

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**12628** *Resolución de 27 de octubre 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 Valdemoro, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición de herencia.*

En el recurso interpuesto por don J. L. F. R. contra la calificación del registrador de la Propiedad de Valdemoro, don Manuel Villarroya Gil, por la que se suspende la inscripción de una escritura de partición de herencia.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada por el notario de Valdemoro, don José Manuel Vara González, el día 24 de junio de 2015, con número 1.654 de protocolo, se otorgaron operaciones de partición de la herencia de doña M. R. A. que falleció el día 21 de marzo de 2015 en estado de casada con don A. F. H., y dejando dos hijos llamados don J. L. y doña E. E. F. R. A los efectos de este expediente, interesa reseñar lo siguiente:

– En su último testamento, otorgado ante el mismo notario, don José Manuel Vara González, el día 23 de mayo de 2013, lega el usufructo universal y vitalicio a su esposo, y sin perjuicio de lo anterior, instituye herederos en la universalidad de sus bienes, derechos y acciones a las siguientes personas y proporción: a su hijo, don J. L. F. R., en las seis doceavas partes de la herencia, sustituido vulgarmente por sus descendientes; a su hija, doña E. E. F. R., y a sus nietos, don A., doña J. y don A. S. F. –hijos de doña E. E. F. R.– en la restante mitad de la herencia, a razón de tres doceavas partes la primera y una doceava parte cada uno de los tres nietos. A continuación sustituye vulgarmente a la primera por su estirpe de descendientes; y a los tres últimos por los suyos, y careciendo de toda clase de descendientes por la primera.

– En el citado testamento, «para el solo caso de que su intervención sea requerida o existan interesados en la herencia menores o incapacitados, nombra albaceas, comisarios, contadores-partidores, solidariamente, con todas las facultades legales, las de liquidación de la sociedad conyugal y conmutación del usufructo viudal, a los Letrados don J. A. B. y don J. R. P. del despacho de abogados «...» a quienes les prorroga el plazo legal del ejercicio de su cargo hasta seis años después del fallecimiento del cónyuge de la testadora. Su intervención no será necesaria si todos los herederos son mayores de edad y plenamente capaces y formalizan la partición de mutuo acuerdo».

– En la citada escritura de partición, comparecen todos los mayores de edad: viudo, los dos hijos y uno de los nietos, y en representación de los otros dos nietos que son menores de edad, lo hace su padre, don M. S. S., esposo de la hija de la causante –que comparece como heredera–, doña E. E. F. R., que «interviene asumiendo para este acto circunstancialmente en exclusiva la representación legal de sus hijos menores al existir conflicto de intereses con el otro progenitor, la también compareciente doña E. E. F. R., todo ello en aplicación de lo establecido en los artículos 163 y 1060 del Código Civil». Y en el apartado IV de la escritura, relativo a la interpretación del testamento, exponen que «dada la conformidad de los herederos sobre el modo de verificar la presente adjudicación hereditaria, han decidido prescindir de la intervención de los ejecutores testamentarios designados en el título sucesorio. Todos los interesados intervinientes en la presente escritura prestan expresa conformidad a la anterior interpretación del título sucesorio». En consecuencia, no comparece en la escritura, ninguno de los contadores-partidores.

– Las adjudicaciones que se realizan en las operaciones particionales son las siguientes: al viudo, en pago de sus derechos en la sociedad de gananciales y de su usufructo universal y vitalicio, se le adjudica el ajuar doméstico, el usufructo universal de la totalidad de las fincas descritas y la plena propiedad de la totalidad de los saldos de los depósitos inventariados en la escritura; al hijo, don J. F. L. R., se le adjudica la nuda propiedad de la totalidad de las fincas descritas en el inventario –una vivienda unifamiliar y una rústica– y como recibe de más, el exceso de adjudicación, que deberá abonar a su padre, hermana y nietos, lo compensará en la forma que se dirá; a la hija y heredera, doña E. E. F. R., y a los nietos de la causante, hijos de ella, no se les realiza adjudicación de ninguno de los bienes inventariados, y el defecto de adjudicación deberá serles reembolsado por el hermano y tío respectivamente que es coheredero de la forma siguiente: mediante créditos para cada uno de ellos por los importes de lo que llevan de menos respectivamente cada uno de ellos, que deberán hacerse efectivos dentro del plazo de prescripción de las obligaciones personales comunes, sin que la suma aplazada devengue interés remuneratorio de ningún tipo a favor de la parte acreedora y sin que se estipule garantía alguna de carácter jurídico real en seguridad de su pago o cumplimiento.

