

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

21875 *Resolución de 5 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Monóvar, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por doña M. G. C. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Monóvar, doña Isolda Vilches Rodríguez, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 27 de febrero de 2003 por la notaria de Elche, doña Pilar Chofre Oroz, se otorgaron las operaciones particionales causadas por la herencia de don J. C. M., fallecido el día 26 de junio de 2001, en estado de casado con doña M. G. C., dejando dos hijos, llamados doña C. M. y don J. M. C. G., este último incapacitado con patria potestad prorrogada a favor de su madre en virtud de sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Elche de fecha 18 de diciembre de 2002. En su último testamento, otorgado el día 5 de septiembre de 1985 ante el notario de Elche, don Francisco de Paula Mora Gómez, ordenaba legado a favor de su esposa de usufructo universal y vitalicio de la herencia e instituía herederos por partes iguales a sus dos hijos. En la partición, se adjudicaban lotes de bienes a cada uno de los interesados.

II

Presentada el día 5 de abril de 2023 la referida escritura en el Registro de la Propiedad de Monóvar, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Tipo documento: Escritura Pública.
Libro Entrada: 1415/2023.
Libro Diario: Asiento 1145, Diario 154.

Previo examen y calificación conforme al artículo 18 de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento de la escritura de aceptación y adjudicación de herencia autorizada en Elche por doña Pilar Chofre Oroz, el día 27 de febrero de 2003 presentada en este Registro el 5 de abril de 2023 por Eteria Consultores, la Registradora de la Propiedad que suscribe ha resuelto suspender la práctica de los asientos solicitados, en base a los siguientes:

Hechos:

I. En la Escritura reseñada, doña M. G. C. y doña C. M. C. G., en su propio nombre y derecho y, además, la primera en nombre y representación de su hijo D. J. M. C. G., cuya patria potestad fue prorrogada, manifiestan la herencia de su esposo y padre D. J. C. M.

II. En dicha escritura, se dice que D. J. M. C. G. tiene prorrogada la patria potestad, según sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Elche, de fecha 18 de diciembre de 2002, no siendo aportada dicha Sentencia firme por la que se modifica judicialmente la capacidad, prorrogando la patria potestad, necesaria para acreditar dicha circunstancia.

III. En relación a lo anteriormente expuesto, no se aporta el correspondiente certificado del Registro Civil donde conste inscrita dicha modificación de la capacidad.

IV. Por último, no consta que se haya nombrado defensor judicial que salve el conflicto de intereses existente entre la madre y el hijo cuya patria potestad está prorrogada, dado que se realiza la adjudicación de la herencia de forma distinta a la ordenada por el causante, realizando lotes que se adjudican a cada heredero y realizando una división del caudal ganancial adjudicando bienes de manera desigual, siendo los intereses entre ambos en este caso contrapuestos y no paralelos.

Fundamentos de Derecho:

I. En cuanto a la necesidad de aportación de Sentencia firme por la que se modifica judicialmente la capacidad, prorrogando la patria potestad: Artículo 171 del Código Civil, la regulación anterior a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, en vigor al tiempo del otorgamiento de la escritura objeto de la presente: "La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título. La patria potestad prorrogada terminará: 1.º Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo. 2.º Por la adopción del hijo. 3.º Por haberse declarado la cesación de la incapacitación. 4.º Por haber contraído matrimonio el incapacitado. Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda".

Artículo 756 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "1. En los supuestos en los que, de acuerdo con la legislación civil aplicable, sea pertinente el nombramiento de curador y en el expediente de jurisdicción voluntaria dirigido a tal efecto se haya formulado oposición, o cuando el expediente no haya podido resolverse, la adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este Capítulo. 2. Será competente para conocer de las demandas sobre la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad la autoridad judicial que conoció del previo expediente de jurisdicción voluntaria, salvo que la persona a la que se refiera la solicitud cambie con posterioridad de residencia, en cuyo caso lo será el juez de primera instancia del lugar en que esta resida".

II. Por lo que se refiere a la no aportación del certificado del Registro Civil donde conste inscrita la modificación de capacidad: Artículo 208 Código Civil: "Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil. Dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones".

Y artículo 209 del mismo texto legal: "La inscripción de las resoluciones a que se refiere el artículo anterior, se practicará en virtud de la comunicación que la autoridad judicial deberá remitir sin dilación al Encargado del Registro Civil".

