

II. Resoluciones de la Dirección General

POR ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES
y JOSÉ M.^a CHICO Y ORTIZ

NO ES PRECISO EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL EN LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y POSTERIOR PARTICION EN QUE EL CONYUGE VIUDO INTERVIENE POR SI Y EN REPRESENTACION DE UN HIJO O HIJOS MENORES, SI LOS BIENES QUE INTEGRAN LA HERENCIA SE ADJUDICAN EN LA PROPORCION PREVISTA EN EL TESTAMENTO O EN LA LEY, CONSTITUYENDO UNA COMUNIDAD ROMANA ENTRE DICHO CONYUGE SUPERSTITE Y LOS DISTINTOS HEREDEROS (RESOLUCIÓN DE 10 DE ENERO DE 1994, BOE DE 22 DE FEBRERO DE 1994).

TAMPOCO ES PRECISO Y SI SE DAN LAS MISMAS CIRCUNSTANCIAS, PARA LA FORMACION DEL INVENTARIO POR EL CONTADOR PARTIDOR EN EL CASO DEL ARTICULO 1.057 DEL CODIGO CIVIL (RESOLUCIÓN DE 6 DE FEBRERO DE 1995, BOE DE 24 DE MARZO DE 1995).

SI ES NECESARIO DICHO NOMBRAMIENTO CUANDO, AUN DANDOSE LAS ANTERIORES CIRCUNSTANCIAS, LA PARTICION ES PARCIAL Y LOS BIENES PRESUNTIVAMENTE GANANCIALES (RESOLUCIÓN DE 3 DE ABRIL DE 1995, BOE DE 9 DE MAYO DE 1995).

Resolución de 10 de enero de 1994, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Masnou don Francesc Torrent Cufi contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número 1 de Badalona a inscribir una escritura de aceptación de herencia.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Masnou, don Francesc Torrent Cufi, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número 1 de Badalona a inscribir una escritura de aceptación de herencia.

Hechos.—I. El 11 de julio de 1991, en Masnou, ante el Notario don Francesc Torrent i Cufi, doña C. C. B. otorgó escritura de aceptación de herencia causada por el fallecimiento de su esposo, don E. S. F., de vecindad civil catalana, de quien se encontraba legalmente separada. En el acto, la otorgante intervenía en su propio nombre y además lo hacía como representante legal de su

menor hijo don A. S. C., de quien ostentaba la patria potestad y que había sido instituido heredero testamentario universal de su padre. En la escritura indicada, doña C., tras manifestar la disolución del consorcio ganancial —régimen económico al que se hallaba sujeto su matrimonio— por sentencia firme judicial de separación, procede a liquidar el mismo atribuyéndose la mitad indivisa del bien de carácter común y, tras aceptar la herencia como representante legal de su hijo, le adjudica a éste los bienes privativos y la mitad indivisa del común.

II. Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de Badalona, fue calificada con la siguiente nota: «Se suspende la inscripción del precedente documento por existir contraposición de intereses, siendo necesario el nombramiento de defensor judicial, artículo 163 del Código Civil, tal como se pone de manifiesto, entre otras, en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de marzo de 1991. Contra esta calificación puede interponerse recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con apelación a la Dirección General de los Registros y del Notariado. Badalona, 16 de mayo de 1992.—El Registrador.—Fdo.: *Enriqueta Ruiz Rolando*».

III. El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, basándose en las siguientes alegaciones: *a)* Que no existe acto alguno de partición del único bien de la sociedad de gananciales, que había quedado automáticamente disuelta por la sentencia firme de separación, sino únicamente la liquidación del consorcio conyugal por la viuda, transformando la comunidad germánica sobre el bien ganancial en una comunidad romana o por cuotas indivisas del mismo bien; *b)* Que en la práctica de la liquidación del consorcio conyugal no se plantea ningún problema de determinación de masas patrimoniales, puesto que la existencia del único bien común viene determinada y resuelta automáticamente por la sentencia firme de separación, y el carácter privativo de los restantes bienes del causante viene determinado por la fecha de su adquisición, posterior a la disolución de la sociedad de gananciales por la sentencia de separación. Que la referida sentencia de separación la tuvo en su poder la señora Registradora por haber pedido su aportación en una primera nota simple de calificación. Por ello se rechaza la similitud del presente caso con el tratado en la Resolución de 1 de marzo de 1991; *c)* Que esta real y previa determinación de las masas patrimoniales acerca el presente caso con el tratado en la Resolución de 28 de enero de 1987; *d)* Que en la Resolución de 14 de marzo de 1991 se plantean otros problemas que no se plantean en el presente caso, como son: 1. La adjudicación a la madre del usufructo universal con ciertas facultades de disposición y con probable gravamen de la legítima de las hijas. 2. La enajenación de un bien adicionado. 3. El valor de la ratificación efectuada por las hijas, mayor una y emancipada otra; *e)* En el otorgamiento que nos referimos no existen intereses contrapuestos al haber seguido la viuda fielmente la cláusula testamentaria que declara heredero universal al hijo único; *f)* No existen intereses opuestos sino concurrentes, por lo que no se hace necesario la intervención de un defensor judicial, cuyo nombramiento tiene carácter excepcional, por lo que no puede ampliarse el concepto de intereses opuestos hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos (Resolución de 22 de enero de 1987); *g)* El nombramiento de defensor judicial, en virtud de los principios de economía y simplicidad del derecho, sería un formulismo inútil para llegar al mismo resultado.

