

III. OTRAS DISPOSICIONES**MINISTERIO DE JUSTICIA**

8588 *Resolución de 23 de mayo de 2012, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Santa María de Guía de Gran Canaria, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aceptación de herencia y entrega de legado.*

En el recurso interpuesto por doña A. D. M. contra la calificación de la registradora de la Propiedad de Santa María de Guía de Gran Canaria, doña María Dolores de Paz Sánchez, por la que se deniega la inscripción de una escritura de aceptación de herencia y entrega de legado.

Hechos**I**

Mediante escritura autorizada por la Notaria de Gáldar, doña María Clara Gómez Morán Martínez, de fecha 2 de diciembre de 2011, con el número 904 de orden de su protocolo de ese año, se otorgó por doña A. D. M. en su propio nombre y derecho y en representación de su hijo menor de edad don R. D. M., sobre el que ejerce con exclusividad la patria potestad, aceptación de herencia y entrega de legado como consecuencia del óbito de don F. O. O.; carece el causante de legitimarios y herederos forzosos; el causante, en su testamento, además de hacer una serie de legados del total del metálico de su caudal hereditario entre diversas personas –entre las cuales participa en un porcentaje la recurrente–, hace también otro legado a la recurrente de un inmueble situado en Gáldar; tras estos legados, instituye herederos por partes iguales a la recurrente doña A. D. M., y al hijo menor de la misma, don R. D. M., por partes iguales y sustituidos vulgarmente por sus descendientes o en su defecto, con derecho de acrecer entre sí. Se nombra un administrador de los bienes heredados por el menor, hasta que alcance la mayoría de edad.

En el otorgamiento de la escritura de aceptación de herencia y entrega de legados, comparece exclusivamente la recurrente señora A. D. M., en su nombre y en representación de su hijo, manifestando haber hecho la entrega de los legados en metálico, así como haciendo a la vez de la aceptación de la herencia, adjudicación a su favor del bien inmueble legado en su condición de heredera y legataria; en la liquidación de las deudas de la herencia, se hace cargo la heredera doña A. D. M. con exclusividad de la única deuda existente, haciendo pago de la misma con su legado en metálico y manifestación de asumir en exclusiva la deuda de la herencia; asimismo, manifiesta que ninguno de los interesados tiene un patrimonio superior al límite establecido en el artículo 22.1 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y donaciones.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Santa María de Guía de Gran Canaria el día 13 de enero de 2012, y fue objeto de calificación negativa de 30 de enero que a continuación se transcribe «Hechos.–Presentado el precedente documento en esta Oficina el día 13/01/2012, bajo el asiento 276 del Diario 99. 1. En la escritura calificada, otorgada el 2 de diciembre de 2011, comparece sólo doña A. D. M., quien interviene en su propio nombre y en representación de su hijo menor, D. R. D. M., en calidad de prelegataria y heredera de D. F. O. O., quien falleció el 1 de septiembre de 2011. 2. El citado causante otorgó testamento en el que legó a doña A. D. una