Asimismo, el artículo 2 de la Ley del Registro Civil de 1957 dispone que la inscripción en el Registro Civil hace plena prueba de los hechos inscritos, regulándose esta materia en el artículo 46 bis del mismo texto legal: "Los encargados de los Registros Civiles Municipales extenderán por duplicado las inscripciones marginales de la Sección I sobre las modificaciones judiciales de capacidad, así como las inscripciones de la Sección IV sobre constitución y modificación de organismos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración de presuntos incapaces o menores no sujetos a patria potestad, vigilancia o control de tales cargos, documentos públicos de autotutela, y las de constitución de patrimonio protegido y de designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos, uno de cuyos

ejemplares será remitido al Registro Civil Central para su extensión en el 'Libro de Incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de Patrimonios Protegidos'.

III. Finalmente, en relación con el nombramiento de defensor judicial que salve el conflicto de intereses: Artículo 163 del Código Civil: "Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad".

Siguiendo la doctrina de la DGSJ y FP en resoluciones como la de 23 de mayo de 2012 o 14 de junio de 2013, "para apreciar la existencia de tal contraposición de intereses será necesario examinar las circunstancias concretas de cada caso. Ciertamente, la contradicción de intereses entre el menor y su representante legal puede darse, y por diversos motivos: inventariar el padre como gananciales bienes que eran privativos del causante, inventariar igualmente como gananciales bienes cuyo título adquisitivo es dudoso, no ajustarse el representante en la adjudicación de los bienes a las disposiciones legales en la titularidad de los bienes del caudal relicto, o ejercer el cónyuge viudo una opción de pago de su cuota viudal usufructuaria. Si se dan estas circunstancias, habrá conflicto de intereses y será necesario nombrar un defensor judicial".

Por lo que en el presente caso será necesario acreditar el nombramiento del defensor judicial indicado dado que los intereses de representante y representado son opuestos, no paralelos.

No se toma anotación preventiva por defecto subsanable al no haberse solicitado por el presentante.

Contra esta decisión (...).

Monóvar, a fecha de la firma digital La registradora Fdo. Isolda Vilches Rodríguez. Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Isolda Vilches Rodríguez registrador/a de Registro Propiedad de Monóvar (Monover) a día dos de mayo del dos mil veintitrés.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. G. C. interpuso recurso mediante escrito en el que alegaba lo siguiente:

«Alegaciones:

Primero. Que, a fin de dar cumplida respuesta al requerimiento emitido por parte de la Registradora de la Propiedad de Monóvar, se aporta la sentencia del 18 de diciembre de 2002 en la que se declara prorrogarse la patria potestad que sobre D. J. M. C. G. ejercía su madre D.^a M. G. C. (...).

Segundo. Aportado lo anterior, y entrando en el tercer aspecto que la Registradora entiende clave para proceder a la suspensión de la inscripción es el "Nombramiento de defensor judicial que salve el conflicto de intereses".

La cuestión que aquí se plantea es entonces determinar si existe conflicto de intereses, como señaló la STS de 17 de enero de 2003 "la situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de la de los hijos". Así, se podría definir que el conflicto surge siempre que el beneficio de una de las partes imponga un equivalente perjuicio para la otra parte, no bastando únicamente el hipotético o aparente riesgo de conflicto de intereses, sino que es preciso que ese riesgo se cristalice en un conflicto real de intereses.

De modo que, de esta interpretación resulta que no puede darse por sentado que siempre que en una partición hereditaria que intervenga el cónyuge viudo/a en su propio nombre y en representación de un hijo/a con patria potestad prorrogada, existe por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias en concreto. Justamente, en el presente caso, no se puede entender que hay conflicto de intereses, pues se ha respetado absolutamente las normas legales sobre la partición hereditaria.

Como ya decía, habrá que atender a las circunstancias de cada caso en concreto. Así, en el presente supuesto, es evidente que se han cumplido las exigencias legales, toda vez que, si observamos el cálculo de adjudicación se respeta estrictamente la cuota hereditaria de todos los herederos, respetándose per se la cuota hereditaria de la persona representada.

Si bien es cierto, la supérstite se ha adjudicado en pago de sus derechos gananciales y cuota legal usufructuaria, la finca que constituye su domicilio familiar, en ejercicio del derecho de atribución preferente del artículo 1406.4.º del Código Civil "Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber, hasta donde este alcance: 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviera la residencia habitual".

En cuanto al resto del caudal relicto, se adjudica una de las fincas de mayor valor al representado e incapaz D. J. M. C., y a la otra heredera, hija del causante, D.ª M. C. C., se le adjudica dos inmuebles, en cotitularidad, con su madre (por todos es sabido las desventajas que dicha modalidad de copropiedad subyace para cada uno de los titulares) lo cual, tiene consecuencias desfavorables para las coherederas, y esto, se hizo con el único fin de diversificar la toma de decisión en los inmuebles y salvaguarda aún más el interés último de las necesidades de D. J. M. C.

