislador tiene, a priori, en el papel realizado por los padres en su representación legal (para citar algunos, pueden destinar los frutos y bienes de los hijos al levantamiento de las cargas familiares sin rendir cuentas, ex art. 164; e incluso establecer, sólo ellos, que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado, véase artículo 275) síntoma de que el legislador confía en la sabia actuación de los padres, y en cambio, establece rígidos controles para la actuación de un tutor (quien no puede partir una herencia en nombre del tutelado sin aprobación judicial, art. 272, y ello, tenga o no conflicto de intereses con él). Sin conflicto de intereses entre madre e hijos en ninguna de las operaciones de la liquidación de gananciales, y con un derecho legal a atribuirse con preferencia la primera viuda su vivienda habitual, la regla general de la representación legal de un menor por su progenitor es aplicable sin oposición. La consecuencia en la partición hereditaria que nos ocupa es que en el caudal hereditario sólo queda dinero en metálico, y la mitad de un inmueble que se encuentra legado a uno de los herederos. 2. Disuelta, y liquidada la sociedad de gananciales, analizamos el paso siguiente: la partición hereditaria: en su testamento ordena un legado de usufructo universal, un legado de cosa inmueble e instituye herederos a sus dos hijos por partes iguales. -¿se logra con la partición realizada cumplir la voluntad del testador? Esta pregunta enlaza con las afirmaciones que realiza en su calificación la Registradora. Según ella, «no se realiza la partición de la herencia de acuerdo con lo dispuesto en el testamento». El testador ordena un legado de los derechos que le corresponden en la registral 25.647. Tal es la adjudicación que se realiza en la escritura de herencia autorizada por mí. En el remanente de los bienes, instituye herederos por partes iguales a sus hijos. La hija del testador y los herederos del hijo fallecido (segunda viuda y los dos nietos menores de edad) reciben lotes iguales, formados por 23.552,96€ en cada una de estas hijuelas. No hay por tanto «desigualdad». Por último, a juicio de la Registradora «los menores deberían haber tenido participación en la finca adjudicada a la viuda», refiriéndose a que en la liquidación de la sociedad de gananciales la primera viuda se adjudicó por entero la registral 8.680. No encuentro ninguna base en esta afirmación. ¿Por qué deberían tener participación en esta finca? Baste recordar lo expuesto más arriba sobre la naturaleza jurídica de las participaciones en la sociedad ganancial disuelta, que lo son respecto a una masa global, no en cada uno de sus bienes. -Legados: legado de usufructo universal y legado de cosa inmueble determinada. El legado en favor del cónyuge supérstite, la primera viuda, vía Cautela Socini, se conmuta por una cantidad en dinero. Hay que considerar que el testador no establece en su testamento preferencia para el pago de los legados, y si aplicamos la preferencia del artículo 887 del código civil, tendrá prioridad el legado de cosa cierta y determinada que forme parte del caudal hereditario. La conmutación del derecho de la viuda permite el cumplimiento de ambos legados, y es una fórmula admisible en derecho para evitar la división del dominio que supone la constitución de un usufructo, pues aunque el legislador atribuye preferentemente los derechos viudales en usufructo, no lo impone rígidamente, posibilitando las conmutaciones. La conmutación no extingue un usufructo, sino que concreta el llamamiento viudal en una de las formas legales. La atribución en pleno dominio facilita la libertad de la propiedad y la más fácil circulación de la riqueza, evitando los inconvenientes de tener que recurrir ambas viudas, una a la otra para su actuación futura, siendo un lazo consanguíneo el que las une. El valor de los bienes no es problema si como se ha señalado ya, se han tasado siguiendo su valor fiscal. Con arreglo al artículo 839 del código civil, los «herederos podrán» acordar esta conmutación; el hecho de que existan menores herederos no implica que esta opción no la pueda acordar su madre en el ejercicio de una representación legal que sólo en supuestos de conflicto deberíamos excluir. Con las adjudicaciones realizadas se da cumplimiento completo a la voluntad del testador: todos los legados ordenados se adjudican en su totalidad, sin gravar los derechos de los legitimarios, y las hijuelas de los dos hijos son iguales en especie y valor (con cumplimiento así del artículo 1061 del código civil). 3. La válida intervención de la segunda viuda en esta herencia es por último rechazada por la Registradora calificando los actos jurídicos contenidos en la escritura como actos dispositivos. La línea que