IV. La Registradora de la Propiedad informó en defensa de su nota lo siguiente: *a)* Habiendo herederos menores no emancipados se impone la parti-

ción de la herencia y, en ella, la liquidación de la sociedad conyugal practicada por el cónyuge sobreviviente y por el defensor de aquéllos nombrado judicialmente con las facultades que a tal efecto le imponga el Juez; b) Que la cita a la Resolución de 17 de marzo de 1987 es caprichosa en cuanto en la misma no se alude para nada a la existencia de un único bien común, sino que se atribuye a la esposa el uso del domicilio conyugal; por ello es necesaria la partición de la herencia y consiguiente liquidación de la sociedad de gananciales, la cual, como establece la Resolución de 10 de enero de 1894, supone el deslinde de los derechos entre los herederos y el establecimiento, de base que en su día han de servir para la división material y adjudicación, actos que implican un verdadero contrato entre la viuda y los herederos sobre intereses que se excluyen recíprocamente y, por ende, incompatibles, extremos reiterados en las Resoluciones de 25 de mayo de 1906 y 14 de marzo de 1991, que llega más lejos al afirmar que los actos realizados por la viuda en el caso de liquidación de la sociedad conyugal habiendo menores de edad y sin defensor judicial son nulos.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Cataluña dictó Auto el 26 de octubre de 1992 denegando el recurso interpuesto, basándose en idénticas razones que las alegadas por la Registradora, insistiendo en que razones de seguridad jurídica imponen, aun siendo razonables los argumentos del recurrente, el nombramiento del defensor, ya que sólo el convenio regulador y no la sentencia recoge la inexistencia de otros bienes conyugales, extremo no avalado con la documentación presentada. Impone la liquidación de la sociedad de gananciales para deslindar los derechos de la viuda y los herederos, actos que suponen verdadero contrato sobre los intereses de aquéllos, que son incompatibles.

VI. El recurrente se alzó contra el Auto expresado, insistiendo en sus alegaciones y, además, señalando que el convenio regulador de la separación que la sentencia firme de separación aprueba en su integridad resuelve el problema de la determinación de las masas patrimoniales en la práctica de la liquidación del consorcio conyugal.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 163, 1.060 y 1.410 del Código Civil y las Resoluciones de este Centro de 27 de enero de 1987 y 14 de marzo de 1991.

1. En este expediente se plantea la cuestión de si es inscribible una escritura de liquidación de sociedad de gananciales y aceptación de herencia en la que es única compareciente la viuda del matrimonio que lo hace por sí y en nombre de su hijo menor, designado heredero universal por su difunto padre o, por el contrario, se requiere además la presencia del defensor judicial en representación de dicho menor dada la posibilidad de intereses contrapuestos en la liquidación de la sociedad conyugal. Ha de advertirse que los bienes incluidos en el inventario tenían todos el carácter de privativos al haber sido adquiridos por el difunto con posterioridad a la sentencia de divorcio con su cónyuge compareciente, salvo uno que se adjudica por mitad y *pro indiviso* entre la viuda-divorciada y el hijo menor, al haber sido comprado durante el matrimonio por el marido para su sociedad conyugal, constando inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de los dos cónyuges para su sociedad conyugal de gananciales.

2. En materia en que pueda estar implicado un menor, se hace preciso actuar con la debida cautela a fin de que no puedan ser mermados los dere-

chos e intereses del último, que nuestra Ley sustantiva trata de defender con el máximo rigor, y de ahí las medidas adoptadas por el Código Civil en su defensa (art. 163), que ha de ser interpretado con la necesaria amplitud para impedir que resulte inaplicable por criterios extremadamente restrictivos; pero ello no supone que haya de verse en todo caso concreto una contradicción de intereses como lo prueba el supuesto que motivó la Resolución de 27 de enero de 1987, que declaró la no necesidad de nombramiento de defensor judicial ante un caso de aceptación de herencia en régimen de separación de bienes con existencia de tres menores de edad en que la adjudicación en cuotas indivisas a los partícipes se correspondía con la proporción fijada por el testador.

3. Por el contrario, en un supuesto en que el régimen económico-matrimonial era el de gananciales, este Centro, en Resolución de 14 de marzo de 1991 entendió la necesidad de nombramiento de defensor judicial al haber comparecido en la escritura de aceptación de herencia y liquidación de sociedad conyugal solamente la madre-viuda por sí y en nombre de sus hijas menores de edad, adjudicándose aquélla una mitad indivisa de cada uno de los bienes en pleno dominio en pago de su cuota ganancial y la otra mitad en usufructo, con facultad de disponer durante la minoría de edad de sus hijas, quienes recibían por iguales partes indivisas la nuda propiedad de esta mitad.

4. Fundamentaba su aserto la mencionada Resolución en que la oposición de intereses tenía lugar en la misma determinación del inventario de los bienes que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales —ganancial, parafernales, dotales, capital del marido— que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible y por eso, al existir un conflicto de intereses, priva, en estas operaciones, a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea conferida a un defensor nombrado por el Juez.