Recordemos, que el nombramiento de defensor judicial sólo es necesario cuando entre el tutor y el incapaz existen intereses contrapuestos. Pero en el presente supuesto es evidente que no se da la expresada contraposición, pues la tutora actúa en su propio nombre defendiendo los mismos intereses que defiende de su representado, que son coherederos.

En definitiva, es evidente que con lo expuesto se aprecia que no existe contraposición, ni conflicto de intereses, primero porque las cuotas de participación hereditaria permanece equitativas e inalteradas para cada uno de los coherederos y en segundo lugar, porque el reparto se ha hecho con total garantía de los derechos de la persona con las capacidades modificadas judicialmente, en detrimento del resto de coherederos, con lo que deviene innecesaria el nombramiento de un defensor judicial, en la partición hereditaria.

Bien es cierto que cuando un incapaz es partícipe se obliga a extremar la cautela en todo acto relativo al patrimonio en que se pudiera producir un perjuicio, razón por la cual existen instituciones como la del defensor judicial. Ahora bien, tal cautela debe coordinarse con la necesaria agilidad –no olvidemos que el nombramiento de defensor judicial deviene consigo una demora de tiempo y gastos innecesarios– y, sobre todo, con la finalidad querida y perseguida por el legislador, de modo que no existiendo conflicto de intereses ni perjuicio presente para quien actúa representado por quien ejerza la patria potestad, no es preciso acudir a estas instituciones o mecanismos de defensa del incapaz.»

IV

Mediante escrito, de fecha 27 de junio de 2023, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo. Notificada la interposición del recurso al notario sucesor en el protocolo de la notaria autorizante del título calificado, no se ha producido alegación alguna.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 162, 163, 171, 808, 813, 820 y 1060 del Código Civil; 324 y 326 de la Ley Hipotecaria; 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, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 26 de octubre y 22 de noviembre de 2021.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de aceptación y adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes: la escritura es de fecha 27 de febrero de 2003; se otorgan las operaciones particionales causadas por la herencia de don J. C. M., fallecido el día 26 de junio de 2001, en estado de casado con doña M. G. C., dejando dos hijos, llamados doña C. M. y don J. M. C. G., este último incapacitado con patria potestad prorrogada de su madre en virtud de sentencia de fecha 18 de diciembre de 2002; en su último testamento, de fecha 5 de septiembre de 1985, ordena legado a favor de su esposa de usufructo universal y vitalicio de la herencia e instituye herederos por partes iguales a sus dos hijos; en la partición se adjudican lotes de bienes a cada uno de los interesados.

La registradora señala tres defectos: a) no es aportada la sentencia firme por la que se modifica judicialmente la capacidad, prorrogando la patria potestad, necesaria para acreditar dicha circunstancia; b) en relación a lo anteriormente expuesto, no se aporta el correspondiente certificado del Registro Civil donde conste inscrita dicha modificación de la capacidad, y c) no consta que se haya nombrado defensor judicial que salve el conflicto de intereses existente entre la madre y el hijo cuya patria potestad está prorrogada, dado que se realiza la adjudicación de la herencia de forma distinta a la ordenada por el causante, realizando lotes que se adjudican a cada heredero y realizando una división del caudal ganancial adjudicando bienes de manera desigual, siendo los intereses entre ambos en este caso contrapuestos y no paralelos.

La recurrente alega lo siguiente: que con el escrito de recurso se aporta la sentencia de fecha 18 de diciembre de 2002 en la que se declara prorrogarse la patria potestad; que no se puede entender que hay conflicto de intereses, pues se ha respetado absolutamente las normas legales sobre la partición hereditaria; que se respeta estrictamente la cuota hereditaria de todos los herederos, respetándose por tanto la cuota hereditaria de la persona representada; que la supérstite se ha adjudicado en pago de sus derechos gananciales y cuota legal usufructuaria, la finca que constituye su domicilio familiar, en ejercicio del derecho de atribución preferente; que no se da la oposición de intereses, pues la madre actúa en su propio nombre defendiendo los mismos intereses que defiende de su representado, que son coherederos, y que, en definitiva, se aprecia que no existe contraposición, ni conflicto de intereses, porque las cuotas de participación hereditaria permanecen equitativas e inalteradas para cada uno de los coherederos y, porque el reparto se ha hecho con total garantía de los derechos de la persona con las capacidades modificadas judicialmente, en detrimento del resto de coherederos, con lo que deviene innecesaria el nombramiento de un defensor judicial, en la partición hereditaria.

