

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8969 *Resolución de 22 de junio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Moncada n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación de herencia.*

En el recurso interpuesto por don Jorge Barberá Pichó, notario de Valencia, contra la calificación del registrador de la Propiedad de Moncada número 2, don Silvino Navarro Gómez-Ferrer, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Valencia, don Jorge Barberá Pichó, de fecha 21 de enero de 2015, con el número 116 de protocolo, se otorgó por doña N. B. O. manifestación y aceptación de la herencia de su finado cónyuge, don A. B. C. La viuda interviene en la escritura en su propio nombre y además en representación de sus dos hijos menores habidos con el causante, en ejercicio de la patria potestad que le corresponde con carácter exclusivo.

Ocurrió el óbito del fallecido en régimen de absoluta separación de bienes pactada en capitulaciones matrimoniales y bajo la vigencia de su último testamento otorgado ante el mismo notario, don Jorge Barberá Pichó, de fecha 5 de diciembre de 2013, en el que dispuso el legado alternativo a favor de la viuda y a su elección, del usufructo universal y vitalicio de la herencia o bien el tercio de mejora además de su cuota legal usufructuaria, e instituyó herederos universales a sus dos hijos sustituidos por sus descendientes, estableciendo cautela socini para el caso de optar la vida por el usufructo universal de la herencia. La opción se concede en estos términos: «Para el caso de que ninguno lo respetare o por la simple voluntad manifestada del cónyuge legatario, para lo que le faculta expresamente, quedará convertido en legado del tercio de libre disposición en pleno dominio de su herencia, sin perjuicio de los demás derechos viduales que puedan corresponderle».

En la escritura referida de manifestación y aceptación de herencia, el inventario se integra por una mitad indivisa de inmueble vivienda, un vehículo y dos saldos bancarios además de los gastos de entierro y funeral. La totalidad de los bienes mencionados son de carácter privativo del causante. La viuda, en uso del legado alternativo ordenado por el causante, ha optado expresamente por el tercio en pleno dominio además del usufructo del tercio de mejora. Se adjudican todos los bienes en las porciones indivisas que resultan de la cláusula del testamento, esto es, la tercera parte indivisa a la viuda además de su cuota legal usufructuaria y, el resto, por partes iguales a favor de los dos herederos.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Moncada número 2 el día 22 de enero de 2015, y fue objeto de calificación negativa de fecha 18 de marzo de 2015 que, a continuación, se transcribe: «El registrador de la Propiedad que suscribe, previo examen y calificación jurídica del documento que precede, referido en la presente nota, ha resuelto no practicar la inscripción solicitada en el mismo, conforme a los hechos y fundamentos de Derecho que seguidamente se detallan: Hechos: Asiento: 1137; Diario: 152; N.º entrada: 158. Notario/Protocolo: Jorge Barberá Pichó. 116/2015. Se trata de una

escritura de partición de herencia, ya que existen incluso adjudicaciones de bienes, en la que comparece D^a N. B. O., en su propio nombre y derecho y en nombre y representación de dos de sus hijos menores de edad, si bien es cierto que uno de los dos menores de edad es mayor de dieciséis años y comparece en el otorgamiento de la escritura a efectos de prestar el consentimiento. Se procede por la madre a elegir entre el usufructo universal o el legado de tercio de libre disposición y el usufructo del tercio de mejora produciéndose con el ejercicio de dicha opción un conflicto de intereses entre la madre y los hijos en los términos del artículo 163, 1060 CC. Por tanto es preciso cumplimentar los requisitos prescritos en dichos artículos citados. Resolución DGRN de 23 mayo 2012. Se notifica la nota de calificación, la suspensión de la inscripción, quedando prorrogado el asiento de presentación de conformidad con los artículos 322 y 323 de la Ley Hipotecaria. Contra la presente nota de calificación (...) Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por Silvino Navarro Gómez Ferrer registrador/a de Registro Propiedad de Moncada 2 a día dieciocho de Marzo del año dos mil quince».