No obstante, hay que tener en cuenta que la posibilidad cierta de destruir la presunción de ganancialidad tiene unos límites que no pueden rebasar los de la propia presunción, que no actúa con carácter de generalidad, superponiéndose a todas las normas que atribuyen tal carácter a determinados bienes del matrimonio, sino que, dentro de éstos, se ha de distinguir los que tienen la cualidad de gananciales en virtud de la propia presunción (como los bienes muebles que carecen de título conocido a los propios bienes inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad cuando no consta expresamente que la adquisición se realizó para la sociedad conyugal), la cual, por consiguiente, puede ser contradicha y destruida, de aquellos otros que reciben aquella cualidad del título de adquisición (art. 1.347 del Código Civil) o por la voluntad de los adquirentes (art. 1.355 del Código Civil), respecto a los que, cualquiera que sean las consecuencias colaterales de la adquisición o de la voluntad de los cónyuges, al no operar la presunción no se da la posibilidad de ser destruida.

Dejando ahora aparte la cuestión respecto de los bienes presuntivamente gananciales y limitándonos al otro grupo de bienes, como es el que forma parte de la sociedad conyugal disuelta a que se contrae el título sometido a controversia, la cuestión relativa a la contradicción de intereses no puede producirse en la formación de inventario, sino en el momento de las adjudicaciones. En el supuesto de que se adjudiquen bienes concretos, sí puede producirse la contradicción de intereses como consecuencia de la distinta valoración que se atribuya a cada uno de ellos, pero esta posibilidad decae si

los bienes se adjudican en comunidad romana, en cuya situación la proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes.

5. Ahora bien, en el supuesto concreto de este expediente, la única finca de carácter ganancial se adjudica por mitad y *pro indiviso* a los dos únicos interesados en la liquidación de la sociedad, y determinada ya la masa hereditaria se adjudican íntegramente todos los bienes que la forman al menor representado por su madre. No implican, pues, estas operaciones contradicción de intereses al no haber desigualdad entre una y otra, y el hipotético perjuicio ante unas eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* del heredero, como declaró la Resolución de 27 de enero de 1987, es común a ambos, sin que pueda dar ocasión a una ventaja o beneficio de la madre sobre el hijo.

6. Por último, y de conformidad también con el contenido de la expresada Resolución, la adjudicación de la única finca ganancial por mitad y *pro indiviso* es una operación sin trascendencia económica, supone solamente la transformación de la comunidad germánica en una comunidad romana sobre el mismo bien que no envuelve peligro alguno de perjuicio o lesión para el hijo porque las deudas que hipotéticamente pudieran existir se mantienen sin variación (art. 1.084 del Código Civil) y, en definitiva, la adjudicación realizada en la escritura calificada tiene carácter provisional en la que se ha mantenido por la madre respetuosamente la voluntad de su ex esposo; y será más tarde, si durante la menor edad del hijo se procede a la disolución de la comunidad romana formada, cuando aparecerán claramente enfrentados los intereses de los comuneros ante el peligro de que la madre, prevaleciendo de su representación legal, se lucre en perjuicio de su hijo.

Esta Dirección General ha acordado revocar el auto apelado y la nota del Registrador.

Madrid, 10 de enero de 1994.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Resolución de 6 de febrero de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Córdoba don Adolfo Viguera Delgado contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Córdoba a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Córdoba don Adolfo Viguera Delgado contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de Córdoba a inscribir una escritura de aceptación y adjudicación de herencia en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Don M. N. M. falleció en Córdoba el día 16 de noviembre de 1991 bajo testamento abierto, otorgado el 25 de octubre de 1991 ante el Notario de dicha ciudad don Santiago Echevarría Echevarría. En dicho testamento lega a su esposa el usufructo universal y vitalicio de su herencia con relevación de inventario y fianza, facultándola para tomar por sí misma posesión de su legado; instituye herederos en el resto a sus cuatro hijos a partes iguales; y para el caso de que al tiempo de su fallecimiento existiere algún descendien-

