

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

8152 *Resolución de 14 de junio de 2013, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad interina de Valdemoro a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.*

En el recurso interpuesto por el notario de Madrid, don Carlos Solís Villa, contra la negativa de la registradora de la Propiedad interina de Valdemoro, doña María Victoria Tenajas López, a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada por el notario de Madrid, don Carlos Solís Villa, el 9 de octubre de 2012, se formalizó la aceptación y adjudicación de herencia por fallecimiento de doña L. G. O. Otorga dicha escritura únicamente el viudo de la causante, en su propio nombre y derecho y, además, en nombre de su hija menor de edad, en ejercicio de la patria potestad.

Por lo que interesa en este expediente, entre los bienes inventariados figura una participación indivisa de carácter ganancial en un piso que, según manifiesta el otorgante, compraron él y la causante siendo solteros, por el precio de 61.603,74 euros, mediante escritura autorizada el 28 de marzo de 1996, en proporción de treinta y cinco y sesenta y cinco por ciento, respectivamente, con subrogación en un préstamo de 30.050,50 euros garantizado con hipoteca sobre la referida vivienda. También afirma: a) Que contrajeron matrimonio el 6 de septiembre de 1997 y destinaron la vivienda a domicilio conyugal; b) Que una pequeña parte del referido préstamo (1.446,16 euros) la reembolsaron antes de la celebración del matrimonio, en la referidas proporciones de 35% y 65%, y el resto (28.604,34 euros) fue amortizado totalmente constante matrimonio, con fondos gananciales; y c) Que, en proporción a la parte del préstamo reembolsada con dinero ganancial, por aplicación del artículo 1357, párrafo segundo, del Código Civil, conforme a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1989, se determina que la participación ganancial es de cuarenta y seis enteros y cuarenta y tres centésimas por ciento; la privativa de la causante es de treinta y cuatro enteros y ochenta y dos centésimas por ciento; y la privativa del viudo dieciocho enteros y setenta y cinco por ciento.

II

La referida escritura se presentó en el Registro de la Propiedad de Valdemoro el día 8 de marzo de 2013, y fue objeto de calificación negativa de 12 de marzo que a continuación se transcribe en lo pertinente: «Registro de la Propiedad de Valdemoro Presentante R. T., M. L. Notario de Madrid: Carlos Solis Villa. Con referencia a la escritura autorizada por el Notario de Madrid, Carlos Solis Villa, el 09/10/2012 con el número 1686/2012 de protocolo, presentada en esta Oficina el 08/03/2013, con el asiento 1090 del diario 102, 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. María Victoria Tenajas López, registradora interina 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. I. Hechos: El cónyuge supérstite comparece por sí y en

representación de su hija menor en el ejercicio de la patria potestad, dando el carácter de ganancial a una participación de la finca registral número 18343, para lo cual es preciso nombramiento de defensor judicial por existir incompatibilidad de intereses con su hija menor. II. Fundamentos de Derecho. Artículo 163 del Código Civil. Defecto subsanable. Contra la presente (...). Valdemoro, doce de marzo de dos mil trece. La registradora interina (firma ilegible y sello del Registro)».