III

El día 17 de abril de 2015, don Jorge Barberá Pichó, notario autorizante, interpuso recurso contra la calificación, en el que, en síntesis, alega lo siguiente: «(...) Fundamentos de Derecho I.–(...) La viuda, en uso del legado alternativo previsto a su favor en la cláusula primera del testamento opta expresamente por el tercio en pleno dominio además del usufructo del tercio de mejora. Finalmente acepta los derechos hereditarios en su propio nombre y en nombre de sus hijos menores de edad, si bien la mayor de dieciséis años comparece y consiente, y en pago de sus respectivos haberes se adjudican todos los bienes relictos en proporción a sus respectivas cuotas, es decir, la viuda una tercera parte en pleno dominio y el usufructo de otra tercera parte, y los hijos se adjudica por mitad entres ellos una tercera parte indivisa en pleno dominio y la nuda propiedad de la otra tercera parte indivisa. II.–En su nota de calificación, el Registrador invoca los artículos 163 y 1060 CC, considera que es necesario la designación de defensor judicial que represente a los hijos menores de edad por estimar que existe conflicto de intereses porque «se procede por la madre a elegir entre el usufructo universal o el legado de tercio de libre disposición y el usufructo del tercio de mejora». No podemos estar de acuerdo en dicha calificación y pues entiendo que no se da el presupuesto básico, que es el conflicto de intereses, ya que la madre realiza una elección que le es propia y que es previa a la que en su caso podría corresponder a los descendientes, elección que no vulnera los derechos legitimarios. El artículo 162 del código civil le atribuye la representación legal a la madre titular única de la patria potestad, y el artículo 1060 C.c. dispone que no será necesaria la intervención ni aprobación judicial si los menores están legalmente representados en la partición hereditaria. Es pacífica la doctrina de nuestro centro directivo al insistir en atribuir la representación del menor a los padres, y la aplicación del artículo 163 solo en el caso de la existencia de un conflicto de intereses real. Véase múltiples resoluciones de la Dirección General como la de 23 de mayo de 2012 o de 2 de marzo de 2015 y muchas otras citadas en sus fundamentos de derecho. Por tanto se trata de dilucidar si en el caso que nos ocupa existe o no conflicto de intereses, toda vez que la múltiple representación o autocontratación no está prohibida per se, sino tan solo cuando concorra dicho conflicto. El conflicto de intereses se ha construido en base a la elaboración doctrinal y jurisprudencial y es una cuestión en la que la casuística es inabarcable. F. L. considera que existe conflicto de intereses en «aquellas situaciones en las que hay varios intereses correspondientes a distintas personas que pueden ser divergentes o contradictorios... Cuando el representante, para atender el interés de su representado tiene que desatender el interés propio o el de otro representado, que se ven afectados por el negocio celebrado». D. E. F. considera que «el conflicto comprende aquellos supuestos en los que la satisfacción de uno supone, como consecuencia natural, el sacrificio del otro, posturas antagónicas que no pueden ser atendidas a la vez sin que una de ellas resulte perjudicada, intereses antitéticos, de manera que para proveer a la defensa de uno se agrávola posición o condición del otro». La Dirección General en sus resolución de 15 de junio de 2004 nos dice que «al concurrir