te menor de edad o incapaz, designa albaceas contadores-partidores, con las más amplias facultades y prórroga del plazo legal, con carácter solidario a dos hermanos. El día 3 de mayo de 1992, ante el Notario de Córdoba don Adolfo Vigueras Delgado, se otorgó en escritura pública de aceptación de la herencia y adjudicación, en la que comparecen la esposa y los cuatro hijos del causante (tres mayores de edad y uno representado por su madre) y además el Albacea contador-partidor. En el inventario y avalúo de la expresada escritura aparecen como únicos bienes dejados por el causante la mitad indivisa de dos fincas. Estas constan inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de los dos cónyuges para su sociedad de gananciales.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 1 de los de Córdoba, fue calificada con la siguiente nota: «Denegada la inscripción del precedente documento por el defecto insubsanable de haberse formalizado el inventario de los bienes de la herencia, y liquidada la sociedad de gananciales sin intervención del defensor judicial que ordena el artículo 163 del Código Civil, habida cuenta que existen intereses contrapuestos entre la viuda y el hijo menor que representa. No procede anotación de suspensión, que tampoco se ha solicitado. Contra la presente nota de calificación puede interponerse el recurso previsto en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento.—Córdoba, 4 de enero de 1993.—El Registrador (firma ilegible).—Fdo: *Rafael Ramón García-Valdecasas de la Cruz*».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación y alegó: 1.º Que de la interpretación de los artículos 1.056 y 1.057 del Código Civil se deduce que en la partición realizada por el Albacea comisario-contador al igual que la realizada por el propio testador, también se pasará en cuanto no perjudique las legítimas de los herederos forzosos y respete el testamento con toda fidelidad. La citación a los coherederos, acreedores y legatarios es para inventariar los bienes de la herencia. El contador-partidor tiene encomendada por el testador la «simple facultad de hacer la partición», según prescribe el citado artículo 1.057. Que, por consiguiente, para la partición hay un acto previo indispensable de liquidación de la comunidad ganancial, distinto y anterior a la partición, para lo que se ha entendido por la práctica, la doctrina y la jurisprudencia, que es suficiente el acuerdo entre el cónyuge supérstite y el contador-partidor, sin necesidad de la intervención de los herederos del causante. Así lo tienen sentado las Resoluciones de 5 de octubre de 1893, 12 de febrero y 25 de marzo de 1923, y otras más; y las Sentencias de 10 de enero de 1934 y 17 de abril de 1943. De lo anteriormente expuesto se llega a la primera conclusión: La liquidación de la sociedad de gananciales es función encomendada al Albacea-contador-partidor con intervención de la viuda, y sin intervención de los herederos, ni presentes ni representados. Que las particiones hechas por el contador-partidor al reputarse como si fueren hechas por el mismo testador son por sí solas inscribibles, sin necesidad de ser aprobadas por los herederos o legitimarios. Así resulta de las Resoluciones de 28 de enero de 1898, de 16 de noviembre de 1922, 7 de marzo de 1914, 6 de marzo de 1930, 26 de marzo de 1952 y 6 de abril de 1962, entre otras; y las Sentencias de 10 de mayo de 1910, 7 de enero de 1942, 17 de abril de 1944, 2 de noviembre de 1957, aparte de otras más. De lo dicho se llega a la segunda conclusión: El contador-partidor realiza la partición por sí solo, sin intervención ni injerencia de los herederos y del cónyuge viudo. La única exigencia que ha de cumplir es lo dispuesto en el artículo 1.057, párrafo 3.º, del Código Civil. 2.º Que en lo referente al artículo 163,

apartado 1.º, del Código Civil, la doctrina destaca la dificultad de establecer reglas generales que permitan resolver con seguridad en cada caso si existe o no la incompatibilidad de intereses. En este punto hay que señalar las Sentencias de 6 de noviembre de 1934 y 30 de noviembre de 1961. Pero la jurisprudencia se produce de manera fragmentaria estableciendo cuándo existe o no dicha contradicción, atendiendo a las particularidades del caso concreto. De la formulación legal y jurisprudencial expuesta se pueden deducir las notas que caracterizan al supuesto de hecho que contempla el citado artículo 163: a) Es un supuesto de representación legal especial, anormal o excepcional; b) Es singular para caso concreto y ocasional para el supuesto de surgir contradicción; c) Ha de tratarse de una oposición real y efectiva, sin que baste su mera posibilidad; d) Ha de tratarse de una oposición o contradicción actual; e) La contradicción recae sobre valores patrimoniales que si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre corresponderían o aprovecharían al hijo; f) Hay que contemplar detenidamente las circunstancias en cada caso concreto (Resolución de 27 de enero de 1987), y g) Por ser un supuesto especial, anormal y derogatorio del principio general de patria potestad, ha de ser interpretado restrictivamente. Que hay que tener en cuenta lo que dicen las Resoluciones de 27 de enero de 1987 y 27 de marzo de 1991. 3.º Que es conveniente indagar la voluntad del testador, causante de la herencia objeto del recurso, ya que es Ley de sucesión: A) Que se considera que el testador pueda dispensar al albacea-contador-partidor de la actuación a inventario de la herencia en supuesto de que existan menores, incluso habiendo herederos forzosos, en tanto en cuanto estén aseguradas las legítimas y el testador así lo quiera. La jurisprudencia considera que no es norma de derecho necesario la anotación o inventario. B) Que con el nombramiento de contador-partidor, hay que pensar que el testador ha querido, en el supuesto de algún hijo menor o incapacitado, que el contador-partidor y la viuda, y sin intervención de nadie más, resuelvan el problema que les causa su herencia. Lo contrario conduce al absurdo de considerar necesaria la intervención del defensor en uno y otro caso y considerar vana de efectos la voluntad claramente manifestada del testador, que sólo tiene el límite de las legítimas de los herederos forzosos; y 4.º Que aplicando las anteriores consideraciones al supuesto que motiva este recurso, resulta: Que al fallecimiento del testador únicamente quedan dos bienes inmuebles, gananciales, indivisibles, sin deudas y sin más acreedores que el hipotecario que recae sobre una de las fincas. La viuda y el contador-partidor acuerdan mantener una comunidad *pro indiviso* sobre los bienes, o sea, que no existe desplazamiento de bienes. Que como acto previo se procede por el albacea-contador-partidor y la viuda a la liquidación de la sociedad de gananciales por sí solos sin intervención de los herederos. Los intereses del menor quedan defendidos, como los de los demás herederos, por una persona con mayor ámbito de poder que el defensor, que es el albacea-contador-partidor nombrado por el testador, o sea, que se pueda afirmar que los derechos e intereses del menor están defendidos por el propio testador. Que el albacea cita para el inventario de la herencia a la viuda por sí y en nombre de su hijo menor y a los herederos mayores de edad. Teniendo en cuenta la sencillez del inventario de la herencia, se considera que no existe contraposición de intereses entre viuda e hijo menor que justifique la intervención del defensor judicial por lo siguiente: a) No existe problema sobre la naturaleza de los bienes; b) Se contempla una situación de proindivisión que evita desplazamiento de bienes; c) Los intereses coincidentes entre los herederos favorecen