delimita lo particional de lo dispositivo no siempre es nítido. En varias Resoluciones sobre extinción de condominio, y particiones hereditarias con adjudicación conforme al artículo 1.062 del código civil, la Dirección General ha declarado que existiendo menores, éstos pueden comparecer debidamente representados por sus padres sin que sea necesaria la intervención judicial. Concretamente en la resolución de fecha dos de enero de dos mil cuatro este Centro afirma que la adjudicación del único bien inmueble inventariado no envuelve una transmisión del dominio de unos coherederos a otros, sino del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa particular de toda partición, y con la posibilidad de ser rescindida y con los demás efectos civiles e hipotecarios diferentes a una enajenación, y así, la partición en el supuesto especial del 1.062 no constituye, cuando existen menores interesados, un acto dispositivo que requiera la aplicación del artículo 166 del código civil. La liquidación de gananciales con aplicación de los artículos del código civil 1406, 1410 y 1062 (este último por la remisión del anterior), y la conmutación del usufructo viudal, suponen la concreción del derecho de los partícipes en los bienes inventariados, no una transmisión o disposición que obligue a la aplicación del artículo 166 que está pensado para la «enajenación de bienes inmuebles», con una naturaleza jurídica distinta de los actos que se llevan a cabo en la escritura calificada. Partir, aunque sea previamente liquidando una sociedad de gananciales, no tiene naturaleza jurídica dispositiva. Así, en la intervención de los progenitores en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, el código civil distingue cuando los padres realizan actos dispositivos con bienes de los menores, a cuando realizan una partición de herencia en la que éstos estén interesados. Para enajenar o gravar requiere autorización previa del Juez, ex art. 166. Por el contrario, para partir, el artículo 1.060 en su párrafo primero proclama «cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial». Ésta es sin duda la regla general, en materia de partición. La válida actuación de los padres como representantes de los menores. Sólo en el caso de conflicto de intereses (conflicto que ya hemos visto no existe en este caso porque es una segunda viuda con intereses concurrentes al de sus hijos), entraría el juego la necesidad de defensor judicial conforme al artículo 163. No hay necesidad de recurrir al artículo 166 cuando la especialidad del artículo 1060, previendo el caso de partición hereditaria, lo excluye. Si no estuviera pensando el artículo 1060 supuestos como el contemplado en esta escritura calificada, ¿a qué particiones de herencia se aplicaría? Quedaría vacío de contenido. El legislador tuvo oportunidad de cambiar la redacción del párrafo primero de este artículo, cuando redactó el segundo por la Ley Orgánica 1/1996; ley, que recordemos, cambió la redacción del artículo 272 en sede de tutela, pero estimó que los derechos de los menores estaban perfectamente protegidos en una herencia por sus padres representantes legales, mediante el mantenimiento de su redacción. Otro supuesto en que el legislador permite que se lleve a cabo una partición hereditaria, habiendo menores, sin reclamar intervención judicial, la encontramos en el art. 1057.3 del código civil, al regular la actuación del Contador-Partidor. Por tanto, exigir siempre, habiendo menores de edad interesados en la herencia, la intervención de un defensor judicial y según los casos, la aprobación judicial de todo lo actuado, es extralimitarse del texto legal y atribuir una desconfianza genérica en el legislador respecto a la labor de los padres. Por último, no quisiera terminar sin una consideración personal: La atribución de dinero en pago del haber del causante en la sociedad de gananciales no debe verse como un desfavor, sino como una ventaja para los menores adjudicatarios. El panorama social y económico actual obliga a una revisión de las consideraciones al respecto: hoy en día los gastos e impuestos que van adheridos a la titularidad en propiedad de un bien inmueble exige la atribución de bienes en esta especie con cautela, pues supone al mismo tiempo tanto un incremento patrimonial como una carga para el mismo».