dos o mas esferas jurídicas susceptibles de vinculación por una sola persona, cabe que el vinculo negocia/ que se constituya por ella, se establezca en su provecho o en el de un tercero con detrimento de los legítimos intereses de alguno o de todos los representados. Aparece entonces la noción sustancial del conflicto de intereses». Nuestro órgano directivo ha sido claro al entender que existe conflicto de intereses en los casos en los que «el cónyuge viudo ejercita una opción de pago de su cuota legal usufructuaria», momento en el cual si que intervienen los legitimarios. Eso es así debido a que dicha opción puede afectar a los derechos legitimarios de los representados, conculcando de este modo la intangibilidad de la legítima consagrada en el artículo 813 del código civil. Así se da, como es pacífico, cuando por ejemplo el viudo recibe el usufructo universal de la herencia vía cautela soccini. En ese supuesto, se produce un perjuicio en la legítima de los descendientes, que puede ser admitida siempre y cuando los legitimarios no se opongan a la misma, normalmente so pena de ver reducidos sus derechos hereditarios al mínimo legal. Y es que en ese supuesto es cierto que en el viudo concurre en un conflicto de intereses, pues su provecho, esto es el usufructo universal, es a su vez detrimento de sus hijos representados, que ven grabada su legítima estricta con un usufructo al que podrían oponerse. Es claro que se cumple la máxima de que el beneficio del representante puede redundar en el perjuicio del representado. Ahora bien, el caso que nos ocupa en la escritura es diametralmente opuesto. El viudo en uso de un legado alternativo a su favor, opta por el tercio libre además de sus derechos viduales. No existe en este caso conflicto de intereses; 1.—El propio artículo 813 en su segundo párrafo admite, como excepción a la intangibilidad, el usufructo del viudo y el artículo 834 consagra el usufructo del cónyuge viudo sobre el tercio de mejora. Por tanto la viuda al optar en este caso por el tercio libre y el usufructo del tercio de mejora, no hace más que aceptar los derechos que le pertenecen vía testamentaria (tercio libre) y vía legitimaria (usufructo de otro tercio). No se produce el elemento esencial del conflicto de intereses, al no estar perjudicándose en modo alguno los derechos legitimarios ni testamentarios de los hijos representados. De igual modo que se ha aceptado que el viudo represente a sus hijos cuando no se alteran las disposiciones testamentarias, en este caso no se hace más que respetar la voluntad del finado sin perjuicio alguno a los hijos, que ven intacto sus derechos legitimado. No se cumple el elemento básico para que exista conflicto de intereses, y es que en la decisión de la viuda no hay perjuicio alguno a los intereses legítimos de los descendientes. La viuda no hace más que optar, en ejercicio del derecho derivado de un legado alternativo, por una de las dos opciones. Ciertamente es que si hubiera optado por el usufructo universal, nacería entonces (y no antes) la opción de los legitimarios a aceptarlo o no, dado que hubiera creado un posible perjuicio y por tanto se crearía un conflicto de intereses, pero no así con la otra opción, pues no quiebra interés o derecho alguno de los hijos representados. Si el testamento no hubiera dejado opción a escoger entre dos legados, sino que tan solo legara el tercio libre más el usufructo del de mejora, no se hubiera discutido y se habría admitido la representación, sin requerir la presencia de defensor judicial. Considero que debemos admitir que en ese caso no existe conflicto de intereses. 2.—Por tanto la cuestión primordial no es si el usufructo del tercio de mejora perjudica los derechos de los hijos, que admitimos que no, sino si existe conflicto de intereses en el acto concreto de toma de decisión por la viuda al optar entre un legado u otro. A mi juicio, no existe en ese caso conflicto de intereses. Estamos en un momento del iter hereditario previo. Es la viuda, la que en su propio y único nombre toma la decisión de optar entre un legado y otro. En ese acto concreto no puede apreciarse conflicto de intereses pues no son parte los hijos y por tanto no se produce «detrimento de los legítimos intereses de alguno o de todos los representados». Es decir, se trata de una disposición a título de legado a favor de la viuda en la que nada tienen que decir los herederos. No corresponde a ellos decidir entre un legado u otro, sino que dicha facultad es única y exclusiva de la viuda legataria. No se produce conflicto de intereses porque no existen en dicha toma de decisión intereses en liza encontrados. Podría tratar de alegarse que si que les afecta en las adjudicaciones de los hijos, pues en función de la decisión de la legataria, los hijos recibirán bienes en distinto concepto, pero eso no es más que una consecuencia posterior como consecuencia de un