## II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Valdemoro el día 2 julio de 2015, y fue objeto de calificación negativa de fecha 14 de julio de 2015 que, a continuación, se transcribe: «Nota de calificación negativa nº: 65/2015 Con referencia a la escritura autorizada por el Notario de Valdemoro, José Manuel Vara González, el 24/06/2015 con el número 1654/2015 de protocolo, presentada en esta oficina el 02/07/2015, con el asiento 451 del diario 106, el cual queda prorrogado por el plazo de 60 días hábiles a contar desde la última fecha de los acuses legales de recepción de la presente comunicación. Manuel Villarroya Gil, Registrador de la Propiedad de Valdemoro, previo examen y calificación del documento precedente de conformidad con los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 a 100 de su Reglamento, suspende la inscripción del mismo por los siguientes hechos y fundamentos de derecho: A los menores, representados por su padre, no se les adjudica participación alguna de los bienes inventariados en la herencia, lo que va contra de lo dispuesto en el artículo 1061 del Código Civil. La monetarización de la adjudicación y su transformación en un crédito, que deberá hacerse efectivo dentro del plazo de prescripción de las obligaciones personales, sin que devengue interés remuneratorio alguno y sin garantía real en seguridad de su pago, supone una renuncia a los derechos a los que se refiere el citado artículo 1061 del Código Civil, por lo que conforme el artículo 166 del Código Civil, requiere la previa autorización del Juez, con audiencia del Ministerio Fiscal. Todos los defectos son subsanables. Contra la presente calificación (...) Valdemoro, catorce de julio del año dos mil quince. El registrador».

## III

El día 31 de julio de 2015, don J. L. F. R. interpuso recurso contra la calificación en el que, en síntesis, alega lo siguiente: Primero.–No se ha tenido en cuenta que el artículo 1062 del Código Civil dispone que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su indivisión, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero. Lo que es justificación de que a los menores y al otro nieto e hija mayores de edad no se les adjudiquen bienes de la herencia y se les compense en metálico. En el mismo sentido, respecto del artículo 406 del Código Civil, que se utiliza junto con el artículo 1062 para la liquidación fiscal. Dicho exceso está producido por la indivisibilidad de la finca y/o jurídica de los inmuebles que lo causan y, en todo caso, por el desmerecimiento que sufrirían en el caso de partición. Dichos artículos permiten la adjudicación de los bienes completos a uno de los herederos con la única peculiaridad de que el pago queda aplazado y se ha de abonar a los otros el exceso en dinero, y esto es lo que se hace en la escritura calificada, con la particularidad de que en la misma se aplaza la entrega del dinero constituyéndose un crédito a su favor; Segundo.–No es cierto que la monetarización del crédito suponga una renuncia a la herencia y que, por consiguiente, se necesite la autorización del juez con

