

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**5298** *Resolución de 21 de marzo de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de San Lorenzo de El Escorial n.º 2, por la que se suspende la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y manifestación y partición de herencia.*

En el recurso interpuesto por don G. A. A., abogado, en nombre y representación de doña J. C. T., contra la calificación del registrador de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial número 2, don José Luis Jiménez Fernández, por la que se suspende la inscripción de una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y manifestación y partición de herencia.

#### Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 27 de septiembre de 2018 por el notario de Madrid, don Juan Aznar de la Haza, se otorgaron las operaciones particionales ocasionadas por el óbito de don J. A. M. G., quien falleció el día 19 de julio de 2011 dejando viuda, doña J. C. T., y tres hijos, llamados don J. M., doña M. J. y doña M. N. M. C. En su último testamento, de fecha 1 de febrero de 1995, otorgado ante la notaria de Madrid, doña Isabel Griffo Navarro, disponía lo siguiente: «Segunda. Lega a su esposa Doña J. C. T. el usufructo vitalicio de todos sus bienes, con relevación de prestar fianza y hacer inventario. Si este legado no pudiera tener eficacia, por cualquier causa, le lega en su defecto el tercio de libre disposición de su herencia, en pleno dominio, sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria que por Ley le corresponda». En el remanente de sus bienes, instituyó herederos por partes iguales a sus tres hijos, sustituidos por sus descendientes para el caso de premoriencia. Al otorgamiento de la escritura comparecieron la viuda y el hijo y heredero don J. M. M. C. La viuda lo hizo en su propio nombre y derecho y, además, en nombre y representación de sus hijas y herederas doña M. J. y doña M. N. M. C., en ejercicio de la patria potestad prorrogada de ambas, por sendas sentencias de fechas 7 de mayo y de 21 de abril de 1993, respectivamente. En la citada escritura, en la parte de intervención, se recogía por el notario lo siguiente: «No existe conflicto de intereses entre la representante legal y sus hijas, como se desprende del contenido de la presente escritura»; y en cuanto a la forma de hacer la partición, se manifestaba que «(...) se tendrá en cuenta el legado hecho por el causante en su testamento (en la cláusula segunda), que dada la incapacidad de dos de las herederas y el conflicto de intereses, este legado no podrá tener eficacia sin un Defensor Judicial, motivo por el cual optan por adjudicarse la viuda el tercio de libre disposición, además de su cuota legal usufructuaria». En la parte dispositiva y particional, el heredero don J. M. M. C. renunciaba a su parte en la herencia y la viuda hacía las adjudicaciones para ella y para sus hijas, de conformidad con sus derechos respectivos, de determinadas fincas y bienes concretos a cada una de las partes.

II

Presentada el día 29 de noviembre de 2018 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Documento: liquidación de gananciales y manifestación de herencia.  
Fecha: 27 de septiembre de 2018.

Autoridad que lo expide: Don Juan Aznar de la Haza, protocolo 3399.

Asiento de presentación: 1716/92.

Fecha de presentación: 29 de noviembre de 2018.

Calificado el precedente documento conforme a los artículos 18 y 19 Bis de la Ley Hipotecaria y 98 y 99 de su Reglamento, el Registrador ha acordado que no se practica la inscripción solicitada por apreciarse defectos, de acuerdo con los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:

Se presenta una escritura de liquidación de gananciales y manifestación de herencia causada por el fallecimiento de don J. A. M. G., en la que comparece la viuda doña J. C. T., que interviene, además de en su propio nombre y derecho, en nombre de sus hijas doña M. J. y doña M. N. M. C., incapacitadas, en ejercicio de la patria potestad prorrogada. –Tanto en la liquidación de gananciales como en las operaciones particionales realizadas por dicha señora se procede a la adjudicación en pleno dominio de bienes concretos, sin que dichas adjudicaciones se ajusten a las disposiciones testamentarias del causante, surgiendo por ello un conflicto de intereses entre la madre y las hijas incapacitadas por ella representadas, por lo que será necesario el nombramiento de un defensor judicial.

Fundamentos de Derecho:

Artículo 163 del Código Civil: “Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés contrapuesto al de los hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor que los represente en juicio y fuera de él”.

Artículo 1060: “El defensor judicial nombrado para representar a un menor o un incapacitado en una partición, deberá obtener la aprobación del juez, si este no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

Acuerdo suspender la inscripción del documento presentado en virtud de los fundamentos de Derecho antes expresados, sin que proceda la extensión de la anotación suspensiva de suspensión.

