

**III. OTRAS DISPOSICIONES****MINISTERIO DE JUSTICIA**

**12716** *Resolución de 4 de septiembre de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Puerto de la Cruz, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación de herencia y adjudicación de bienes procedentes de la misma.*

En el recurso interpuesto por doña L. D. G. contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Puerto de la Cruz, doña María Luisa Martín Moreno-Torres, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación de herencia y adjudicación de bienes procedentes de la misma.

**Hechos****I**

Mediante escritura autorizada por la notaria de Santa Cruz de Tenerife, doña María Abia Rodríguez, de fecha 19 de marzo de 2012, con el número 470 de su protocolo, se otorgaron operaciones de aceptación y partición de herencia, con adjudicación de los bienes del finado don M. A. P. D. en las que concurrieron la viuda de segundas nupcias, doña L. D. G., en su propio nombre y derecho, y en nombre y representación de sus hijos y del fallecido, menores de edad, y en ejercicio de la patria potestad, don Jesús Radamés y don Guillermo Juan P. D.; junto con ellos comparecieron, además, los restantes hijos de anterior matrimonio, todos ellos mayores de edad, don Miguel Ángel, doña María Cristina, doña Carmen Olga y don Alejandro Julio P. P.

De la escritura resultaron adjudicaciones diversas, entre las cuales interesa que no hubo liquidación de bienes gananciales por no existir éstos, y que a la viuda en pago de sus derechos hereditarios se le adjudicó el pleno dominio de una finca situada en Adeje, perteneciente a otro distrito hipotecario, y el usufructo vitalicio de otra sita en el Puerto de la Cruz, de la que la nuda propiedad se adjudica a los hijos de aquella, menores de edad, por mitad y proindiviso.

**II**

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz el día 31 de mayo de 2012 y fue objeto de calificación negativa que a continuación se transcribe: «Examinado el precedente documento que ha sido presentado con el asiento 438 del Diario 40º, previa calificación practicada por doña María Luisa Martín Moreno-Torres, Registradora de la Propiedad de Puerto de la Cruz, de conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, se han observado los siguientes defectos de carácter subsanable que impiden la práctica de las operaciones solicitadas y que deberán subsanarse dentro del plazo del asiento de presentación: Hechos: 1.–Se presenta en el Registro una Escritura de aceptación de herencia y adjudicación autorizada por la Notario de Santa Cruz de Tenerife, doña María Abia Rodríguez, el día diecinueve de Marzo de dos mil doce, con el número 470 de protocolo, por el que se manifiesta y acepta la herencia de don M. A. P. D. 2.–Del testamento de la causante, de vecindad civil común, resultan las siguientes cláusulas: «... Piso situado en la calle (...) a mis hijos Jesús Radames P. D. y Guillermo Juan P. D., nacidos ambos el 21 de mayo de 1997 donde tenemos establecido nuestro hogar. A mi esposa L. D. G. el usufructo y el apartamento (...), Adeje, como heredera de la parte disponible....» 3.–La escritura de partición se otorga por el resto de los hijos del causante, mayores de edad, por la esposa del causante, en su

propio nombre y en representación de los hijos comunes, menores de edad, en ejercicio de la patria potestad. En dicha partición, se adjudica a la viuda un apartamento en otro Distrito Hipotecario y el Usufructo Vitalicio de la finca 14.851 de Puerto de la Cruz. Quedan los hijos menores de edad, con la nuda propiedad de la finca 14.851, por mitades indivisas entre ellos. Fundamentos de Derecho: Dado que doña L. D. G. compareciente actúa en su propio nombre y en representación de sus hijos menores de edad don Jesús Radames P. D. y don Guillermo Juan P. D., estando ambos llamados a la misma sucesión, se da un supuesto de autocontrato. A su vez, doña L. D. se adjudica el Usufructo Vitalicio de la finca 14.851 de Puerto de la Cruz y sus hijos menores la Nuda Propiedad por mitades indivisas entre ellos y al existir intereses contrapuestos en la partición de la herencia, se produce un conflicto de intereses que debe ser resuelto con la intervención de un defensor judicial y, en su caso, con aprobación judicial. La exigencia de intervención de defensor judicial resulta del artículo 163 Código Civil. La aprobación judicial, en su caso, del artículo 1.060 Código Civil. El artículo 813.2 del Código Civil establece que el testador no podrá imponer gravamen sobre la legítima.- Las calificaciones negativas (...) Puerto de la Cruz, a 11 de Junio de 2.012.-La registradora (firma ilegible) Fdo.: María Luisa Martín Moreno-Torres».