audiencia del Ministerio Fiscal. Los menores aceptan la herencia de forma expresa por medio de su padre, quien ejerce la patria potestad, para no incurrir en contradicción de intereses con su madre, que interviene en la herencia. Sólo se reconoce la deuda y la obligación al pago de la misma, teniendo en cuenta que se trata de una deuda vencida, líquida y exigible desde el momento mismo de la escritura, es decir reclamable desde el mismo instante. Que no se establezca garantía real en pago de dichos créditos no significa que suponga renuncia a los derechos hereditarios. Existe una garantía mayor que es la responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del Código Civil. No puede existir garantía mayor. El artículo 166 del Código Civil remite al artículo 1060 del mismo código, con lo que se infiere que el padre, que no tiene contraposición de intereses con los hijos menores de edad, no necesita autorización judicial para realizar partición de bienes representando a los menores. En este sentido, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de junio de 2007; Tercero.—En cuanto a la innecesariedad de la intervención ni de la aprobación judicial. Resulta del artículo 1060 del Código Civil, conforme el cual cuando los menores o incapacitados esté legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial. Como los menores están representados por su padre, al tener intereses contrapuestos con su madre, está salvada la exigencia de los artículos 162 y 163 del Código Civil, puesto que si el conflicto de intereses existe con uno de los progenitores, corresponde al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar al menor o completar la capacidad. Según la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado la excepción a la regla de la representación sólo juega cuando concurren los presupuestos legalmente establecidos. Es imprescindible que entre el representante y el representado exista oposición de intereses o un conflicto de intereses resultante de una ventaja del representante sobre el representado. Según las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003 y 17 de mayo de 2004, se excluye el supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto ni se dan las circunstancias no acreditadas en el expediente, exclusión del todo lógica pues de lo contrario se haría de la excepción una regla, vaciando de contenido el principio general de representación legal. Cuando no existe conflicto, porque sólo existe oposición, sino intereses paralelos de representante y representado, rige la regla general. Y esto último ha hecho el registrador: contemplar un peligro hipotético o una mera suposición de que exista un interés contrapuesto, cuando el pago de la citada cantidad está plenamente garantizado con la responsabilidad universal del artículo 1911 del Código Civil por parte del deudor, y Cuarto.—En la escritura lo que se produce es una suerte de tracto abreviado al realizar las adjudicaciones finales con sus respectivos excesos de adjudicación que se compone de la partición de la herencia y de una extinción del condominio sobre ambos bienes inmuebles, por lo que es plenamente aplicable el contenido de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 2 de enero de 2004, según la cual, la partición en el supuesto especial del artículo 1062 del Código Civil, no constituye, cuando existan menores interesados, un acto dispositivo que requiera la aplicación del artículo 166 del Código Civil. Carece de sentido que se pueda proceder a la inscripción de una partición hereditaria en la que intervienen mayores de edad y se realicen adjudicaciones a un heredero con arreglo a lo establecido en el artículo 1062 del Código Civil, a cambio de la constitución de un crédito a favor del resto de los coherederos y sin embargo no se permita en un supuesto en el que los menores están legalmente representados, alegando incumplimiento de lo establecido en el artículo 1061 del Código Civil. Se ha producido inscripción en otro Registro de situación semejante: el único bien inmueble se adjudica íntegramente a uno de los herederos constituyéndose un crédito a favor de los otros coherederos. En este caso, los menores se encuentran legalmente representados por su padre en ejercicio de la patria potestad conforme lo establecido en el artículo 162 del Código Civil en relación con lo dispuesto en el artículo 163 del mismo código. El acto o negocio jurídico contemplado en la escritura no es objeto de los actos exceptuados de dicha representación legal en el propio artículo 162, por lo que si no están exceptuados, no están permitidos. Además, a los hijos no se les crea ninguna obligación, sino que se les concede un crédito a su favor. Y tampoco nos encontramos

ante el supuesto del artículo 166 del Código Civil, ya que no se renuncia a la herencia sino que se acepta con las adjudicaciones indicadas.

#### IV

Notificado el recurso al notario autorizante, a la fecha no consta en el expediente alegación alguna.

Mediante escrito, de fecha 31 de agosto 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, 166, 406, 1060, 1061, 1062 y 1911 del Código Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1951, 14 de diciembre de 1957, 25 de marzo de 1995, 26 de enero de 1998 y 2 de enero y 25 de noviembre de 2004, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado 26 de enero y 6 de noviembre de 1998, 2 de enero de 2004, 28 de junio y 28 de noviembre de 2007 y 2 de agosto de 2012.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: en el testamento del causante se instituye herederos en la siguiente proporción: la mitad a uno de los hijos, y la otra mitad por partes iguales a la otra hija y a los hijos de la misma, nietos del testador; dos de los nietos son menores de edad y en la escritura de partición son representados por su padre, esposo de la hija heredera; la totalidad de las fincas se adjudican al hijo heredero, de manera que a los otros herederos no se les adjudica nada pero se les reconoce por sus derechos, un crédito pagadero en el plazo de prescripción de las obligaciones; en el testamento establece que «para el solo caso de que su intervención sea requerida o existan interesados en la herencia menores o incapacitados, nombra albaceas, comisarios, contadores-partidores, solidariamente, con todas las facultades legales, las de liquidación de la sociedad conyugal y conmutación del usufructo viudal, a los Letrados (...) a quienes les prorroga el plazo legal del ejercicio de su cargo hasta seis años después del fallecimiento del cónyuge de la testadora. Su intervención no será necesaria si todos los herederos son mayores de edad y plenamente capaces y formalizan la partición de mutuo acuerdo».