III

El 26 de marzo de 2013 el notario autorizante de la escritura, don Carlos Solís Villa, interpuso recurso contra la calificación, en el que alega los siguientes fundamentos jurídicos: «... 1. La calificación afirma, sin más, que existe incompatibilidad de intereses al «dar» carácter ganancial, pero no dice por qué razón, lo que tendría que haberse fundamentado, pues este es el verdadero problema. La escueta cita de una disposición legal, sin justificar la causa del conflicto de intereses, no es suficiente argumento de la calificación negativa y obliga al recurrente a suponer los motivos por los que se alega y refutarlos, en un doble e innecesario esfuerzo. El verdadero problema es si hay incompatibilidad de intereses al «dar carácter ganancial» a una participación indivisa de finca, sino al aplicar el art. 1357.2 Cc. para hacer el inventario de bienes gananciales y privativos. 2. La norma del art.1357.2 C.c. es imperativa. Salvo que los cónyuges la hubiesen excluido en capitulaciones matrimoniales (lo que parece posible: Art 1328 C.c) tal disposición afecta a la configuración del patrimonio ganancial y es imperativa (STS 7/6/1996, RA 4826), por lo que no puede dejar de aplicarse en la formación de inventario al liquidar los gananciales. En su virtud, las participaciones privativas de la causante y del viudo han ido disminuyendo proporcionalmente en la medida que fue adquiriendo la finca carácter ganancial en parte a costa de las iniciales participaciones privativas con cada amortización del préstamo hipotecario con dinero ganancial, por simple subrogación real, ya que en la vivienda habitual comprada antes del matrimonio se restaura el principio normal de subrogación real del art. 1347,3.º, en cuya virtud, lo pagado con dinero ganancial es ganancial. Esta atribución legal de carácter ganancial no es diferida ni aplazada, tiene carácter real, y será en la liquidación de gananciales cuando habrá que concretarla en una cuota exacta. Así pues, la vivienda conyugal adquirida antes de matrimonio con un préstamo que se paga, en parte después de la celebración, va perdiendo su inicial carácter privativo con cada cuota de amortización del préstamo (supuesto al que se aplica también, por analogía, según el TS) si se pagan con dinero ganancial, lo que se presume. Por consiguiente, no puede haber conflicto de intereses al aplicar una norma imperativa que afecta a la formación del inventario, en cuya correcta formación tampoco puede haber contradicción de intereses, sino coincidencia, pues tanto al padre como a la hija interesa que se haga de acuerdo con las normas legales sobre la materia. 3. El carácter ganancial de una cuota indivisa de la vivienda habitual, necesario según se ha dicho, se ha producido ya durante el matrimonio y sólo precisa cuantificarla con exactitud. Es en este momento, en el de la fijación de las circunstancias concretas de su aplicación cuando hay que preguntarse si surge la oposición de intereses. La aplicación de tal norma tiene como presupuesto de hecho, además de la vigencia de la sociedad de gananciales, dos circunstancias sobre las que el padre hace una declaración de ciencia, no de voluntad: 1.º) Que la finca común privativa se destinó desde la celebración del matrimonio a vivienda habitual. En esto no puede darse conflicto de intereses, porque o es verdad o es falso y no puede dudarse, por principio, de la veracidad de la afirmación del padre, que afecta a una circunstancia que decidieron de mutuo los cónyuges (art. 70 C.c). Es razonable que sea suficiente su afirmación sin exigirle acreditarlo mediante acta de notoriedad, lo que no viene impuesto en norma alguna. En el caso concreto, además, resulta confirmada su aseveración por la atribución expresa del usufructo en el testamento a favor del viudo, por ser evidente el deseo de protegerle con tal asignación concreta. 2.º) La cantidad pagada durante la vigencia de la sociedad de gananciales con dinero ganancial. Sobre el carácter ganancial del dinero con que se pagaron las cuotas del préstamo no hay que hacer prueba alguna, de acuerdo con el alcance de la presunción