vivienda sita en este distrito hipotecario, estableció una serie de legados, en metálico, en favor de determinados cuñados, de determinadas personas y de la misma doña A. D. y en el remanente de sus bienes, derechos y acciones instituye herederos por partes iguales a doña A. D. M. y al hijo de ésta, D. R. D. M., sustituidos vulgarmente en caso de premoriencia e incapacidad por sus estirpes de descendientes, en cuyo defecto se dará entre ellos el derecho de acrecer y ordena que en caso de ser menor de edad, el heredero D. R. D. M., la administración de los bienes que reciba de la herencia corresponderá a su tío y padrino D. F. D. M. 3. La escritura se presentó el 13 de enero de 2012, solicitando su inscripción. 4. No han transcurrido 180 días desde la muerte del testador, ni los legatarios han renunciado a su derecho de anotación ni a los legados (arts. 48 y 49 de la Ley Hipotecaria). 5. En la escritura presentada, en el inventario, realizado por la prelegataria y heredera, sólo consta la finca de este distrito hipotecario y el saldo de una cuenta y de un depósito en la entidad Bankia SAU y como pasivo la factura de la funeraria, la Sra. D. M. en su propio nombre y en representación de su hijo menor, acepta la herencia y su legado, se adjudica la vivienda y el pleno dominio del 18% de la cuenta y el depósito inventariado, y autoriza a los legatarios designados por el testador a que tomen por sí mismos posesión del dinero legado en los porcentajes que dispuso el testador. Respecto a su hijo menor, también heredero, no hace adjudicación alguna. 6. En el presente caso existe conflicto de intereses entre la madre y su hijo menor, sin que a éste se le haya señalado un defensor judicial (art. 163 del Código Civil), ni la partición de la herencia ha sido aprobada judicialmente (art. 272 del Código Civil), ni consta la aceptación del administrador designado en el testamento. 7. Además si el testador puede autorizar a los legatarios a tomar posesión por sí solos de la cosa legada (art. 885 del Código Civil), no tiene, sin embargo el heredero dicha facultad, sino que deberá entregar a los legatarios la cosa legada (art. 885 y 886 del Código Civil. Fundamentos de derecho: 1. Es necesario que transcurran 180 días desde la muerte del testador para solicitar la inscripción o anotación del derecho hereditario o, en su defecto cumplir los requisitos del artículo 48 de la Ley hipotecaria. Los días deben entenderse hábiles (art. 109 del Reglamento hipotecario). 2. Es preciso nombrar un defensor judicial del menor de edad don R. D. M., de conformidad con los artículos 162.2, 163 y 299 del Código Civil y, en su defecto aprobación judicial de la aceptación y partición de la herencia (art. 272 del Código Civil). 3. En cuanto a la entrega de legados debe realizarse por los herederos, en su defecto por el contador partidor dativo (art. 885 del Código Civil y arts. 14 y 16, 48 y 49 de la Ley hipotecaria y artículos 80, 81 y siguientes del Reglamento Hipotecario). Contra la presente (...). Este documento ha sido firmado con firma electrónica reconocida por María Dolores de Paz Sánchez registrador/a de Registro de la Propiedad de Santa María de Guía de Gran Canaria a día treinta de enero del año dos mil doce».

III

El día 23 de febrero de 2012, doña A. D. M. interpuso recurso contra la calificación, en el que en síntesis alega lo siguiente: «Ciertamente, esta parte no va a discutir lo que a todas luces es una evidencia: que desde que falleció el testador (1 de septiembre de 2011) hasta que se interesó la inscripción del derecho hereditario (13 de enero de 2012), no transcurrieron los 180 días antes citados. Es por ello que nada podemos oponer, ni a lo argumentado en los hechos tercero y cuarto de la nota de calificación, ni tampoco al fundamento jurídico que le sirve de sustento (el fundamento de derecho primero). Ahora bien, ello no obsta a que, una vez resuelto el presente recurso por el organismo al que me dirijo, se pueda inscribir el derecho hereditario; puesto que, con toda probabilidad, durante la sustanciación del presente procedimiento, ya habrán transcurrido los 180 días para poder inscribir el mismo. De hecho, es propósito de la compareciente proceder a la inscripción, si como espera, prosperan los motivos de impugnación contra los otros hechos y fundamentos legales expuestos en la nota de calificación, de los que me ocuparé seguidamente. Tercero.–En base a los hechos 5.º, 6.º y 7.º de la nota de calificación, así como a los fundamentos de derecho que le sirven de apoyo (fundamentos de derecho segundo y tercero de la nota de calificación), la registradora deniega la