## III

El día 21 de junio de 2012, doña L. D. G. interpuso recurso contra la calificación, en el que, en síntesis, alega lo siguiente: El artículo 163 del Código Civil regula la figura del defensor judicial como forma de representación extraordinaria, no con carácter general, sino *ad hoc*, para asunto determinado, cuya finalidad es la de suplir al progenitor cuando en el ejercicio de la representación legal se suscita una colisión de intereses entre aquél y el hijo. Alega la recurrente que no tiene un interés opuesto a de los hijos no emancipados. La oposición de intereses vendrá de la posibilidad de una ventaja, beneficio o ganancia que la progenitora pueda obtener que, correlativamente, comporte perjuicio para el hijo. Pues bien, dada la naturaleza del acto realizado, no se daría conflicto de intereses entre la madre y los menores por lo que no sería necesario el nombramiento de defensor judicial para los mismos en una escritura de manifestación aceptación y adjudicación de herencia, en la que resulta la sucesión de un testamento por el que el causante instituyó herederos a sus hijos, tanto del primer matrimonio, como a los tenidos con doña L. D. G., en su porción de legítimas (respetándolas) y a la recurrente, el usufructo vitalicio del que es su hogar familiar y vivienda habitual (de la madre y sus dos hijos menores). Es decir, por sí y en representación de sus hijos menores, acepta la herencia de su difunto esposo y adjudica entre otros bienes, las fincas relictas por cuotas indivisas en la misma proporción que resulta del testamento, es decir, nuda propiedad para los hijos y usufructo para la madre y esposa a la vez, siéndole de aplicación lo previsto en el artículo 787 del Código Civil, en cuanto a que el testador deje a una persona el todo o parte de la herencia, y a otra el usufructo, será válida. Es cierto que si pudiera existir contradicción de intereses en una partición de herencia en la que aparezcan interesados como copartícipes el cónyuge viudo y sus hijos menores, es necesario el examen del caso específico, en el que únicamente se unifica la aceptación de la herencia y la adjudicación de la finca hereditaria en las mismas cuotas indivisas y usufructo que se corresponden con la proporción fijada por el testador. La aceptación de la herencia por la recurrente en nombre de los hijos menores no implicaría aquí oposición de intereses, porque supone una actuación paralela entre la madre, que también ha aceptado pura y simplemente, y sus hijos; no habría desigualdad de régimen, y el hipotético perjuicio tampoco que pueda dar ocasión a una ventaja o beneficio de la madre sobre los hijos. Además, si la madre podía en aquel momento, sin ningún requisito especial, haber aceptado, en nombre de sus hijos, pura y simplemente la herencia de su padre y marido, como actitud la más respetuosa con la memoria del difunto y con los deberes morales hacia el esposo y el padre. En definitiva, la adjudicación realizada en la escritura, supondría una actuación paralela entre madre e hijos totalmente respetuosos con la voluntad del *de cuius*. El carácter excepcional recordado de la representación legal conectada al defensor judicial

no autorizaría a ampliar el concepto de intereses opuestos hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos. La registradora se basa en el artículo 813 del Código Civil –al establecer que, el testador, no podrá imponer gravamen sobre la legítima–. El párrafo segundo del referido artículo dispone: «... El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados en la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados». Expresamente expone: «salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo». Asimismo, preservando lo expresado en el artículo 808 (legítimas). Se habría realizado todo en estricta legalidad y en respeto a la decisión del testador, incluso legalizando el testamento ológrafo. Habría de considerar la registradora igualmente lo previsto en el artículo 834 del Código Civil, en cuanto al derecho al usufructo de la viuda supérstite. Incluso, en cuanto a los derechos y obligaciones del usufructo, habrá que estar a lo previsto en los artículos 467 al 522 del Código Civil. El usufructo se constituyó como última voluntad, del esposo y está en relación con lo previsto en el artículo 1060 del Código Civil, en cuanto a la representación legal de menores en la partición hereditaria, que dice expresamente: «Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial (...) En la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial...». No se daría ninguno de los supuestos de los que han sido resaltados tradicionalmente para definir el conflicto de intereses, por lo que habrían de excluirse del supuesto de conflicto aquellos supuestos de intereses concurrentes, que podrán ser coincidentes, paralelos o comunes e incluso distintos, siempre que sean compatibles. La nuda propiedad y el usufructo son totalmente compatibles, sin perjuicio de la posibilidad de la impugnación judicial del acto de disposición por quien, en su caso, corresponda. La doctrina hasta ahora mantenida 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 calificación de la registradora es por poner el testador como usufructo la vivienda conyugal-habitual, para proteger incluso, la misma. Como recuerda la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 1987, la representación del defensor judicial no puede extenderse hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos (por lo que no podría admitirse como argumento la valoración de la registradora sobre lo inconveniente e innecesario de la forma de partir, valoración que, por lo demás, en el presente caso, excedería del ámbito propio de su función calificadora), tampoco debería extenderse a casos de posibles perjuicios no acreditados, sin más base que el causante ha designado a su esposa viuda el usufructo. Si se admitiera este argumento, siempre y por principio existe oposición de intereses en la partición de herencia y habría que abandonar la doctrina hasta ahora mantenida. El artículo 163 del Código Civil ha de interpretarse con la necesaria amplitud para que no quede inaplicable, 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 podría deducirse la existencia de oposición de intereses, pues ni son conocidos, ni son concretos, ni resultan de la escritura ni del Registro, por lo que no podrían ser tenidos en cuenta para la calificación (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria). Por las circunstancias que concurren en la escritura objeto de recurso, no se daría oposición de intereses entre la viuda y sus dos hijos menores, siendo plenamente aplicable la doctrina de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de enero de 1994 y de 6 de febrero de 1995. El artículo 163 del Código Civil no podría aplicarse de esta forma tan apartada de su verdadera ratio, pues, en verdad, no habría incompatibilidad en la forma de partir la herencia, que se realiza en la misma escritura, pues esa declaración, en sí, no conllevaría perjuicio actual para los menores si, como toda declaración en escritura, ha de ser tenida