IV

Mediante escrito, de fecha 22 de diciembre de 2014, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 162, 163, 164, 166, 167, 209, 272, 299, 881, 887, 1006, 1060, 1062, 1379, 1380, 1406 y 1410 del Código Civil; 1, 2, 18, 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 1987, 10 de enero de 1994, 6 de febrero de 1995, 26 de enero de 1998, 30 de junio y 15 de septiembre de 2003, 2 de enero de 2004, 26 de septiembre de 2011 y 23 de mayo y 2 de agosto de 2012.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: de los dos herederos, uno de ellos falleció posteriormente a la apertura de la sucesión de su padre causante, sin aceptar ni repudiar la herencia, por lo que en virtud del artículo 1006 del Código Civil corresponde por transmisión a los suyos el derecho que este tenía. A éste último le suceden abintestato sus dos hijos menores con el usufructo a favor de la viuda del heredero fallecido. La viuda del primer causante, para la liquidación de la sociedad de gananciales, ejerce su derecho de atribución con preferencia en su haber, de la vivienda donde estuvo establecida su residencia habitual; se incluyen otros bienes en el caudal relicto, entre los que se encuentra una mitad indivisa de un piso que es legada por el causante al heredero que después fallece, al que pertenecía ya la otra mitad indivisa. En la liquidación de la herencia, se adjudica: a la viuda, en pago de sus derechos en la liquidación de la sociedad de gananciales y del usufructo en la herencia de su esposo, que por lo tanto se capitaliza, el citado piso que constituyó la vivienda residencia habitual del matrimonio y una cantidad en dinero del caudal relicto para compensar el inferior valor del total de sus adjudicaciones; a los menores por derecho de transmisión, se les adjudica la citada porción indivisa legada del piso además de cantidades de dinero procedentes de la cuentas corrientes del inventario, salvo el usufructo que en su parte corresponde a su madre, por lo que no se capitaliza el mismo; a la última heredera, cantidades en dinero del caudal relicto.

La registradora señala como defecto, que se ha formalizado la partición de la herencia sin la intervención del defensor judicial, al considerar que existe conflicto de intereses entre los menores y su madre que como única titular de la patria potestad los representa. Apoya esto en que las adjudicaciones realizadas no han sido operaciones particionales sino actos dispositivos con trascendencia económica, de forma que no se ha realizado la partición de acuerdo con lo establecido en el testamento, y aun respetando con creces el legado ganancial, la viuda se adjudica íntegramente una finca que forma parte del caudal relicto, de manera que algunas participaciones indivisas de esta finca, pudieron ser adjudicadas a los herederos menores, y debieron quedar sometidas al control judicial. Es decir, que pudieron formarse lotes de porciones indivisas iguales o proporcionales, que no originarían conflicto de intereses, eliminándose la desigualdad de adjudicaciones.

La notaria recurrente alega que no existe conflicto de intereses entre la viuda representante de los menores de edad y sus hijos, por cuanto los intereses entre ambos son paralelos. En cuanto a la liquidación de la sociedad de gananciales, no hay conflicto de intereses, ya que la madre de los menores interviene en representación de ellos, sin tener interés alguno en la liquidación, ya que no es parte; Que no hay oposición de intereses en la formación del inventario, porque el testador, sabedor del pro indiviso que tiene sobre una finca con uno de sus hijos, con la intención de que la totalidad de un bien perteneciera el día de mañana a éste, le lega esta mitad del bien para que reúna la total propiedad, declarando saber que es ganancial, y llamando a la aplicación de los artículos 1379 y 1380 del Código Civil, o si se quiere, carga impuesta a los herederos, que deberán procurar la adjudicación del bien legado en el lote del cónyuge premuerto al realizar la liquidación de gananciales, y en consecuencia deberá entregarse al legatario la cosa legada su valor. En definitiva, el interés de la segunda viuda corre paralelo al de los hijos, pues mientras más bienes conformen el inventario, o mayor sea su valor, mayor ventaja para ella y para su stirpe; Que tampoco hay conflicto de intereses en las adjudicaciones, ya que la viuda del causante ha ejercitado su derecho de adquisición preferente del