derecho reconocido a la legataria. Derecho al que los hijos no pueden oponerse por ser lícito y no quebrar derecho legitimario alguno y ser exteriorización de la voluntad suprema del testador. Por tanto la clave está en la diferenciación de este supuesto, que es un legado alternativo que deja optar entre el usufructo universal (via cautela socini) o el tercio libre más el usufructo de mejora, supuesto totalmente distinto del caso que se lega tan solo el usufructo universal, y solo en caso de oposición de los legitimados, recibiría el tercio libre más el usufructo de mejora. Este último es el que ha sido calificado por la dirección general como causa de conflicto, y no así el primero que nos ocupa. En una interpretación estricta podría incluso afirmarse que en el acto jurídico de la decisión de la viuda de optar entre un legado y otro, no existe ni siquiera el elemento primordial de la autocontratación, al ser un acto en el que los herederos no intervienen. La esencia de la cuestión radica en que por el hecho de que exista un legado alternativo a favor de la viuda, no por ello existe conflicto de intereses, sino tan solo en el caso de que, en ejercicio de dicho legado, se puedan perjudicar legítimos derechos de los hijos. 3.—Considero indebida la calificación en base a una interpretación lógica y de defensa de la voluntad testamentaria. Entiendo que la cuestión se clarifica si lo extrapolamos al caso en que los hijos fueran mayores de edad. En el caso de que, con hijos plenamente capaces, la viuda hubiera optado por el usufructo universal, éstos podrían haberse opuesto a dicha opción en base a la intangibilidad de su legítima, asumiendo, eso sí, las disposiciones testamentarias para dicho supuesto. Pero estaremos de acuerdo en que si la viuda hubiera optado, en uso del legado del tercio libre y el usufructo del tercio de mejora, los hijos mayores de edad y actuando en su propio nombre en ningún caso hubieran podido oponerse a dicha decisión. Habrían estado más o menos conformes con la decisión de su causante, pero nada podría oponer porque no quiebra interés o derecho alguno. Del mismo modo, para el caso hipotético de que se hubiera acudido al nombramiento de defensor judicial en el caso que nos ocupa, dicho defensor no hubiera podido oponerse a la decisión de la viuda de optar por el tercio libre y el usufructo del tercio de mejora. Y del mismo modo el juez habría aceptado dicha opción pues no hay perjuicio alguno a los derechos legitimarios de los hijos menores. Se impone por tanto no solo por una interpretación lógica de la norma si no por una cuestión de ahorro de medios. 4.—Como notario autorizante de la testamento que contuvo dicho legado, se me transmitió la voluntad del testador de facilitar al máximo las operaciones particionales, y en la decisión de la viuda primo este principio tal y como se reflejó en la intervención de la escritura pública en la que se expuso en el juicio de suficiencia «Habida cuenta de que no existen bienes gananciales, de que no se opta por el usufructo universal que pudiese perjudicar la legítima, y que no se produce partición sino mera manifestación de bienes, yo, el Notario, juzgo suficiente para este acto la representación legal invocada, al no existir conflicto de intereses». Considero que no debemos cargar al interesado con una exigencia más gravosa en tiempo y costes, cuyo resultado final sería exactamente el mismo. III.—Por último, parece dar a entender la nota de calificación, como motivo para el rechazo, «que se trata de una escritura de partición de herencia, ya que existen incluso adjudicaciones de bienes». Baste en este punto la remisión a la doctrina de nuestro centro directivo, cuando deja claro que no debe apreciarse conflicto de intereses en cualquier caso y circunstancias, y que el conflicto debe de ser real. En el caso que nos ocupa justamente no se hizo una auténtica partición de bienes, sino adjudicaciones de los mismos en proindiviso con arreglo a lo ordenado por el testador, caso en el que queda dicho que no existe tal confrontación».

IV

Mediante escrito, de fecha 4 de mayo de 2015, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 162, 163, 171, 808, 813, 820 y 1060 del Código Civil, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de mayo

de 1987, 10 de enero de 1994, 25 de abril de 2001, 15 de mayo de 2002, 15 de junio de 2004, 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2006, 23 de mayo, 2 de agosto y 4 de septiembre de 2012 y 5 de febrero y 2 de marzo de 2015.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de manifestación y aceptación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: en el testamento se le concede a la viuda la posibilidad de optar entre el usufructo universal de la herencia o el tercio de libre disposición además de su cuota legal usufructuaria; la viuda, madre de los herederos, que son menores y representados en la manifestación de la herencia por ella, ejercita opción del tercio de libre disposición y su cuota legal usufructuaria; en la escritura se le adjudica la tercera parte indivisa de los bienes del inventario, que son todos privativos, además de su cuota legal usufructuaria, y el resto a los dos herederos por partes iguales.

El registrador señala como defecto, que al tener que elegir entre el legado de usufructo universal y el legado del tercio de libre disposición y el usufructo del tercio de mejora, se produce con el ejercicio de dicha de opción un conflicto de intereses entre la madre y los hijos menores por lo que se deben cumplir los requisitos del defensor judicial.

El notario recurrente alega que no hay conflicto de intereses porque éstos existen cuando ante la elección del cónyuge viudo por el pago de una cuota legal usufructuaria, esto puede afectar a los derechos de los interesados conculcando la intangibilidad de la legítima, y así se da cuando se puede producir un perjuicio en la legítima de los descendientes, porque podría ser admitido siempre que los legitimarios no se opusiesen a ello, normalmente so pena de ver reducidos sus derechos al mínimo legal, lo que en este supuesto no se ha producido; que la viuda al optar por el tercio de libre disposición y su cuota legal usufructuaria, no hace más que aceptar los derechos que le corresponden por vía testamentaria y legítima; que en la decisión de la viuda no hay lesión alguna en perjuicio de los intereses legítimos de los hijos menores representados, lo que ocurriría así de haber tomado la otra opción; que de haber sido instituida exclusivamente en la opción que ha tomado, esto es, en el legado del tercio libre y la cuota legal usufructuaria, se habría admitido la representación, y es por esto que ha escogido esta vía; que se trata de una disposición a título de legado a favor de la viuda en la que nada tienen que decir los herederos pues no perjudica su legítima; que además no hay bienes gananciales y no se ha producido partición alguna sino mera manifestación de bienes y adjudicación en proindiviso de bienes en los términos establecidos por el testador, por lo que no hay conflicto de intereses.