Queda automáticamente prorrogado el asiento de presentación por un plazo de sesenta días hábiles desde la recepción de la última notificación. Pudiendo no obstante el interesado o el funcionario autorizante del título, durante la vigencia del asiento de presentación y dentro del plazo de sesenta días, anteriormente referido, solicitar que se practique la anotación prevista en el artículo 42.9 de la L.H.

Contra el presente acuerdo de calificación (...)

San Lorenzo de El Escorial, a 13 de diciembre de 2.013 [sic] El registrador (firma ilegible) Fdo. José Luis Jiménez Fernández».

### III

Contra la anterior nota de calificación, don G. A. A., abogado, en nombre y representación de doña J. C. T., interpuso recurso el día 25 de enero de 2019 en el que, en síntesis, alegaba lo siguiente:

Primero. Que las hijas representadas por su madre tienen minusvalías superiores al 75%, por lo que este hecho impide que tengan carné de conducir o que puedan utilizar por sí mismas una vivienda en la localidad de Collado Mediano sin ayuda. Por este motivo, se busca favorecer en todo momento a las hijas facilitándoles una vivienda en Madrid, donde pueden disponer de todas las ayudas asistenciales que les pueda otorgar el Ayuntamiento. Es decir, que la vivienda en Collado Mediano sería un lastre para las hijas incapacitadas de la cual no pueden hacer uso, venderla [sic] o bien tener disfrute pleno de la misma, Por eso es que la madre, en interés de sus hijas, decide favorecerlas otorgándoles una vivienda en Madrid en la que pueden residir y que será siempre de su propiedad. Además, la vivienda en Collado Mediano no está reformada desde los años setenta y no dispone de calefacción, con lo que su uso por personas con tal grado de minusvalía es imposible.

Segundo. Que la calificación ha entrado en algo que es del ámbito notarial y, sobre todo, que hay una calificación notarial relativa a que no existe conflicto de intereses para otorgar la escritura de liquidación de sociedad ganancial y partición de herencia, siendo responsabilidad del notario la validez y vigencia de lo manifestado en la escritura citada, habida cuenta la jurisprudencia sobre el juicio de suficiencia de las facultades de representación.

#### IV

Mediante escrito, de fecha 8 de febrero de 2019, el registrador de la Propiedad emitió su informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Con fecha 31 de enero de 2019 fue notificado el recurso al notario de Madrid, don Juan Aznar de la Haza, como autorizante de la escritura calificada, sin que se haya producido alegación alguna.

#### 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, 2 de marzo y 22 de junio de 2015.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y manifestación y adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes:

– El causante en su testamento dispone lo siguiente: «Lega a su esposa doña J. C. T. el usufructo vitalicio de todos sus bienes, con relevación de prestar fianza y hacer inventario. Si este legado no pudiera tener eficacia, por cualquier causa, le lega en su defecto el tercio de libre disposición de su herencia, en pleno dominio, sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria que por Ley le corresponda», e instituye herederos por partes iguales a sus tres hijos con sustitución para el caso de premoriencia.

– Dos de las hijas son personas con capacidad judicialmente modificada; en la intervención, la viuda las representa en ejercicio de la patria potestad prorrogada; y se recoge por el notario lo siguiente: «No existe conflicto de intereses entre la representante legal y sus hijas, como se desprende del contenido de la presente escritura»; en cuanto a la forma de hacer la partición, se manifiesta que «(...) se tendrá en cuenta el legado hecho por el causante en su testamento (en la cláusula segunda), que dada la incapacidad de dos de las herederas y el conflicto de intereses, este legado no podrá tener eficacia sin un Defensor Judicial, motivo por el cual optan por adjudicarse la viuda el tercio de libre disposición, además de su cuota legal usufructuaria».

– En la parte dispositiva y particional, un heredero renuncia a su parte en la herencia y la viuda hace las adjudicaciones para ella y para sus hijas, de conformidad con sus derechos respectivos, de determinadas fincas y bienes concretos a cada una de las partes.

El registrador señala como único defecto que, tanto en la liquidación de gananciales como en las operaciones particionales realizadas, se procede a la adjudicación en pleno dominio de bienes concretos, sin que dichas adjudicaciones se ajusten a las disposiciones testamentarias del causante, surgiendo por ello un conflicto de intereses entre la madre y las hijas incapacitadas por ella representadas, por lo que será necesario el nombramiento de un defensor judicial.