inscripción solicitada. Con el debido respeto a la registradora, no podemos compartir ni la exposición de hechos, ni la fundamentación jurídica que allí invoca y, ello, por los siguientes motivos: En el hecho 5 de la nota de calificación, se viene a decir –literalmente– lo siguiente: «En la escritura presentada, en el inventario, realizado por la prelegataria y heredera, sólo consta la finca de este distrito hipotecario y el saldo de una cuenta y de un depósito en la entidad Bankia SAU, y como pasivo la factura de la funeraria. La señora D. M., en su propio nombre y en representación de su hijo menor, acepta la herencia y su legado, se adjudica la vivienda y el pleno dominio del 18% de la cuenta y el depósito inventariado, y autoriza a los legatarios designados por el testador a que tomen por sí mismos posesión del dinero legado en los porcentajes que dispuso el testador. Respecto a su hijo menor, también heredero, no hace adjudicación alguna». En los términos en que está redactado este párrafo, parece que la registradora quiere darnos a entender (al menos, así lo deduce esta parte), que la que suscribe hizo figurar en el inventario menos bienes o derechos de los que realmente existían; pues, de otro modo no se entiende, que al comienzo del citado párrafo haya hecho constar lo siguiente: «... en el inventario realizado por la prelegataria y heredera (la que suscribe), sólo consta la finca de este distrito hipotecario y el saldo de una cuenta y de un depósito en la entidad Bankia SAU, y como pasivo la factura de la funeraria». El caso es que, si sólo figuran en el inventario los bienes que relaciona la registradora, es porque son los únicos bienes del causante que son conocidos por la compareciente: de un lado la vivienda que me fue legada; y, de otro lado, el legado que dejó en metálico dicho señor. Lo cierto es que, nadie puede haber más interesada que yo en que existan más bienes en la herencia, por cuanto que: a) al margen de otorgarme dos legados (uno de un bien inmueble, y otro en metálico), el testador me instituyó heredera –junto a mi hijo menor de edad– en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones. Luego, es evidente que –de existir ese remanente– los grandes beneficiados seríamos mi hijo y yo. b) por otra parte, no debe obviarse un hecho importante: si bien es cierto que el testador me legó una cantidad significativa (el 18% del metálico de la cuenta y depósito inventariados; y que, según se puede verificar a través del folio 8 de la escritura de aceptación de herencia, asciende por un lado a la cantidad de 486,61 euros –en el caso de la cuenta–, y, por otro lado, a la cantidad de 4.664,46 euros en el caso del depósito, lo que hace un total de 5.151,07 euros), también no es menos cierto que –por mi condición de heredera– tuve que asumir en exclusiva el pasivo que dejó dicho señor a su fallecimiento: una factura de la funeraria San Luis Norte por importe de 5.800 euros, según se hace constar en la propia escritura de aceptación de herencia. Pues bien, si partimos de la base de que el pasivo que he tenido que asumir, no sólo absorbe el dinero que me legó en metálico el testador sino que, además, me crea un déficit de 648,93 euros, fácilmente se comprenderá (como tuve ocasión de apuntar anteriormente) que la principal interesada en que existan otros posibles bienes o derechos susceptibles de heredar, es la que suscribe. Téngase en cuenta –por ejemplo– que, de existir otras cuentas o depósitos, ostentaría el 18% sobre las mismas (con lo cual, ya no me quedaría en «números rojos»); ello sin contar con la posibilidad de adquirir el condominio de otros posibles inmuebles, dada mi condición de coheredera. Cuarto.–Se dice también, en el hecho quinto de la nota de calificación, que en la escritura presentada «autorizó al resto de los legatarios designados por el testador a que tomen por sí mismos posesión del dinero legado en los porcentajes que dispuso el testador». Como quiera que, a este extremo, hace referencia también la registradora en el hecho séptimo de su nota de calificación, así como en el fundamento de derecho tercero de la misma, me detendré en este punto más adelante. No quiero finalizar el análisis del hecho 5.º de la nota de calificación sin antes hacer mención a la última frase que se hace constar en el mismo: «Respecto a su hijo menor, también heredero, no hace adjudicación alguna». Con el debido respeto a la titular del Registro, no alcanzo a comprender qué quiere decir con dicha frase. En el presente caso el testador, viudo y sin descendientes ni ascendientes de ningún tipo (por tanto, sin herederos forzosos), me lega una vivienda, así como el 18% de lo que ostentase en metálico. La cuestión es ¿por qué tendría yo que adjudicar, a su vez, a mi hijo alguno o algunos de los bienes que he recibido en legado?