legal del art. 1361. Frente a dicho carácter ganancial, solo cabría alegar y probar: (a) que el pago con dinero ganancial se hizo en contra de la voluntad común de ambos cónyuges (pues los dos eran cotitulares privativos), lo que, además de ser irreal y absurdo, no hay medio de probarlo auténticamente a efectos registrales; o bien (b), probar que todas o algunas de las cuotas periódicas de amortización se pagaron con dinero privativo. Respecto a esta prueba, como es sabido, la doctrina de la DGRN ha puesto muy alto el listón de su dificultad, casi imposibilidad, a efectos registrales, de modo que la prueba de ser privativo el dinero (y precisamente ese dinero) con que se pagaron cada una de las cuotas del préstamo es prácticamente una prueba imposible en la mayoría de los matrimonios si no han adoptado precauciones especiales a su debido tiempo contra la «vis atractiva» de la sociedad de gananciales y su tendencia a la confusión de patrimonios (lo que, por otro lado, la ley no ve con disfavor). Ocurre, así, que no tiene sentido alguno argumentar dialécticamente que la presunción de ganancialidad del dinero puede desvirtuarse mediante una prueba que «de facto» es poco menos que imposible, al menos en el ámbito registral, por lo que es inamovible en la práctica. No puede trasladarse a este supuesto la doctrina de la DGRN (no exenta de reparos, dicho sea con el máximo respeto) que entiende que existe oposición de intereses en la liquidación de gananciales cuando el carácter ganancial de los bienes es sólo presunto, por la razón de que puede desvirtuarse la presunción (cosa casi imposible a efectos registrales, por lo que no deja de ser un falso argumento: se dice que se puede, en pura teoría, demostrar lo que en la práctica es imposible conseguir), olvidando, por cierto, que es la norma legal la que establece la presunción a todos los efectos, incluso liquidatorios, por lo que es criticable dicha doctrina, en la medida que impone un trámite innecesario para que un defensor judicial confirme lo que la ley ha presumido (nunca, en la práctica, el defensor judicial lleva a cabo en la escritura de partición tal desvirtuación, entre otros motivos porque es casi siempre una prueba imposible, años después del pago). Puesto que, a efectos registrales, la prueba debe resultar de documentos públicos indubitados, que demuestren que el dinero empleado era privativo, no que un cónyuge fue dueño de ese dinero que puede haberse confundido con el dinero ganancial, la prueba es prácticamente imposible y no debería alegarse tal posibilidad teórica de prueba para rechazar que el padre pueda representar a un hijo menor al inventariar como ganancial lo que la ley presume que es ganancial, bajo pretexto de que incurre en oposición de intereses porque se podría desvirtuar una presunción que la misma DGRN con su exigente criterio la hace casi inamovible, a efectos registrales. La misma insuperable dificultad tendrá el defensor judicial. Pero en este supuesto no estamos ante una adquisición constante matrimonio que se presume ganancial, sino ante una adquisición anterior al matrimonio a la que se atribuye ex lege carácter ganancial en parte, por la doble circunstancia de ser la vivienda habitual y pagarse con dinero ganancial las cuotas del préstamo. Por cuanto se ha dicho, no existe tampoco oposición de intereses en este aspecto de la aplicación de la norma.

4. Estas circunstancias de hecho no cambiarían si interviniese un defensor judicial en representación de la menor, pues los datos que han servido de presupuesto sólo son conocidos por el padre, quien conoce lo que ha ocurrido durante el matrimonio y puede hacer las aseveraciones correspondientes; sin que sea admisible desconfiar del padre en lo referente a la veracidad de los datos aportados, por carecer de base legal, y, sostener que esos mismos datos son más ciertos si los declara un defensor judicial.

5. Aportados los datos necesarios por manifestaciones del padre, que deben admitirse como veraces, el cálculo de la participación ganancial, resulta de una simple operación matemática, que no deja margen alguno de libre apreciación. En la escritura, se explica detalladamente el proceso para llegar al resultado, que se obtienen por unas simples operaciones matemáticas, sobre cuya exactitud no plantea defecto alguno la calificación recurrida.

6. La existencia de oposición de intereses depende en gran parte de las circunstancias del caso concreto y las que concurren en este supuesto no permiten sostener que el padre haya podido beneficiarse a costa de la hija, decidiendo entre varias opciones

posibles, pues no se trata de “dar” carácter ganancial, sino de concretar, especificar o determinar lo que ya se ha producido por mandato legal, en relación con la vivienda habitual común, conforme a lo dispuesto en los artículos 1372. 2 y 1354 del C.c.».

IV

Mediante escrito de 10 de abril de 2013, la registradora de la Propiedad elevó el expediente, con su informe, a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 12 del mismo mes).

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 162, 163, 299, 1058, 1060, 1347, 1354, 1357, 1361 y 1410 del Código Civil; las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1989, 17 de enero y 5 de noviembre de 2003, 17 de mayo de 2004, 1 de junio de 2006 y 8 de junio de 2011; y las Resoluciones de este Centro Directivo de 27 de noviembre de 1986, 27 de enero de 1987, 14 de marzo de 1991, 10 de enero de 1994, 6 de febrero y 3 de abril de 1995, 25 de abril de 2001, 15 de mayo, 6 de noviembre y 18 de diciembre de 2002, 11 de marzo y 15 de septiembre de 2003, 14 de septiembre de 2004, 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2006, 22 de octubre de 2007, 14 de mayo de 2010, 26 de septiembre de 2011 y 23 de mayo, 2 de agosto y 4 de septiembre de 2012; así como –en relación con la necesidad de motivación de la calificación registral– las Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo y 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 10 de mayo de 2011, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012 y 25 de febrero de 2013, entre otras.