por cierta, mientras no sea judicialmente impugnada, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurra el representante que atenta contra la verdad, lo que, ni civil ni penalmente, podría presumirse.

## IV

Mediante escrito, con fecha de 2 de julio de 2012, la registradora de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 163, 166, 272, 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 y 23 de mayo de 2012.

1. Debe decidirse en este expediente si es inscribible una escritura de aceptación y partición de herencia y adjudicación de los bienes a los herederos, en la que concurren las circunstancias siguientes: la viuda, interesada en la herencia y partición, a su vez representa a otros dos herederos en virtud de su ejercicio de la patria potestad; se realizan las adjudicaciones en la forma que el causante estableció en su último testamento, de carácter ológrafo, de forma que a la viuda se le adjudicó el usufructo sobre la vivienda familiar cuya nuda propiedad se adjudicó a los hijos comunes menores, y además, en orden a las instrucciones del testador, la plena propiedad de otra finca; por lo que la registradora entiende que es necesario el nombramiento de un defensor judicial de los menores y, en su caso, la aprobación judicial, por entender que existe un conflicto de intereses entre la madre y los hijos menores.

2. La cuestión que se plantea es la de si proceden las limitaciones de los artículos 163 y siguientes del Código Civil. En principio, el artículo 1.060 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 el menor. 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 (*vid.* los «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. Es cierto que el artículo 163 del Código Civil ha de interpretarse con la necesaria amplitud para que no quede inaplicado, pero también los 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»).

3. Conforme reiterada doctrina de este Centro Directivo (*vid.* los «Vistos»), no hay contradicción ni conflicto de intereses en una partición, si los bienes se adjudican *pro indiviso* respetando las normas legales sobre la partición de la herencia. Esta doctrina establece que no existe la contraposición de intereses cuando no hay liquidación previa de la sociedad ganancial y en la cotitularidad que se crea, hay proporcionalidad a las cuotas hereditarias de cada adjudicatario. La doctrina de este Centro Directivo 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 el caso que nos ocupa, no se ajusta la viuda en la partición a la adjudicación de bienes conforme las disposiciones legales sobre titularidad de cuotas en el caudal relicto, porque como resulta de los hechos, se ha adjudicado a la supérstite, junto con el usufructo de la finca cuya nuda propiedad se adjudica a sus hijos, la plena propiedad de otra finca registral, con independencia absoluta de que esté ubicada en otro distrito hipotecario. Si bien, esta adjudicación en plena propiedad de otra finca, responde a lo manifestado por el causante en su testamento ológrafo. También ocurre que la adjudicación del usufructo a la viuda y nuda propiedad a los hijos menores resulta de la elección de una de las alternativas que concede la cautela *socini* contenida en el testamento. En Resoluciones de 15 de mayo de 2002 y 14 de diciembre de 2006, este Centro Directivo ha entendido que en el caso de cautela *socini*, fórmula testamentaria por la que los legitimarios reciben más de lo que por legítima les corresponde, pero con un gravamen –en este caso el usufructo del viudo– trae una alternativa por la que los legitimarios tienen que optar, y el hecho de que por ellos ejercite la opción su madre acarrea la contraposición de intereses, ya que la representante se ve afectada directamente por el resultado de la opción. Por lo que está bien apreciada la oposición de intereses y el autocontrato por la registradora en su nota de calificación. En consecuencia es necesaria la intervención del defensor judicial y el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por el artículo 1060 del Código Civil.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar la nota de 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, 4 de septiembre de 2012.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.