2. En cuanto a los documentos aportados junto con el escrito de interposición de recurso, para acreditar la situación de patria potestad prorrogada y la inscripción en el Registro Civil del nombramiento como tutora del incapacitado, debe este Centro Directivo recordar su doctrina respecto a la posible toma en consideración de documentos aportados en sede del propio recurso y que el registrador no ha podido tener en consideración al emitir la calificación impugnada. En tal sentido y conforme a lo dispuesto en los artículos 324 y 326 de la Ley Hipotecaria no pueden ser tenidos en consideración cualquier documento que no hubiera sido presentado al registrador a la hora de emitir la calificación recurrida (vid. Resolución de 22 de noviembre de 2021). Por otra parte, no es el recurso el procedimiento idóneo para la presentación de los

documentos en el Registro, debiéndose hacer presentación de los mismos por los cauces ordinarios a los efectos de la subsanación de los defectos señalados. Por tanto, la Resolución habrá de limitarse a los documentos presentados en el Registro para su calificación.

3. El primer defecto señala que no se aporta la sentencia firme por la que se modifica judicialmente la capacidad, prorrogando la patria potestad, necesaria para acreditar dicha circunstancia.

El antiguo artículo 199 del Código Civil establecía lo siguiente: «Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley», debiendo tenerse en cuenta que el artículo 760.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, vigente en aquel momento, disponía que: «1. La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, y se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 763». Dicha sentencia determina la extensión y límites de la incapacitación; por tanto, ha de ser tenida en cuenta para la calificación de la partición efectuada. Así resulta de la Resolución de esta Dirección General de 26 de octubre de 2021, entre otras. En consecuencia, este defecto debe ser confirmado.

4. El segundo de los defectos señala que no se aporta el correspondiente certificado del Registro Civil donde conste inscrita dicha modificación de la capacidad.

En cuanto a la necesidad de aportar el correspondiente certificado del Registro Civil, en el que conste que se ha practicado la inscripción de la sentencia por la que se modifica la capacidad del interesado, el artículo 218 del Código Civil dispone que: «las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil. Dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones», añadiendo el artículo 219 que «la inscripción de las resoluciones a que se refiere el artículo anterior, se practicará en virtud de testimonio remitido al Encargado del Registro Civil».

La inscripción de la sentencia de incapacitación en el Registro Civil es necesaria no sólo como prueba plena de dicha incapacitación y nombramiento de tutor, sino también a los efectos de ser oponible a terceros como dispone el artículo 218 del Código Civil y el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido, ha puesto de relieve este Centro Directivo (vid. «Vistos») que «en tales casos no se trata sólo de "probar" la incapacitación y el nombramiento de tutor, sino que en tanto no tenga lugar su inscripción en el Registro Civil no son oponibles frente a terceros, por lo que no deberá accederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de actos o contratos otorgados en nombre del incapacitado por el tutor sin aquella previa inscripción en el Registro Civil, ya que en caso contrario existe el riesgo de que se produzca una colisión entre la inoponibilidad de la incapacitación derivada de su falta de inscripción en el Registro Civil y la oponibilidad del Registro de la Propiedad en caso de que se inscriba la venta otorgada por el tutor en representación del incapacitado (o por éste con capacidad complementada por aquél) si el nombramiento del tutor –por el motivo que sea– no llegara a inscribirse en el Registro Civil».

En consecuencia, ante la falta de la aportación de la citada documentación al tiempo de la calificación, deben ser confirmados los defectos señalados en primer y segundo lugar. Esto no obsta para que, a los efectos de la subsanación de estos defectos, la recurrente presente en el Registro los documentos exigidos en la forma pertinente y puedan ser objeto de calificación.

5. El tercer defecto señala que no consta que se haya nombrado defensor judicial que salve el conflicto de intereses existente entre la madre y el hijo cuya patria potestad está prorrogada, dado que se realiza la adjudicación de la herencia de forma distinta a la ordenada por el causante, realizando lotes que se adjudican a cada heredero y realizando una división del caudal ganancial adjudicando bienes de manera desigual, siendo los intereses entre ambos en este caso contrapuestos y no paralelos.