la defensa de los intereses del menor; d) En el ámbito contemplado no cabe una actitud de la madre en el ejercicio de la patria potestad, ante la actuación del albacea-contador-partidor, que pueda perjudicar al menor y favorecerla a ella; e) Incluso ante una ocultación de bienes o deudas, por los razonamientos recogidos en la citada Resolución de 27 de enero de 1987, y f) Porque las particularidades concretas del acto no permiten la contradicción de intereses. Que de todo lo expuesto se saca la conclusión que no existen intereses contrapuestos, que los intereses de los herederos mayores de edad y del menor son coincidentes y paralelos con los de la madre en el ámbito de la formación del inventario de la herencia por el albacea-contador-partidor.

IV. El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Primero: Que la doctrina considera que la frase «simple facultad de hacer la partición», a que se refiere el artículo 1.057 del Código Civil, comprende todas las operaciones decisorias, desde el inventario y avalúo, pasando por la liquidación, la fijación de haberes, hasta llegar a la división y adjudicación. Que las facultades son: 1.º Interpretación del testamento, que lo puede hacer el contador (Resoluciones de 15 de julio de 1943, 28 de marzo de 1944, 25 de marzo de 1952, etc.) y debe cumplir las reglas de la partición que establecen los artículos 1.052 y 1.061 del Código Civil; 2.º Inventario y avalúo. Conforme el párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código Civil, este inventario debe hacerse con citación de los coherederos, acreedores y legatarios cuando entre los coherederos exista algún menor de edad o sujeto a tutela; la citación a los menores ha de hacerse a sus padres, pero si éstos tuvieren intereses incompatibles sería preciso citar al defensor judicial, nombrado a este solo efecto (Resolución de 13 de mayo de 1916); 3.º Liquidación, que es una operación compleja y comprende la liquidación de la sociedad conyugal, que puede hacerse por el contador-partidor, con el concurso del cónyuge viudo o sus herederos, no precisa la intervención de los herederos del causante (Resoluciones de 11 de septiembre de 1907 y de 6 de marzo de 1923); 4.º Fijación de haberes, y 5.º División y adjudicación, que son operaciones que ponen a fin a la partición. Segundo: Que de lo dicho en el apartado anterior se deduce que antes de proceder a la liquidación de la sociedad conyugal está la fase de inventario y avalúo, que ha de hacerse con citación de los coherederos, y que la citación a los menores de edad ha de hacerse a sus padres; y si tienen intereses contrapuestos es preciso citar al defensor judicial nombrado para este solo efecto. En el caso que se estudia no ha habido citación al defensor judicial, existiendo contradicción de intereses. El cónyuge viudo sólo actúa representando al menor para aceptar la herencia. Tercero: Que, por tanto, el menor coheredero no ha sido citado en la fase de inventario, como es preceptivo se haga, representado por un defensor judicial (Resoluciones de 4 de diciembre de 1912, 17 de julio de 1915, 13 de mayo de 1916 y 20 de octubre de 1958). La jurisprudencia del Tribunal Supremo es taxativa y concluyente en esta misma exigencia; así, cabe citar las Sentencias de 10 de diciembre de 1901 y 26 de noviembre de 1955. Que hay que citar la reciente Resolución de 14 de marzo de 1991, de la que el Notario recurrente dice que el supuesto recurrido es diferente. Cuarto: Que en toda la argumentación del recurrente subyace la filosofía de defender la no existencia de contradicción de intereses por la nimiedad de los intereses que se cuestionan, pero esa decisión corresponde al Juez y no al Notario.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador fundándose en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1955.

VI. El Notario recurrente apeló el Auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones y en que dicho Auto contradice el artículo 118, párrafo 2.º, del Reglamento Hipotecario, ya que es confusa, imprecisa e incongruente.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 163, 1.057, 1.058, 1.347, 1.361 y 1.410 del Código Civil, y las Resoluciones de este Centro de 13 de mayo de 1916, 16 de julio de 1943, 26 de marzo de 1952, 6 de abril de 1962, 27 de enero de 1987, 11 de marzo de 1991 y 10 de enero de 1994.