artículo 1406 del Código Civil y en cuanto al exceso, si el valor de los bienes supera su haber, se abonará la diferencia en dinero, en los mismos términos de los artículos 1062 y 1407 del Código Civil; Que en cuanto a la valoración de los bienes, se han atribuido a los mismos los valores fiscales, lo que aleja la duda en un perjuicio en la tasación y no puede derivarse ni hay evidencia de un conflicto de intereses entre los menores y su madre que los representa puesto que sus intereses son paralelos; Que no se liquida la sociedad de gananciales de la madre de los menores sino de la viuda del causante, abuelo de éstos, por lo que su interés no es opuesto sino concurrente; Que la atribución de la vivienda familiar conforme el artículo 1406.4.º del Código Civil, es un derecho del cónyuge superviviente, que se trata de una atribución de bienes en virtud de su participación en la sociedad conyugal, y no una transmisión de bienes a su favor, por lo que difícilmente se deriva un perjuicio para los menores de un derecho que la ley proclama; Que los menores están representados legalmente por su madre en interés concurrente, y por lo tanto, ésta, puede intervenir en la liquidación de los bienes gananciales sin traba, como ocurre en otros llamamientos del Código Civil, en los que se evidencia la confianza en los padres, tales como el levantamiento de cargas de los menores sin rendir cuentas ex artículo 164, el establecimiento por los padres, de que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado, conforme el artículo 275, y en cambio, no hay tal confianza en los tutores como se deduce de las exigencias de rígidos controles para su actuación, como ocurre con la aprobación judicial del artículo 272, exista o no oposición de intereses; Que la consecuencia de la partición hereditaria del supuesto, es que en el caudal hereditario sólo queda dinero en metálico y la mitad del inmueble que está legado al padre de los menores y a estos por transmisión; Que la voluntad del testador se ha cumplido con las adjudicaciones porque cumplida la entrega del legado, y ejercido el derecho de atribución preferente del 1406.4.º del Código Civil, sólo queda dinero que se distribuye en lotes iguales en atención a su derechos en la herencia; Que la conmutación del usufructo viudal de la superviviente del causante, no supone una oposición de intereses con la madre de los menores, pues se trata de una opción que acepta ésta a favor de su suegra, no como heredera sino como madre de los herederos en ejercicio de su representación legal, y Que la partición, aunque sea con la previa liquidación de la sociedad de gananciales, no tiene naturaleza jurídica dispositiva sino particional y por lo tanto, están perfectamente representados conforme el artículo 1060 del Código Civil.

2. En definitiva, la cuestión que se debate es si hay oposición o conflicto de intereses entre los herederos menores y su madre que los representa legalmente en la herencia de su abuelo, a la que acceden por derecho de transmisión del artículo 1006 del Código Civil, tras el fallecimiento de su padre, heredero y legatario del citado abuelo. La registradora fundamenta la oposición de intereses en que las adjudicaciones realizadas no han sido operaciones particionales sino actos dispositivos, de forma que como sostiene en la calificación, no se ha realizado la partición de acuerdo con lo establecido en el testamento y que la viuda se adjudica íntegramente una finca que forma parte del caudal relicto, de manera que algunas participaciones indivisas de esta finca, pudieron ser adjudicadas a los herederos menores, y debieron quedar sometidas al control judicial. Es decir, que pudieron formarse lotes de porciones indivisas iguales o proporcionales, que no originarían conflicto de intereses, eliminándose la desigualdad de adjudicaciones. Contra esto alega la recurrente que las adjudicaciones se han hecho, en primer lugar, en ejercicio del derecho de atribución preferente de la viuda –que no es representante de los menores– conforme el artículo 1406.4.º del Código Civil, y en segundo lugar, en cuanto al resto, cumpliendo las disposiciones ordenadas por el causante en el testamento, esto es, legado de cosa ganancial de una mitad indivisa de finca –perteneciendo la otra mitad indivisa a los mismos legatarios– y adjudicación del resto de los bienes –dinero en metálico– a los herederos en sus proporciones correspondientes.

3. En primer lugar, respecto a si el ejercicio de un derecho de carácter legal, tal cual es el derecho de atribución preferente que conceden los artículos 1406 y 1407 del Código Civil, supone un acto de transmisión de derechos o una atribución, la redacción del texto legal es clara en ese punto: por un lado, el artículo 1407 concede al viudo el derecho de

atribución preferente, con carácter facultativo: «...podrá el cónyuge pedir, a su elección...», que implica por su carácter legal, que no se puedan oponer los herederos u otros interesados en la herencia, salvo los legitimarios en defensa del perjuicio de su derecho, por la especial naturaleza legal e intangible de la legítima; en el supuesto de este expediente, los legitimarios, dos de ellos debidamente representados conforme el 1060 del Código Civil, no han sido perjudicados ni se han opuesto a la facultad de atribución preferente concedida por los artículos 1406 y 1407 del Código Civil. Además, ni siquiera se ve sometida esta atribución preferente a la limitación cuantitativa señalada en el artículo 1406, «...hasta donde éste alcance...», ya que el artículo 1407 hace expresa excepción respecto del bien mencionado en el número 4º del artículo 1406, -además del 3º- para la vivienda donde tuviese su residencia habitual, en el caso de muerte del otro cónyuge; y no sólo esto, sino que también regula expresamente la solución a un posible exceso de adjudicación: «Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero». Además, para proteger a los menores, su madre -que no es la viuda del causante- en ejercicio de la patria potestad, los representa legalmente en la partición.