Hay que partir de que se trata de una escritura autorizada el día 27 de febrero de 2003, por lo que hay que atender a las normas vigentes en aquella fecha a los efectos de calificación de la misma, de conformidad con el artículo 98 del Reglamento Hipotecario. Así pues, todas las alusiones a la ley se entienden realizadas a la norma anterior a la modificación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En este sentido, la patria potestad prorrogada se regulaba en el anterior artículo 171 del Código Civil que establecía lo siguiente: «La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título. La patria potestad prorrogada terminará: 1.º Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo. 2.º Por la adopción del hijo. 3.º Por haberse declarado la cesación de la incapacidad. 4.º Por haber contraído matrimonio el incapacitado. Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda».

6. Centrados en lo que respecta a la existencia de un conflicto de intereses entre la madre y el hijo cuya patria potestad ha sido prorrogada, hay que determinar si se hace precisa la designación de un defensor judicial que vele por los intereses del representado y, si no se dispone otra cosa en dicha designación, la posterior aprobación judicial de la partición así efectuada.

El artículo 163 del Código Civil dispone que: «Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad». Esto coherente con lo dispuesto en el artículo 1060.2 del Código Civil: «El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento».

Esta Dirección General de Registros ha interpretado, en las Resoluciones que, entre otras, se citan en el apartado «Vistos», las circunstancias que conducen a determinar cuándo concurre un conflicto de interés entre menores o personas con discapacidad 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.

7. En el presente supuesto, el causante dispuso en su testamento del usufructo universal y vitalicio en favor de su esposa.

Esta Dirección General ha afirmado (vid. Resolución de 5 de febrero de 2015), respecto de una escritura de adjudicación de herencia en la que una heredera con discapacidad está sujeta a patria potestad rehabilitada que es ejercida por su padre y éste opta, en virtud de la facultad atribuida por su esposa, causante de la sucesión, por el usufructo universal de la herencia, lo siguiente:

«En el presente caso, la opción compensatoria de legítima establecida en el artículo 820.3 del Código Civil, o cautela socini, según es configurada doctrinal y jurisprudencialmente, y fue ordenada por la testadora en su testamento, implica la adopción de una decisión por el viudo, que aunque pueda entenderse adecuada

para los intervinientes, lo cierto es que supone 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.

Así considerado, la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante de la incapaz junto a la hermana, capaz, que no renunció a la herencia, sino que exige, 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 otro supuesto, el de la Resolución de 22 de junio de 2015, se decidió en relación con una escritura de adjudicación de herencia en que la viuda, que interviene también en representación de sus dos hijos menores, y a quien el testador concedió la posibilidad de optar entre el usufructo universal de la herencia o el tercio de libre disposición además de su cuota legal usufructuaria, con la circunstancia de que dicha señora ejercita opción del tercio de libre disposición y su cuota legal usufructuaria y 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. Y este Centro Directivo afirmó que, 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.

En el caso del presente recurso, la viuda en su propio nombre y en representación de su hijo sujeto a la patria potestad prorrogada (y heredero), junto con su otra hija heredera, liquida la sociedad de gananciales y se adjudica la herencia del causante haciendo lotes de bienes. Y no se da el supuesto a que se refiere este Centro Directivo en Resolución de 6 de noviembre de 2002, en que la liquidación de la sociedad de gananciales se realiza atribuyendo a la viuda el cincuenta por ciento de todos los bienes gananciales y la herencia se distribuye con arreglo a lo dispuesto por la ley, entendiéndose que no se da propiamente contraposición de intereses; sino que los lotes que se han formado ahora, se realizan con base en la valoración de los mismos que se señala en la escritura. Tampoco consta que dicha valoración haya sido realizada por un tercero independiente, que no esté interesado en una apreciación independiente, sino que son las propias interesadas las que proceden a dicha valoración.

Así, se crea una situación de elección y de decisión que debe ser tomada por parte de la persona con discapacidad, y, por tanto, hay un evidente conflicto de intereses, porque la única elección que ha sido tomada por la viuda no lo ha sido en los términos ordenados en el testamento sino creando una nueva situación que debe poner en posición a la persona con discapacidad que representa de decidir sobre los bienes que se le adjudican. Por ello, la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí misma la representante del incapaz.

Por tanto, la concurrencia de la representación de la persona con discapacidad con la intervención en su propio nombre por parte de su madre para fijar, con otros interesados, inventario, valoraciones, legítimas, determinación de lotes y otros, crea un eventual conflicto de intereses, en cuanto contrapuestos, con los ostentados por sujeto a patria potestad prorrogada, que requiere necesariamente la designación de defensor judicial. En consecuencia, no quedan salvaguardados los intereses de la persona con discapacidad, que sólo pueden verse protegidos a través de un defensor 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, 5 de septiembre de 2023.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.