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:

A) Otorga dicha escritura únicamente el viudo de la causante, en su propio nombre y derecho y, además, en nombre de su hija menor de edad, en ejercicio de la patria potestad.

Por lo que interesa en este expediente, entre los bienes inventariados figura una participación indivisa de carácter ganancial en un piso que, según manifiesta el otorgante, compraron él y la causante siendo solteros, por el precio de 61.603,74 euros, mediante escritura autorizada el 28 de marzo de 1996, en proporción de treinta y cinco y sesenta y cinco por ciento, respectivamente, con subrogación en un préstamo de 30.050,50 euros garantizado con hipoteca sobre la referida vivienda. También afirma: a) Que contrajeron matrimonio el 6 de septiembre de 1997 y destinaron la vivienda a domicilio conyugal; b) Que una pequeña parte del referido préstamo (1.446,16 euros) la reembolsaron antes de la celebración del matrimonio, en la referidas proporciones de 35 % y 65 %, y el resto (28.604,34 euros) fue amortizado totalmente constante matrimonio, con fondos gananciales; y c) Que, en proporción a la parte del préstamo reembolsada con dinero ganancial, por aplicación del artículo 1357, párrafo segundo, del Código Civil, conforme a la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1989, se determina que la participación ganancial es de cuarenta y seis enteros y cuarenta y tres centésimas por ciento; la privativa de la causante es de treinta y cuatro enteros y ochenta y dos centésimas por ciento; y la privativa del viudo dieciocho enteros y setenta y cinco por ciento.

B) La registradora suspende la inscripción por entender que, al comparecer el cónyuge viudo por sí y en representación de su hija menor en el ejercicio de la patria potestad, dando el carácter de ganancial a una participación de la finca descrita, existe incompatibilidad de intereses entre aquél y su hija representada, por lo que es necesario el nombramiento de un defensor judicial, conforme al artículo 163 del Código Civil.

C) El notario recurrente alega, en síntesis, que el carácter ganancial de la participación de finca inventariada deriva de una norma imperativa como es la del

artículo 1357, párrafo segundo, del Código Civil, que tiene como presupuesto dos circunstancias (que la finca se destinó desde la celebración del matrimonio a vivienda habitual; y que se haya satisfecho con dinero ganancial la cantidad pagada durante la vigencia de la sociedad conyugal) sobre las cuales el representante legal del menor hace una declaración de ciencia y no de voluntad, de modo que no se trata de una adquisición constante matrimonio que se presume ganancial, sino ante una adquisición anterior al matrimonio a la que se atribuye «ex lege» carácter ganancial en parte, por esa doble circunstancia, y por ello no puede trasladarse a este supuesto la doctrina de esta Dirección General sobre la existencia de oposición de intereses en la liquidación de gananciales cuando el carácter ganancial de los bienes es sólo presunto.

2. Según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, la regla general de representación legal de los hijos menores de edad no emancipados por parte de los padres que ostenten la patria potestad queda exceptuada respecto de los actos «...en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo». Y el artículo 163, párrafo primero, establece que siempre que en algún asunto el representante tenga un interés opuesto al de sus hijos no emancipados se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo en la interpretación de tales preceptos legales (cfr. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), la excepción a la regla general de representación legal sólo juega cuando concurren los presupuestos legalmente establecidos. De este modo, para exceptuar el régimen general es imprescindible que entre representante y representado exista oposición de intereses, es decir un conflicto real de intereses que viene definido por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado. Como ha entendido el Tribunal Supremo, 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 los de los hijos (cfr., por todas, las Sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003 y 17 de mayo de 2004). Se excluye así del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente, exclusión del todo lógica pues de lo contrario se haría de la excepción regla vaciando de contenido el principio general de representación legal. Cuando no existe conflicto, porque no existe oposición, sino intereses paralelos de representante y representado rige la regla general.