El registrador señala como defectos que a los menores, representados por su padre, no se les adjudica participación alguna de los bienes inventariados en la herencia; que la monetarización de la adjudicación y su transformación en un crédito, que deberá hacerse efectivo dentro del plazo de prescripción de las obligaciones personales, sin que devengue interés remuneratorio alguno y sin garantía real en seguridad de su pago, supone una renuncia a los derechos a los que se refiere el citado artículo 1061 del Código civil, por lo que conforme el artículo 166 del Código Civil, requiere la previa autorización del juez, con audiencia del Ministerio Fiscal.

El recurrente alega que no se ha tenido en cuenta que el artículo 1062 del Código Civil que dispone, que cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su indivisión, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero; que no es cierto que la monetarización del crédito suponga una renuncia a la herencia pues los menores aceptan la herencia de forma expresa por medio de su padre que ejerce la patria potestad para no incurrir en contradicción de intereses con su madre que interviene en la partición; que los menores están legalmente representados en la partición por lo que no es necesaria la intervención ni la aprobación judicial y que como están representados por su padre, está salvado el conflicto de intereses que existe con uno de los progenitores -su madre- ya que representa el otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento; que en la escritura, lo que se produce es una suerte de tracto abreviado al realizar las adjudicaciones finales con sus respectivos excesos de adjudicación, que se compone de la partición de la herencia y de una extinción del condominio sobre ambos bienes inmuebles.

2. De los artículos 162 y 163 del Código Civil se deduce que la representación de los menores en la partición corresponde a los padres que ejercen la patria potestad, y que en

caso de intereses contrapuestos o conflicto de intereses con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad (párrafo segundo del artículo 162).

La consecuencia a efectos de la partición, se recoge en el artículo 1060 del Código Civil, cuya reciente redacción por la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, no ha modificado el sentido del texto anterior: «Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial...».

Pero señala el registrador que la falta de adjudicación supone un incumplimiento de la posible igualdad exigida por el artículo 1061 del Código Civil, porque no se hacen lotes se o adjudican cosas a los herederos de la misma naturaleza, calidad o especie. Ciertamente, el artículo 1061 reza «se ha de guardar la posible igualdad», siendo esa posible igualdad un requisito de apreciación relativa, pero tratándose de menores se convierte en una imposición necesaria para sus representantes legales.

3. Resulta de la escritura que a los menores, representados por su padre, no se les adjudica participación alguna de los bienes inventariados en la herencia, por lo que en principio no se cumple con lo dispuesto en el artículo 1061 del Código Civil.

La norma recogida en este artículo se refiere a la fase de formación de los lotes que serán objeto de adjudicación a cada uno de los titulares de la comunidad hereditaria. La formación de estos lotes ha de estar presidida por el principio de igualdad cualitativa, intentando que cada hijuela contenga bienes de la misma naturaleza, calidad o especie, es decir que en cada cuota ha de entrar, en lo posible, igual proporción de bienes de cada clase: muebles e inmuebles, acciones y obligaciones, créditos, etc. Pero también es cierto que el principio de autonomía de la voluntad permite las transacciones entre los herederos con el límite del imperio de la voluntad del causante en cuanto a las disposiciones testamentarias se refiere.

Es doctrina reiterada del Alto Tribunal, que el artículo 1061 del Código Civil establece la igualdad, en el supuesto de que sea posible, en la realización de los lotes. Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2004 cuando no se respeta el criterio de igualdad concurre una causa de nulidad, puesto que se vulnera lo preceptuado en la ley. No obstante, esto es excesivo, y la jurisprudencia había declarado antes, en la interpretación de este precepto, que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1951, 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995) y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 28 de mayo de 1992, 15 de marzo de 1995 y 16 de febrero de 1998).

A tal efecto, cabe destacar la Resolución de este Centro Directivo de 26 de enero de 1998 donde se señala que es presupuesto básico de toda partición que, siendo posible, los lotes formados sean iguales o proporcionales tanto cuantitativa como cualitativamente.