En consecuencia, no se puede sostener el fundamento de la nota de calificación relativo a que «la viuda se adjudica en pago de sus gananciales el pleno dominio de la totalidad de la finca», refiriéndose a la vivienda habitual, ya que en este caso, la vivienda conyugal no puede estar sujeta a exigencia de adjudicación «pars bonorum», ni se puede impedir ni limitar el derecho del viudo a adjudicársela íntegramente; todo sin perjuicio de las compensaciones en metálico que se recogen en el artículo 1407, tal y como se ha hecho en la escritura objeto del expediente.

4. En segundo lugar, en cuanto al conflicto de intereses, en principio, el artículo 1060 del Código Civil establece que cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial, por lo que debiera bastar la representación de la madre que ejerce la patria potestad. Otra cosa es la apreciación de la registradora sobre un posible conflicto de intereses entre la madre y los menores. El artículo 163, para estos casos de conflicto de intereses, exige el nombramiento de un defensor judicial, pero conforme la doctrina de este Centro Directivo («Vistos»), para esto es necesaria la existencia real de ese conflicto u oposición de intereses. La doctrina hasta ahora mantenida, a que se ha hecho referencia, supone no dar por sentado que siempre que en una partición intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un menor existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas de caso, como se ha venido realizando hasta ahora.

Pero según la nota de calificación de la registradora, por lo que se refiere a este defecto, la contradicción existe siempre por esa adjudicación de una finca concreta en la liquidación de gananciales sin adjudicación de participaciones a los menores. Según esto, siempre es posible la contradicción de intereses en la formación de inventario y adjudicación de cualquier bien que no lo sea pro indiviso y el representante legal para probar que es objetivo, tendría que probar que no se ha ocultado nada, prueba, como la de todos los hechos negativos, difícil, si no imposible, por lo que sería exorbitante exigirla, por ejemplo, si la madre quisiera librarse de la sospecha de actuación imparcial por omisión; sospecha carente de toda base legal y contraria a la presunción de ejercicio de buena fe de la potestad legal, a favor de sus hijos (ex Resoluciones en «Vistos»). Máxime en este caso, en el que la viuda del causante, no es la madre de los menores que los representa legalmente y que es ajena a la sucesión cuya partición se realiza, ya que como veremos, la cuota usufructuaria de la madre de los menores, que deviene del derecho de transmisión a favor de sus hijos a los que representa, no se capitaliza sino que se mantiene como tal usufructo. Lo que supone que no haya conflicto de intereses sino intereses comunes.

5. Como ha dicho este Centro Directivo («Vistos») «la representación del defensor judicial no puede extenderse hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos» (por lo que no puede admitirse como argumento la valoración de la registradora sobre la forma de

partir adecuada, valoración que, por lo demás, en el presente caso excede del ámbito propio de su función calificador). Si se admite este argumento, siempre y por principio existirá oposición de intereses en la partición de herencia y en la previa liquidación de gananciales y habría que abandonar la doctrina hasta ahora mantenida, con el único argumento de la desconfianza preventiva hacia el padre o la madre, por si no hubieran sido veraces, desconfianza que no tiene apoyo legal alguno.

Es cierto que el artículo 163 del Código Civil ha de interpretarse con la necesaria amplitud para que no quede inaplicado, pero también lo es que la oposición de interés ha de ser real (el texto legal exige que el padre o la madre «tengan», interés contrapuesto «en algún asunto»).

De los hechos hipotéticos no puede deducirse la existencia de oposición de intereses, habida cuenta que se trata de la partición en la herencia de quien no es padre de los menores, sino su abuelo, de manera que la representación no corresponde a la viuda del causante sino a la viuda de uno de los herederos, cuya cuota legal usufructuaria no se capitaliza. En consecuencia, estos intereses opuestos no son conocidos, ni concretos, ni resultan de la escritura ni del Registro, por lo que no pueden ser tenidos en cuenta para la calificación (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria).