¿Qué precepto legal me obliga a ello? Esta parte podría entender que si el testador hubiera tenido descendientes y hubiera hecho alguna disposición testamentaria que perjudicara en su legítima a alguno o alguno de sus herederos forzosos, éstos impugnaran el testamento; pero éste no es el caso: el testador era un señor que no tenía vínculos familiares de ningún tipo con la compareciente; y, teniendo en cuenta que aquél no contaba con herederos forzosos, podía dejar sus bienes a quien quisiera; y, ello, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 763 del Código Civil. Quinto.—Sentado lo anterior, me detendré ahora en el hecho sexto de la nota de calificación. En él se viene a decir, textualmente, lo siguiente: «En el presente caso existe conflicto de intereses entre la madre y su hijo menor, sin que a éste se le haya señalado un defensor judicial (art. 163 del Código Civil), ni la partición de la herencia ha sido aprobada judicialmente (art. 272 del Código Civil), ni consta la aceptación del administrador designado en el testamento». Es por ello que, en el fundamento de derecho segundo de su nota, la registradora considera que «es preciso nombrar un defensor judicial del menor de edad don R. D. M., de conformidad con los artículos 162.2, 163 y 299 del Código Civil; y, en su defecto, aprobación judicial de la aceptación y partición de la herencia (art. 272 del Código Civil)». Desgranemos, uno a uno, los fundamentos jurídicos invocados —en este apartado— por la registradora para denegarme la inscripción solicitada. Sostiene, en primer lugar, la titular del Registro que «existe conflicto de intereses entre la que suscribe y mi hijo menor de edad». Pues bien, a pesar de la indefensión que siente esta parte al no saber porqué la registradora llega a tal conclusión (ya que en ningún momento explicita los motivos por los que, a su entender, existe tal conflicto de intereses), todo parece indicar que la razón obedece a que «no hice adjudicación alguna a favor de mi hijo menor de edad» (pues, en estos términos, se expresa en el expositivo inmediatamente anterior, esto es, en el hecho 5.º). Desde luego, si nos ceñimos a los legados, no veo en qué puede haber conflicto de intereses; ya que —por los motivos que expuse en el hecho 4.º de este recurso—, ni estoy obligada a ceder a mi hijo lo que, a su vez, recibí en forma de legado por el testador, ni éste último infringió precepto alguno al disponer de sus bienes en la forma en que lo hizo. Si nos atenemos a la herencia propiamente dicha, tampoco existe tal conflicto de intereses; primero porque, donde no hay nada, difícilmente puede haber conflicto de intereses (el testador distribuyó prácticamente toda su herencia en diferentes legados; y, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones; en el que ha resultado no haber ningún otro bien, instituyó herederos a mi hijo menor de edad y a mí, por partes iguales). Consecuentemente, si no hay nada que repartir en la herencia, no puede haber conflicto de intereses; y si casualmente existiera algún otro bien (que no es el caso), éste sería heredado por partes iguales entre mi hijo y yo. Por lo demás, no debe olvidarse que el pasivo que dejó a su fallecimiento el testador (consistente en la factura de la funeraria) ha sido asumido en exclusiva por la que suscribe, según reza en el folio 9 de la escritura de aceptación de herencia; con lo que, una vez más, no acierto a comprender en qué puede haber conflicto de intereses entre el otro coheredero (mi hijo menor de edad) y yo. Visto cuanto antecede y teniendo en cuenta que, en el presente caso, no existen intereses contrapuestos entre mi hijo y yo, el nombramiento del defensor judicial —a que hacen referencia los artículos 163 y 299 del Código Civil—, se hace a todas luces innecesario. Se dice también, en la nota de calificación, que «ni siquiera la aceptación y partición de la herencia han sido aprobadas judicialmente»; y, en este sentido, la registradora se remite al artículo 272 del Código Civil. Teniendo en cuenta que, el precepto en cuestión (art. 272 del Código Civil) está encuadrado en el Capítulo II, Título X, del Libro Primero del Código Civil, referente al ejercicio de la tutela; no existe razón de ser para que se invoque dicho artículo en el presente caso. Sobre R. D. M., por mi condición de madre, ostento la patria potestad y no la tutela; por tanto, no preciso autorización judicial para aceptar la herencia a nombre de mi hijo. A mayor abundamiento, no debe olvidarse que para lo único que precisaría autorización judicial, sería para repudiar la herencia o legado deferidos a mi hijo, no para aceptar ésta última (pues así lo dispone el art. 166 del Código Civil). Cierto es que, en el caso que nos ocupa, no consta la aceptación del administrador designado en el testamento. Pero, también no es menos