2. La única cuestión que suscita este expediente es si en este supuesto existe conflicto de intereses debido a la múltiple representación o autocontratación, esto es, si debe nombrarse un defensor judicial y si no se previera en su designación otra cosa, someter a aprobación judicial, una manifestación y aceptación de herencia en la que intervienen menores en las circunstancias que seguidamente se señalan. Los menores están sujetos a patria potestad que es ejercida por su madre que opta en virtud de la facultad atribuida por su esposo, causante de la sucesión, por el tercio de libre disposición de la herencia sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria.

Este Centro Directivo ya resolvió en la reciente Resolución de 5 de febrero de 2015 una cuestión parecida pero precisamente en una decisión sobre la elección, distinta a la de esta expediente: en la de la citada Resolución, el cónyuge viudo optó por el usufructo de viudedad universal, con lo que la cautela socini puso en juego la posibilidad de que los herederos –menores o incapaces para decidir por sí solos– debieran coger entre que su parte de herencia estuviese gravada con el usufructo o que se concretara en el tercio de libre disposición, lo que producía una colisión de intereses entre ellos y quien les representaba, esto es, quien ejercía la patria potestad, precisamente porque tienen que tomar una decisión; en el supuesto de este expediente, el cónyuge viudo ha elegido la opción del tercio de libre disposición prevista por el causante, con lo que los herederos no tienen que escoger opción alguna al respetarse sus derechos, esto es, sin otra carga que

la de la cuota legal usufructuaria sobre la mejora, con lo que al no tener que tomar decisión no hay conflicto de intereses.

3. Anteriormente, esta Dirección General ha interpretado, entre otras, en las Resoluciones que se citan en el apartado «Vistos», las circunstancias que conducen a determinar cuándo concurre un conflicto de interés entre menores o incapacitados y sus representantes legales, determinantes de que estos últimos no puedan entenderse suficientemente representados en la partición hereditaria, si no es con la intervención de un defensor judicial.

Para ello, ha atendido a diversos elementos de carácter objetivo, que en general apuntan a la inexistencia de automatismo en las diversas fases de la adjudicación hereditaria, es decir en la confección del inventario, en la liquidación de las cargas y en la adjudicación de los bienes.

En el supuesto de la Resolución de 5 de febrero de 2015, la opción compensatoria de legítima establecida en el artículo 820.3 del Código Civil, o cautela socini, según es configurada doctrinal y jurisprudencialmente, y que fue ordenada por la testadora en su testamento, implicaba la adopción de una decisión por el viudo, que aunque pudiera entenderse adecuada para los intervinientes, lo cierto es que suponía una elección por parte de la legitimaria en relación a la posición del viudo respecto de los bienes gravados por la legítima de la incapaz. Ahora, en el supuesto de este expediente, la elección de la viuda, no implica decisión alguna por parte de los herederos puesto que no se grava su legítima estricta sino tan sólo la mejora en los términos establecidos por el Código Civil, sin que afecte a la intangibilidad de la legítima.

Así pues, si entonces la valoración de inexistencia de conflicto no podía hacerla por sí mismo el representante de la incapaz, sino que exigía, conforme a lo establecido en el artículo 163 del Código Civil, del nombramiento de un defensor con posterior sometimiento a lo que establezca el juez en su decisión sobre la necesidad o no de posterior aprobación judicial, en el supuesto de este expediente, al no crearse una situación de decisión que deba ser tomada por parte de los menores, no hay conflicto alguno, porque la única elección que ha sido tomada por la viuda lo ha sido en los términos ordenados en el testamento sin crear nueva situación que deba poner en posición a los menores que representa de decidir si escogen el mantenimiento de su legítima libre de la carga del usufructo.

Esta Dirección General 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, 22 de junio de 2015.—El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.