El recurrente alega que las hijas representadas legalmente tienen unas minusvalías que les condicionan las adjudicaciones, por lo que se han hecho estas en beneficio de ellas y en atención a sus intereses y esas minusvalías; que el juicio de suficiencia hecho por el notario junto con la manifestación hecha en el mismo de que no existe conflicto de

intereses entre la representante legal y sus hijas, basta para que no sea preciso el nombramiento de defensor judicial.

2. El único defecto señalado por la calificación 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 personas con capacidad judicialmente modificada, a las que representa su madre en virtud de ejercicio de la patria potestad prorrogada. En el supuesto de este expediente, el causante de la sucesión, ha concedido a su viuda el usufructo universal y vitalicio de los bienes de la herencia, y en el caso de que «este legado no pudiera tener eficacia, por cualquier causa», el tercio de libre disposición de la herencia sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria.

Ciertamente, la viuda otorgante reconoce la necesidad de la intervención de un defensor judicial, ya que en la misma escritura expresa que «se tendrá en cuenta el legado hecho por el causante en su testamento, que, dada la incapacidad de dos de las herederas y el conflicto de intereses, este legado no podrá tener eficacia sin un Defensor Judicial», lo que hace que opte por adjudicarse el tercio de libre disposición además de su cuota legal usufructuaria. En definitiva, se trata de la elección que comporta la «cautela Socini» en los términos en que está configurada doctrinal y jurisprudencialmente.

3. Este Centro Directivo resolvió en la Resolución de 5 de febrero de 2015 la cuestión en la que 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 escoger 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; también este Centro Directivo ha resuelto –Resolución de 22 de junio de 2015– el caso en el que, el cónyuge viudo había elegido la opción del tercio de libre disposición prevista por el causante, con lo que los herederos no tenían 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 había conflicto de intereses.

También el Centro Directivo, ha interpretado anteriormente en numerosas ocasiones, entre otras –Resoluciones en «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.

Así, 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, por lo que no se estimó el recurso. En el supuesto de la Resolución de 22 de junio de 2015, la elección de la viuda, no implicaba decisión alguna por parte de los herederos puesto que no se gravaba su legítima estricta sino tan sólo la mejora en los términos establecidos por el Código Civil, sin que afectase a la intangibilidad de la legítima, por lo que en este caso se estimó el recurso al considerarse que no había conflicto de intereses.

Así pues, en el primer caso –Resolución de 5 de febrero de 2015–, 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 segundo caso –Resolución de 22 de junio de 2015–, al no crearse una situación de decisión que deba ser tomada por parte de los menores o de los incapaces, 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.

4. Centrados en el supuesto concreto, a diferencia de los recogidos por las Resoluciones citadas –en los que no se adjudicaban bienes concretos sino las cuotas que correspondían en los mismos a cada uno de los herederos y cónyuge viudo, en los términos de las disposiciones del testador–, esta circunstancia no ocurre en el supuesto de este expediente, en el que se realizan adjudicaciones de bienes concretos y de manera que dichas adjudicaciones no se ajustan a las disposiciones testamentarias del causante, surgiendo por ello el conflicto de intereses entre la madre y las hijas incapacitadas y por ella representadas, por lo que será necesario el nombramiento de un defensor judicial. En consecuencia, no puede más que desestimarse el recurso.

Alega el recurrente que las adjudicaciones de los bienes se han hecho atendiendo a las necesidades de las incapacitadas y que por ello no existe conflicto de intereses. Pues bien, precisamente la apreciación de las necesidades y protección de las incapacitadas corresponden al juez, que, a través de la figura del defensor judicial y la aprobación judicial en su caso, determinará lo que procesa en aras a la mejor atención de las mismas.

También alega el recurrente que el juicio de suficiencia notarial, basta para acreditar la inexistencia de oposición de intereses, pero hay que recordar que el artículo 98 de la Ley 24/2001, se refiere a los datos identificativos del documento auténtico y la valoración de la suficiencia de las facultades representativas de la representación acreditada; y el artículo 166 del Reglamento Notarial determina en parecidos términos que se trata de acreditar la representación alegada y la expresión de que son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. Es cierto que el conflicto de intereses puede ser salvado en la representación voluntaria, pero tratándose en este caso de una representación legal y siendo que las representadas son personas con capacidad modificada judicialmente, solo correspondería salvar este conflicto de intereses en su caso, a la autoridad judicial.

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, 21 de marzo de 2019.–El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.