cierto que, como tuvimos ocasión de manifestar anteriormente, mi hijo R. D. A. no fue designado legatario por el testador; y, por otra parte, no hay constancia de que existan otros bienes en la herencia más que los que el testador distribuyó entre los diferentes legatarios. Luego, el cargo de administrador quedaría vacío de contenido al no existir bienes en la herencia que administrar. Sexto.—Queda por analizar el tema de la entrega de los legados al resto de los legatarios. Como acertadamente expone la registradora en el hecho quinto de su nota de calificación, es cierto que, en la escritura de aceptación de herencia, autoricé al resto de los legatarios a que tomaran posesión del dinero legado en los porcentajes que a tal efecto dispuso el testador. En relación a este punto, entiende la registradora (y así lo manifiesta en el hecho 7.º de su nota de calificación) que «si el testador puede autorizar a los legatarios a tomar posesión por sí solos de la cosa legada (artículo 885 del Código Civil), no tiene, sin embargo el heredero dicha facultad, sino que deberá entregar a los legatarios la cosa legada (artículos 885 y 886 del Código Civil). De ahí que, en el fundamento de derecho tercero, afirme que «en cuanto a la entrega de legados, debe realizarse por los herederos o, en su defecto, por el contador partidor dativo (art. 885 del Código Civil y arts. 14 y 16, 48 y 49 de la Ley Hipotecaria y arts. 80, 81 y siguientes del Reglamento Hipotecario). Tras estudiar detenidamente esta argumentación jurídica expuesta por la registradora, la conclusión a la que llega esta parte es que, esta última —en una interpretación estricta y restrictiva del artículo 885 del Código Civil— (dicho sea esto con el debido respeto, y en términos de defensa) considera que —si bien el heredero está facultado para entregar directamente la cosa legada a los legatarios—, sin embargo no lo está para autorizar a los legatarios a que tomen posesión por sí mismos de la cosa legada». Dicho de otro modo, la titular del Registro hace una distinción entre los términos «entrega y autorización». Para resolver este dilema, necesariamente debemos acudir al enunciado del artículo 885 del Código Civil, a cuyo tenor «el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla». Pues bien, después de la atenta lectura del contenido de ese artículo, la interpretación que hace ésta parte es, no obstante, muy distinta a la que hace la registradora. Veamos: Por entrega o «traditio» no ha de entenderse el acto material de coger (en este caso, un dinero) y ponerlo en las manos de otro; sino «poner a disposición» de éste último el dinero en cuestión. En este sentido conviene traer a colación lo que, al respecto, establece la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.ª, de fecha 26 de noviembre de 2009, según la cual: «Ha de señalarse que se ha considerado que la entrega del legado a que se refiere el artículo 885 del Código Civil es una mera puesta en posesión, incluso realizable tácitamente, por no tener el alcance a que se refiere el artículo 609 del Código Civil. Se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1966: “Creyendo ajustado estimar en el supuesto de autos la entrega simple del legado u ocupación consentida por el heredero al no exigirse una forma especial para la entrega por el artículo 885 del Código Civil, precepto que sólo prohíbe al legatario ocupar la cosa legada por propia autoridad, no negando la posibilidad de aquella entrega simple u ocupación consentida por el heredero”. En parecidos términos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28.ª, de 9106/2011, según la cual. “El legatario, en consecuencia, adquiere desde el fallecimiento del causante y en el estado en que se halle la cosa en dicho instante —art. 883 de Código Civil—. La transferencia posesoria que contempla el artículo 885 de Código Civil no afecta a la propiedad de la cosa —no es una *traditio* precisa para adquirir la propiedad—, puesto que ésta ya la ostenta el legatario con anterioridad, ni convierte al heredero, mientras no se produzca, en poseedor a título de dueño, puesto que sólo es continuador de la posesión del causante como poseedor de cosa ajena...”. En este caso, la que suscribe estaría dando cumplimiento al precepto invocado, al autorizar a los legatarios a retirar del banco el dinero que les legó el testador (les estaría poniendo a su disposición ese dinero). Es contrario a la lógica, bajo mi modo de entender, que la que suscribe tuviera que acudir al Banco a retirar el dinero que le ha sido legado a otros; para, una vez en mi poder, contactar con todos y cada uno de los legatarios para proceder a su entrega. Aparte que,