1. En este expediente se plantea la cuestión de si la omisión por el contador-partidor de la citación para la práctica del inventario de los bienes hereditarios al defensor judicial de un hijo interesado en la herencia constituye un defecto que impide la inscripción de la escritura calificada, dándose las siguientes circunstancias:

a) En la escritura de liquidación de sociedad conyugal y adjudicación de herencia intervienen el propio contador-partidor, la viuda del causante, que además representa a un hijo común menor de edad, y otros tres hijos mayores de edad, todos los cuales fueron nombrados herederos universales por su padre.

b) Los dos únicos bienes incluidos en el inventario fueron comprados durante el matrimonio, constando inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de los dos cónyuges para su sociedad de gananciales.

2. En las materias en que puede estar implicado el menor, nuestra Ley sustantiva trata de defender los derechos e intereses de aquél con el máximo rigor, y así, respecto de la partición hereditaria y, en concreto, de la realizada unilateralmente por el contador-partidor, impone a éste la obligación de citar para inventario a los coherederos, acreedores y legatarios, habiendo interpretado este Centro Directivo que lo dispuesto en el actual artículo 163 del Código Civil, antiguo 165, es aplicable a esta cuestión y que, por consiguiente, cuando el padre o la madre tengan un interés opuesto al de un hijo interesado en la herencia la citación para inventario se realizará al defensor judicial que deberá ser nombrado al menor. En este sentido se pronunció la Resolución de 13 de mayo de 1916, que declaró que concede al inventario una importancia excepcional, proporciona a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales, y fundamentó la necesidad de la citación en que el inventario puede comprender no sólo las cosas, bienes, derechos, créditos, valores y acciones que constituyan la herencia, sino también la relación exacta de las obligaciones pendientes que hayan de satisfacerse con el activo inventariado, y entre las cuales, acaso, se encuentren créditos que reclame el cónyuge supérstite, ya que no puede obligarse al Comisario a que relacione forzosamente como de la herencia todas las cosas que al abrirse la sucesión pudieran poseer el marido, la mujer y la comunidad conyugal, sin distinción de título de adquisición o de situación jurídica ni tampoco imponerse al cónyuge supérstite la renuncia de los créditos propios que hubieran de hacerse efectivos sobre el patrimonio relicto.

3. No obstante lo anterior, la finalidad de la citación no aparece tan nítida cuando a la actuación del contador-partidor se superponen, simultáneamente, las de todos los interesados en la herencia que aprueban todos sus actos, haciendo suyas sus declaraciones y actuaciones, no siendo, además, el inven-

tario un acto independiente y previo a las demás operaciones particionales. En relación con esto, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 16 de julio de 1944, 26 de marzo de 1952 y 6 de abril de 1962) que dentro de las operaciones particionales hereditarias hay que distinguir las formalizadas por el Comisario contador-partidor, con arreglo al artículo 1.057 del Código Civil, de naturaleza unilateral, y las que conforme a los artículos 1.058 y 1.060 se realizan por todos los herederos, que tienen naturaleza contractual, y que cuando se da la circunstancia de que intervienen conjuntamente el Comisario contador-partidor y los herederos, las manifestaciones y acuerdos que éstos adopten introducen un factor que inicie en el carácter unilateral de la partición realizada por aquél, que si en algunos casos no pueden desvirtuar la naturaleza privilegiada y unilateral del acto, en la mayoría operan una auténtica transformación, convirtiéndolo en un verdadero contrato particional. La aprobación simultánea y completa por todos los interesados de la actuación del contador-partidor ha de verse no como una actuación individual de cada uno de ellos, sino como una declaración de voluntad conjunta e independiente que borra los contornos y las consecuencias de la partición del contador. Por tanto, cuando se dé esta circunstancia, la cuestión que nos ocupa no puede verse desde la perspectiva del artículo 1.057 del Código Civil, sino que ésta se desplaza al artículo 163, y debe examinarse detenidamente caso por caso para determinar con cuidado si existe o no existe contradicción de intereses.

4. No se puede dar por sentado que en todos los casos en los que intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un hijo menor ha de existir siempre una contradicción de intereses, como lo prueba el supuesto que motivó la Resolución de 27 de enero de 1987, que declaró la no necesidad de nombramiento de defensor judicial ante un caso de aceptación de herencia en régimen de separación de bienes con existencia de tres menores de edad, en el que la adjudicación en cuotas indivisas a los partícipes se correspondía con la proporción fijada por el testador.

Cuando el régimen económico matrimonial sea de gananciales y los bienes que lo integren reciban aquella cualidad del título de adquisición (art. 1.347 del Código Civil), la Resolución de 10 de enero de 1994 declaró que al no operar la presunción de ganancialidad (art. 1.361 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, sino que esa posibilidad solamente puede darse en el momento de las adjudicaciones. En el supuesto de que se adjudiquen bienes concretos sí puede producirse la contradicción de intereses como consecuencia de distinta valoración que se atribuya a cada uno de ellos, pero esta posibilidad decae si los bienes se adjudican en comunidad romana, en cuya situación la proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes. Esta situación se mantiene aunque la adjudicación, en la parte que afecta a la herencia, se realice en nuda propiedad y *pro indiviso* a los herederos y en usufructo vitalicio al cónyuge viudo, según lo dispuesto en el testamento.