4. Alega el recurrente que la exclusión de los menores en la adjudicación por su parte de los inmuebles, está provocada por la indivisibilidad física y/o jurídica de las fincas. A tal efecto cabe señalar que no es uno, sino todos los inmuebles de la herencia los que se adjudica el recurrente. En un supuesto análogo, referido a la disolución de una sociedad de gananciales en la que sólo había dos bienes inmuebles, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2007 rechazó la pretensión de la recurrente de que se le adjudicasen ambos en exclusiva porque «una adjudicación como la que se pretende no respeta los principios contenidos en el mencionado artículo 1061 del C. Civil».

Ciertamente cabe la posibilidad (tan frecuente en la práctica) de la adjudicación en proindiviso a todos los herederos en proporción a sus respectivas cuotas, lo que elimina radicalmente la discusión de si la partición lesiona o no los derechos de los menores. En este sentido, este Centro Directivo ha señalado en Resolución de 2 de agosto de 2012 que existe conflicto en el supuesto de que los lotes fuesen desiguales –como ocurre en el supuesto de este expediente– y, por el contrario la Resolución de 6 de noviembre de 1998 indicaba que no hay contraposición de intereses cuando la madre viuda adjudica el único bien inventariado mediante la creación de una cotitularidad en proporción a las cuotas hereditarias de ella y de su hijo menor de edad. En el mismo sentido, la

Resolución de 4 de septiembre de 2012 recuerda que es doctrina reiterada de la Dirección General que no hay conflicto de intereses si los bienes se adjudican proindiviso respetando las normas legales sobre la partición de la herencia.

5. Así pues, la cuestión sobre la igualdad de lotes es ardua cuando se trata de herederos mayores de edad, pero se vuelve especialmente complicada cuando en ella intervienen (aunque sea legalmente representados) menores de edad. En este caso, los derechos hereditarios de los menores se ven transformados en una cantidad de dinero sin que resulte una «única peculiaridad» –como alega el recurrente– el que la entrega del mismo resulte aplazada.

No se trata sólo de que la entrega del dinero resulte aplazada, sino que no devenga interés remuneratorio de ningún tipo a favor de la parte acreedora (sin que su padre que lo representa se oponga a que tal concesión perjudique al menor) ni que se estipule garantía alguna de carácter jurídico real en seguridad de su pago o cumplimiento. En definitiva, no se asegura de ninguna manera por parte del representante de los menores el cobro de la cantidad ni de los intereses. Se deja a los menores la defensa de sus derechos dentro del plazo de prescripción de las obligaciones personales comunes, protección notablemente insuficiente. Lo que sería admisible y válido para los herederos mayores de edad (con capacidad para ejercitar o renunciar sus derechos) no se puede predicar respecto de los menores que aun estando representados, precisan de la autorización judicial para las actuaciones del artículo 166 del Código Civil.

Este Centro Directivo en Resolución de 26 de enero de 1998 determinó en un supuesto semejante al de este expediente, en el que intervienen en la partición de herencia el cónyuge viudo, un hijo y un nieto, éste menor, representado por su madre y los dos primeros se adjudican todos los bienes inventariados y parte del dinero y el menor (como en el caso que nos ocupa) sólo dinero, que las adjudicaciones son actos que exceden de lo meramente particional y que, por consiguiente, es necesaria la autorización judicial que, para la enajenación de los bienes inmuebles exige el artículo 166 del Código Civil.

6. En consecuencia, la doctrina y jurisprudencia utilizada para la calificación y la alegada en el escrito de recurso, ciertamente es variada en cuanto a sus soluciones y diversa en algunos puntos.

En el presente caso, además debe tenerse en cuenta lo establecido en el testamento cuando dispone que «para el solo caso de que su intervención sea requerida o existan interesados en la herencia menores o incapacitados, nombra albaceas, comisarios, contadores-partidores a (...) Su intervención no será necesaria si todos los herederos son mayores de edad y plenamente capaces y formalizan la partición de mutuo acuerdo», por lo que habiendo en la herencia herederos menores de edad, se deduce la necesaria intervención de los albaceas contadores-partidores y sin que esta Dirección General deba pronunciarse ahora, si una partición realizada en los términos recogidos en la escritura calificada verificada por los contadores-partidores, existiendo legitimarios, implicaría acto de enajenación y no de partición que quedaría excluida de las facultades de los indicados albaceas contadores partidores (cfr. artículo 326 de la Ley Hipotecaria).

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto y confirmar 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, 27 de octubre de 2015.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.