el Banco, podría oponerse a entregarme el citado metálico. Al hilo de cuanto se acaba de decir, no vemos qué diferencia hay entre entregar un dinero “en mano” a una persona; o autorizar a esa persona a que vaya a retirar ese mismo dinero del banco. Es como el pago efectuado en metálico, o mediante un cheque: en el primer caso, estoy entregando directamente ese dinero en mano; en el segundo, estoy autorizando a esa persona, a través del título valor que es el cheque, a retirar ese mismo dinero del banco. El efecto es exactamente el mismo. Dicho de otro modo, la situación del heredero respecto del objeto legado es semejante a la del depositario. El heredero no es un auténtico poseedor en los términos del artículo 430 del Código Civil, que exige el *animus possidendi*, sino un mero tenedor *in re aliena* conforme al artículo 432 del mismo cuerpo legal. Respecto a la inscripción, a mi favor, del bien inmueble que me fue legado; no veo inconveniente alguno en que se practique ya que, confluyendo en mi persona la doble condición de heredera y legataria, y encontrándome en posesión del bien legado, no es preciso que se formalice escritura de entrega (entrega que, paradójicamente, tendría que verificar yo por mi condición de heredera). En atención a cuanto se ha expuesto y considerando no ajustada a derecho la nota de calificación emitida por la registradora del Registro de la Propiedad de Santa María de Guía, en lo concerniente a los apartados 5, 6 y 7 de los “hechos”, así como en lo referente a los fundamentos jurídicos 2 y 3 de la citada nota, dicho sea con el debido respeto y en términos de defensa, es por lo que intereso de la Dirección General de los Registros y del Notariado la modificación de la misma; y, tras revocar o dejar sin efecto los hechos y fundamentos jurídicos impugnados, ordene y/o permita la inscripción del título presentado una vez transcurridos los 180 días desde la muerte del testador».

IV

El día 28 de febrero de 2012 se ofició el recurso a la notaria autorizante a los efectos de la emisión de su informe y alegaciones, sin que a la fecha se haya recibido el mismo, una vez transcurrido el plazo de cinco días.

Mediante escrito, con fecha de 8 de marzo de 2011 (*–sic–* debe entenderse 2012), la registradora de la Propiedad emitió el informe correspondiente en el que revisa su calificación en cuanto al tercer defecto de la nota de calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 13 del mismo mes).

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 162, 163, 166, 272 y 1.060 del Código Civil; 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria; y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de enero de 1987, 6 de febrero de 1995 y 15 de septiembre de 2003.