3. De esta interpretación resulta que no puede darse por sentado que siempre que en una partición hereditaria con liquidación previa del patrimonio ganancial intervenga el viudo en su propio nombre y en representación de un hijo no emancipado, existe por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas de cada caso. El interés directo que tiene el cónyuge viudo en las consecuencias de la liquidación de gananciales le priva de la representación legal en la propia determinación del inventario ganancial si el activo está integrado total o parcialmente por bienes cuya ganancialidad no viene predeterminada legalmente sino que es fruto de una presunción legal susceptible de ser combatida (Resolución de 14 de marzo de 1991) o de una declaración unilateral del cónyuge supérstite (Resolución de 3 de abril de 1995). Por los mismos motivos cesa la representación legal del progenitor en la partición estrictamente hereditaria si esta es parcial (Resolución de 3 de abril de 1995), si se hace con ejercicio de derechos que corresponden a los menores representados (Resolución de 15 de mayo de 2002) o se hace mediante la formación de lotes desiguales o que no respeten las titularidades abstractas derivadas de la comunidad existente como consecuencia del fallecimiento del otro cónyuge (entre otras, Resoluciones de 6 de febrero de 1995 y 18 de diciembre de 2002).

Por el contrario, como pusieron de relieve las Resoluciones de este Centro de 10 de enero de 1994 y 6 de febrero de 1995, cuando el régimen económico matrimonial sea de gananciales y los bienes que lo integren reciban aquella cualidad del título de adquisición (artículo 1347 del Código Civil), al no operar la presunción de ganancialidad (artículo 1361 del Código Civil) no cabe la posibilidad de que pueda ser destruida y por consiguiente no

surge oposición de intereses en la realización del inventario de los bienes que son gananciales. Asimismo, no existe conflicto de intereses en la liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia otorgada por el cónyuge viudo en su propio nombre y en representación legal de sus hijos menores, cuando la liquidación es total, todos los bienes inventariados fueron adquiridos por el cónyuge premuerto para su sociedad conyugal y se adjudican «pro indiviso» al cónyuge supérstite y a los hijos por éste representados, respetándose estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal disuelta y en el caudal relicto según la declaración de herederos «ab intestato» (Resolución de 15 de septiembre de 2003); tampoco en el caso de adjudicación «pro indiviso» de bienes de la herencia, realizada por la viuda en su favor y en representación de sus hijos menores de edad si había estado casada en régimen de separación de bienes (Resolución de 27 de enero de 1987); o cuando uno de los herederos interviene en su propio nombre y además como tutor de otro y se adjudica en nuda propiedad una cuota parte indivisa del único bien inventariado a los herederos (Resolución de 14 de septiembre de 2004).

4. En el caso al que se refiere este expediente, aun cuando la calificación impugnada es excesivamente escueta, cabe resolver la cuestión planteada porque no puede estimarse producida la indefensión del recurrente, al haber podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra el contenido de su escrito de interposición del recurso (cfr., las Resoluciones de 21, 22 y 23 de febrero, 12, 14, 15, 16 y 28 de marzo, 1 de abril y 13 de octubre de 2005, 8 de mayo y 3 de diciembre de 2010, 10 de mayo de 2011, 28 de febrero, 22 de mayo y 20 de julio de 2012 y 25 de febrero de 2013, entre otras).

Respecto del fondo del asunto no cabe sino confirmar la calificación, pues resulta evidente que el negocio jurídico formalizado tiene consecuencias favorables para el representante y desfavorables para la representada, derivadas de la determinación de ganancialidad de una participación indivisa de un inmueble que –en la parte correspondiente– figura inscrita como privativa de la causante, y esa determinación únicamente se produce por la declaración unilateral del representante beneficiado, con base, además, en la presunción de ganancialidad del dinero empleado en la amortización del préstamo referido.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

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, 14 de junio de 2013.–El Director General de los Registros y del Notariado, Joaquín José Rodríguez Hernández.