6. Conforme reiterada doctrina de este Centro Directivo («Vistos»), no hay contradicción ni conflicto de intereses en una partición, si los bienes se adjudican proindiviso respetando las normas legales sobre la partición de la herencia. Es cierto que en la partición que es objeto de este expediente, hay adjudicaciones de bienes concretos, pero se producen, en un caso por causa de un derecho de atribución legal y en el otro por un legado a favor del interés de los menores. Entre las normas legales están el respeto de la voluntad del causante, lo que se ha cumplido plenamente con la adjudicación procedente del legado de cosa ganancial, y, el cumplimiento del derecho de adjudicación preferente del artículo 1406.4.º a la viuda que, además, no es representante de esos herederos menores.

7. La doctrina de este Centro Directivo (en «Vistos») ha reiterado además que la contradicción de intereses entre los menores y sus representantes legales se puede deber a diferentes motivos: incluir en el inventario bienes como gananciales, o bienes de cuyo título adquisitivo no resulte con claridad tal carácter; no ajustarse el viudo o viuda en la adjudicación de los bienes a las disposiciones legales sobre titularidad de cuotas en el caudal relicto; ejercitar el cónyuge viudo una opción de pago de su cuota legal usufructuaria. En este caso, no ocurre nada de esto.

8. No se puede sostener el fundamento de la registradora de que «tales operaciones incluyen la capitalización del usufructo vitalicio de la viuda y además, las adjudicaciones no se hacen conforme a lo dispuesto en el testamento». En primer lugar porque no se hace capitalización del usufructo de la madre y representante de los menores, y en segundo lugar porque se cumplen íntegramente las disposiciones del causante, es más, se ha cumplido la entrega del legado de cosa ganancial, de la mitad indivisa del inmueble vivienda, cuya otra mitad indivisa pertenece ya a los menores por herencia de su padre, y los restantes bienes –salvo la vivienda habitual de la viuda del causante que se le atribuye por derecho legal del artículo 1406.4.º–, se adjudican en proporciones idénticas, al tratarse de dinero.

Tampoco puede sostenerse la objeción hecha por la registradora, de que «según el testamento, los menores deberían haber tenido participación en la finca adjudicada a la viuda; participación que, al haberse conmutado por dinero en metálico queda fuera de control alguno y origina el conflicto de intereses de los menores con su madre», pues esta interpretación, según se ha analizado antes, es equívoca. La consideración de que tal dinero queda fuera de control alguno, es contraria a la presunción del ejercicio de la buena fe de la potestad legal a favor de los hijos. En definitiva, conforme esa reiterada doctrina de este Centro Directivo («Vistos»), la contradicción de intereses ha de ser real, y no puede fundarse en perjuicios futuros e hipotéticos, ni en sospechas de falta de control. De no seguirse esta doctrina, la contradicción de intereses siempre existiría, y en

toda partición con menores representados por su padre o por su madre, sería necesaria la intervención del defensor judicial.

9. En definitiva, la cuestión que se plantea es la de si proceden las limitaciones de los artículos 163 y siguientes. En el caso concreto, no se ajusta la viuda del causante, a la adjudicación de bienes conforme titularidad de cuotas indivisas en el caudal relicto, porque como resulta de los hechos, se ha adjudicado a la supérstite en pago de sus derechos gananciales y cuota legal usufructuaria, la finca que constituía su domicilio familiar, en ejercicio del derecho de atribución preferente del artículo 1406.4.º del Código Civil. Ciertamente se ha conmutado una cuota legal usufructuaria, pero no se trata de la conmutación de los derechos de la cuota legal usufructuaria de quien representa a los menores, sino de la de otra viuda -la del causante-, por lo tanto, no se puede sostener la oposición ni el conflicto de intereses en este punto.

Una vez liquidada la sociedad de gananciales, en la porción de herencia que corresponde a los menores por derecho de transmisión de su difunto padre, la cuota legal usufructuaria que corresponde a su madre que los representa, no se capitaliza, manteniéndose el usufructo sobre la porción ideal del tercio de mejora de la herencia del padre de los menores. Por lo tanto, no haciéndose capitalización del usufructo ni adjudicaciones de bienes, no existe tampoco en este punto conflicto de intereses sino intereses concurrentes.

Esta Dirección General, conforme con los fundamentos de Derecho anteriormente expuestos, ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación.

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, 2 de marzo de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado,
Francisco Javier Gómez Gáligo.