1. Como cuestión previa, el primer defecto de la nota de calificación se admite por la recurrente en su escrito, por lo que se mantiene el mismo. El tercer defecto de la nota, a la vista del recurso presentado, se revisa en cuanto a la calificación por la registradora, según resulta de su informe, por lo que se desiste del mismo al tratarse de legados de dinero en depósitos bancarios; por lo que sólo se referirá este expediente al segundo de los defectos de la nota de calificación. Así pues, debe decidirse en este expediente si es inscribible una escritura de aceptación de herencia y entrega de legado de inmueble a uno de los herederos, que a su vez representa al otro en virtud de su ejercicio de la patria potestad, por lo que la registradora entiende que es necesario el nombramiento de un defensor judicial del menor, y en su caso la aprobación y partición de la herencia, por entender que existe un conflicto de intereses entre la madre y el hijo menor.

2. En primer lugar, no procede en la nota la alusión como Fundamentos de Derecho del artículo 272 del Código Civil, que se encuentra en sede de ejercicio de la tutela. En el caso que nos ocupa, se trata de un menor sometido a la patria potestad de su madre, que la ejerce con exclusividad, como se acredita en la escritura, por lo que sólo proceden las limitaciones de los artículos 162 y siguientes, pero no otros. En principio, al artículo 1060 del Código Civil establece que cuando los menores estén legalmente representados en la

partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial, por lo que debiera bastar la representación de la madre que ejerce la patria potestad. Otra cosa es la apreciación de la registradora sobre un posible conflicto de intereses entre la madre y el menor. El artículo 163, para estos casos de conflicto de intereses, exige el nombramiento de un defensor judicial, pero para esto es necesaria la existencia real de ese conflicto u oposición de intereses.

3. La doctrina hasta ahora mantenida, a que se ha hecho referencia (Vistos), supone no dar por sentado que siempre que en una partición intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un menor existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas de caso, como se ha venido realizando hasta ahora. Pero según la escueta nota de calificación de la registradora, por lo que se refiere a este defecto, la contradicción existe siempre por esa posibilidad de omisión de deudas o de créditos en el inventario, habida cuenta la falta de adjudicación a los herederos en pago de su condición de tales, por lo que queda inhabilitada la heredera para hacer unilateralmente la afirmación de que no existen más bienes. Según esto, siempre es posible la contradicción de intereses en la formación de inventario y el representante legal para probar que es objetivo, tendría que probar que no ha ocultado nada, prueba, como la de todos los hechos negativos, difícil, si no imposible, por lo que es exorbitante exigirla, si la madre quiere librarse de la sospecha de actuación imparcial por omisión; sospecha carente de toda base legal y contraria a la presunción de ejercicio de buena fe de la potestad legal, a favor de sus hijos.

Como recuerda la Resolución de 22 de enero de 1987, «la representación del defensor judicial no puede extenderse hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos, (por lo que no puede admitirse como argumento la valoración del registrador sobre lo inconveniente e innecesario de la forma de partir, valoración que, por lo demás, en el presente caso excede del ámbito propio de su función calificadora)»; tampoco debe extenderse a casos de posibles perjuicios no acreditados, sin más base que la hipótesis no demostrada de que el viudo ha podido falsear en su beneficio el inventario ocultando bienes o deudas. Si se admite este argumento, siempre y por principio existe oposición de intereses en la partición de herencia y en la previa liquidación de gananciales y habría que abandonar la doctrina hasta ahora mantenida, con el único argumento de la desconfianza preventiva hacia el padre o la madre, por si no hubieran sido veraces, desconfianza que no tiene apoyo legal alguno.

4. Es cierto que el artículo 163 del Código Civil ha de interpretarse con la necesaria amplitud para que no quede inaplicado, pero también los es que la oposición de interés ha de ser real (el texto legal exige que el padre o la madre tengan, interés contrapuesto en algún asunto).

De los hechos hipotéticos no puede deducirse la existencia de oposición de intereses, pues ni son conocidos, ni son concretos, ni resultan de la escritura ni del Registro, por lo que no pueden ser tenidos en cuenta para la calificación (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria).