5. En el supuesto concreto de este expediente, los dos únicos bienes inventariados, ambos inmuebles de naturaleza ganancial, se atribuyen por mitad y *pro indiviso* a las dos únicas partes interesadas en la liquidación de la sociedad conyugal y, determinada ya la masa hereditaria, se adjudica, conforme al testamento, una mitad indivisa en nuda propiedad, en *pro indiviso* y por partes iguales, a los cuatro herederos y el usufructo vitalicio al cónyuge supérstite.

No implican, pues, estas operaciones contradicción de intereses al no haber posibilidad de desigualdad en las adjudicaciones practicadas sin que pueda ser perjudicado el hijo menor de edad, y el hipotético perjuicio ante unas eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* de los herederos, como declaró la Resolución de 27 de enero de 1987, es común a todos los interesados sin que pueda dar ocasión a una ventaja o beneficio de la madre sobre el hijo.

6. De conformidad también con el contenido de la expresada Resolución, la adjudicación de las únicas fincas gananciales, de acuerdo con la disposición testamentaria y en la forma antes descrita, es una operación sin trascendencia económica; supone solamente la transformación de la comunidad germánica en una comunidad romana sobre cada uno de los mismos bienes, que no envuelve peligro alguno de perjuicio o lesión para el hijo, porque las deudas que hipotéticamente pudieran existir se mantienen —art. 1.084 del Código Civil— y en definitiva la adjudicación realizada en la escritura calificada tiene carácter provisional y será más tarde, si durante la menor edad del hijo se procede a la disolución de la comunidad romana formada, cuando aparecerán claramente enfrentados los intereses de los comuneros, ante el peligro de que la madre, prevaliéndose de su representación legal, se lucre en perjuicio de su hijo.

7. Por último, en el presente caso, en el que, por una parte, están presentes todos los interesados en la herencia, en el que todas las actuaciones particionales se realizan en un solo acto, se documentan en una sola escritura y se aprueba simultáneamente y, por tanto, hacen suyas en su totalidad los diversos intervinientes; y, por otra parte, los dos únicos bienes inventariados, que son gananciales, constando así inscritos en el Registro de la Propiedad, han sido adjudicados *pro indiviso* entre los interesados, de acuerdo con el testamento del causante, es forzoso concluir que no existe contradicción de intereses ni en la formación de inventario, ni en la adjudicación de los bienes interesados en la herencia, por lo que la exigencia de citación del defensor judicial vendría a reconocer que éste tiene la representación legal del menor cuando en realidad no la ostenta según se ha razonado.

Esta Dirección ha acordado estimar el recurso y revocar el Auto apelado y la Nota del Registrador.

Madrid, 6 de febrero de 1995.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Ilmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Resolución de 3 de abril de 1995, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto, a efectos meramente doctrinales, por el Notario de Oviedo don Alfredo García-Bernardo Landeta contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 5 de dicha ciudad a inscribir una escritura de adjudicación de herencia en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto, a efectos meramente doctrinales, por el Notario de Oviedo don Alfredo García-Bernardo Landeta contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 5 de dicha ciudad a inscribir una escritura de adjudicación de herencia, en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. El día 24 de abril de 1989, ante el Notario de Oviedo don Alfredo García-Bernardo Landeta se otorgó escritura pública de adjudicación de herencia en la que comparece doña M. R. C. C., que interviene en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, y expone que don J.R. V. falleció en Oviedo el día 23 de mayo de 1985, sin haber otorgado testamento, en estado de casado con la compareciente, de cuyo único matrimonio dejó dos hijos, llamados J. y L. R. C., siendo sus herederos abintestato, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria correspondiente a su cónyuge, en virtud del Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo el día 1 de octubre de 1985, lo que se acredita con un testimonio de Auto firme expedido por el Secretario de dicho Juzgado el día 7 de octubre de 1985, y adjudica la finca descrita en la exposición de la escritura de la siguiente forma: una mitad indivisa a ella misma, con imputación a su cuota en la sociedad de gananciales, y una sexta parte indivisa en usufructo del total de la finca, o sea, una tercera parte en usufructo de la herencia de su esposo, y a sus dos hijos una sexta parte indivisa en nuda propiedad, o sea, una doceava parte indivisa en nuda propiedad del total de la finca y una tercera parte indivisa en plena propiedad, o sea, una sexta parte indivisa en plena propiedad del total de la finca, y por último, acepta en los conceptos que interviene las citadas adjudicaciones, manifestando que las cuotas adjudicadas a sus dos hijos representados lo son a beneficio de inventario.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 5 de Oviedo, fue calificada con la siguiente nota: «Presentada la precedente escritura conjuntamente con la número 611 del mismo Protocolo, a la que figura unido testimonio del Auto de 13 de abril del corriente año, se suspende su inscripción por observarse los defectos siguientes: 1.º No acompañarse el Auto judicial de declaración de herederos abintestato del causante, relacionado pero no testimoniado en la escritura presentada, ni tampoco los certificados de defunción y últimas voluntades del mismo (arts. 3 y 14 de la Ley Hipotecaria y 78 de su Reglamento). 2.º Por Auto de 13 de abril del corriente año se nombra defensor judicial a los menores herederos, el cual no comparece al otorgamiento a pesar de ser necesaria su intervención, conforme a lo dispuesto en los artículos 162, 163 y concordantes del Código Civil. 3.º Las adjudicaciones a los menores se hacen, según el título “a beneficio del inventario”, sin que medie previa aceptación de la herencia en tal concepto ni se cumplan las formalidades prescritas en los artículos 1.010 y siguientes del Código Civil. Dada la naturaleza del segundo defecto señalado no procede tomar anotación de suspensión, que tampoco se ha solicitado. Oviedo, 12 de septiembre de 1989.—El Registrador.—Fdo.: *César García-Arango*». Subsana los defectos indicados anteriormente, fue objeto de la nota que se transcribe: «Presentado nuevamente el precedente documento y subsanados los defectos que se indican en la anterior nota, se ha practicado la inscripción al folio 7 del libro 2.075 de Oviedo, tomo 2.820 del archivo, 1.º de la finca número 5.152 de la sección 2.ª. Se ha tenido en cuenta escritura de ratificación autorizada por el mismo Notario que la que precede el día 27 de octubre último. Oviedo, 3 de noviembre de 1989.—El Registrador.—Fdo.: *César García-Arango*».