5. Por último, debe tenerse en cuenta que en la formación del inventario, la declaración de los bienes que existen en el mismo, y que no existen otros, está más cerca del testimonio o declaración de ciencia que del negocio jurídico propiamente dicho, por lo que o son ciertas o no lo son, pero sólo puede hacerlas quien conoce los hechos, en este caso, la heredera por falta de contador partidor designado para el caso, por lo que las funciones de este cargo a esa heredera corresponden, habida cuenta de que el otro heredero es menor de edad y carece de capacidad para esto. Y esto, no se debe olvidar que es la voluntad del causante, ley universal de la sucesión. No se ve por qué han de ser más creíbles esas manifestaciones si al hacerlas la heredera, las recibe un defensor judicial. El artículo 163 del Código Civil no puede aplicarse de esta forma tan apartada de su verdadera ratio, pues, en verdad, en la formación de inventario, no tiene por qué existir interés contrapuesto. Sólo cuando el inventario lo lleva a cabo el contador-partidor, y hay coherederos sometidos a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas, o incapacitados, se exige la «citación» de los representantes legales o curadores de dichas personas (art. 1.057 del Código Civil), pero incluso en este caso, el inventario lo hace el contador-partidor.

En el caso de este expediente, puesto que no hay incompatibilidad en la forma de partir —ya que no se parte nada—, el papel del defensor judicial sería sólo el de presenciar el inventario, que se realiza en la misma escritura, o sea, recibir la declaración de la madre que ejerce la patria potestad de que no existen más créditos o deudas en favor del patrimonio respecto de los que ella es heredera. No parece que sea este motivo suficiente para cambiar la doctrina mantenida, pues esa declaración, en sí, no conlleva perjuicio actual para el menor si, como toda declaración en escritura ha de ser tenida por cierta, mientras no sea judicialmente impugnada, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales en que incurra el representante que atenta contra la verdad, lo que, ni civil ni penalmente, puede presumirse.

6. Conforme reiterada doctrina de este Centro Directivo (Vistos), no hay contradicción ni conflicto de intereses en una partición, si los bienes se adjudican proindiviso respetando las normas legales sobre la partición de la herencia. La doctrina de este Centro Directivo ha reiterado además que la contradicción de intereses entre los menores y sus representantes legales se puede deber a diferentes motivos: incluir en el inventario bienes como gananciales, o bienes de cuyo título adquisitivo no resulte con claridad tal carácter; no ajustarse el viudo o viuda en la adjudicación de los bienes a las disposiciones legales sobre titularidad de cuotas en el caudal relicto; ejercitar el cónyuge viudo una opción de pago de su cuota legal usufructuaria. En este caso, no ocurre nada de esto; es más, no restan bienes para adjudicar tras la entrega de los legados ordenados por el testador, y aun existiendo un pasivo, la madre se hace cargo expresamente y de forma exclusiva sobre tal deuda.

Carece de fundamento la objeción hecha por la registradora, que duda del respeto de las normas sobre la partición de la herencia, porque no restan bienes para realizar adjudicación a los herederos. Tal duda es contraria a la presunción del ejercicio de la buena fe de la potestad legal a favor de los hijos. En definitiva, conforme esa reiterada doctrina de este Centro Directivo (Vistos), la contradicción de intereses ha de ser real, y no puede fundarse en perjuicios futuros e hipotéticos, ni en sospechas de falsedades. De no seguirse esta doctrina, la contradicción de intereses siempre existiría, y en toda partición con menores representados por su padre o por su madre, sería necesaria la intervención del defensor judicial; intervención, que como en el caso debatido, carecería de trascendencia jurídica, pues se limitaría a recibir la declaración del cónyuge que ejerce la patria potestad sobre la inexistencia de otros bienes propios de la masa hereditaria, y esta declaración, ha de tenerse por cierta mientras no sea impugnada judicialmente.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar el segundo defecto de la nota de calificación, entendiéndose que se desiste por la parte recurrente del primero, por lo que se confirma, y se modifica el tercero por la registradora en los términos que resultan de su informe.

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, 23 de mayo de 2012.—El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.