III. El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo, a efectos doctrinales, contra la anterior calificación, y alegó: Que en lo concerniente al defecto primero de la nota hay que señalar que el Registrador infringe los artículos 1 y 30 de la Ley Notarial, 1.217 y 1.218 del Código Civil y 1

y 143 del Reglamento Notarial al exigir que se acompañe el auto judicial de la declaración de herederos abintestato en el cuerpo de la escritura. Que a los insertos se refieren los artículos 166, párrafo 1.º, y 255, párrafo 1.º, y la aseveración del Notario de que en lo omitido no hay nada que desvirtúe lo transcrito no es aplicable a los insertos de los autos de declaración de herederos, como documento que concreta los llamamientos legales, porque no son insertos parciales, sino totales, y porque legalmente no puede haber omisión, y el auto es una individualización de la designación «*mortis causa legal*»; por tanto, añadir la cláusula no desvirtuadora es superfluo y absurdo, pues no puede surtir ningún efecto, contrariando los artículos 1.284-1.286 del Código Civil. Que la declaración de herederos es el hecho que motiva el otorgamiento de esta previa adjudicación herencial. La exhibición del testimonio judicial tiene lugar ante el Notario en la audiencia de los comparecientes y su proyección documental como inserto es el hecho decisivo que motiva el otorgamiento por imperativo del artículo 991 del Código Civil. Que el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, invocado por el Registrador, no desvirtúa lo preceptuado en los artículos 1.217 y 1.218 del Código Civil, ni en los artículos 1 y 30 de la Ley Notarial. Que tampoco el artículo 14 de la Ley Hipotecaria puede negar la fe pública a la escritura pública, porque contraría la Ley sustantiva, el Código Civil, y regularía cuestiones que incumben a la Ley Notarial. Que el artículo 78 del Reglamento no alude a los certificados de defunción y últimas voluntades. Que la fe pública del Notario vincula y obliga al Registrador. Si el Notario, al insertar o testimoniar el auto de declaración de herederos, incurre en error, comete falsedad civil; si conscientemente altera la verdad incurre en falsedad penal, y en ambos casos indemnizará los daños y perjuicios (art. 146 del Reglamento Notarial). 2.º Que en cuanto al segundo defecto de la nota de calificación, se ha pedido sin razón el nombramiento de defensor judicial. Porque la previa adjudicación herencial la hace el Juez en el propio auto al conceder autorización a la madre para «la venta de la mitad indivisa» y porque no hubo conflicto de intereses al otorgarse la previa adjudicación, ya que los bienes se han partido conforme a la ley de la sucesión intestada y no hubo intereses contrapuestos entre madre e hijos, sino paralelos, y por tanto, la intervención del defensor judicial sería para decir amén a esta previa adjudicación herencial, que ya estaba hecha por el Juez. En este caso, los intereses de los menores se protegen adecuándolos a la Ley. 3.º Que, por último, en lo referente al tercer defecto de la nota de calificación, la herencia se ha aceptado pura y simplemente, siendo equívoca y superflua la frase «a beneficio de inventario» agregada sin sentido a la adjudicación.

IV. El Registrador, en defensa de su nota, informó: Primero: Que en cuanto al primer defecto de la nota de calificación, hay que señalar que no se han infringido los preceptos de la Ley Notarial y del Código Civil citados por el recurrente a comienzos de su argumentación, sino que el insuficiente «inserto» del título sucesorio fundamental impedía al Registrador el ejercicio pleno de la función calificador que le es propia, y en cumplimiento de su deber no pudo menos que señalar el defecto. Que la argumentación en contra del recurrente se basa en una infravaloración unilateral del significado del auto como título principal, tanto a los efectos sucesorios como registrales: 1.º En el aspecto sustantivo el auto concreta personalmente el llamamiento legal y constituye el título sucesorio fundamental. 2.º En el aspecto procesal es evidente que la resolución judicial se documenta testimonialmente por el Secretario judicial, conforme al artículo 252 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En esta materia,

pues, la fe pública judicial es previa y prevalente sobre la notarial. 3.º En el terreno registral, y por lo que respecta al artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ya fue interpretado por la Resolución de 11 de febrero de 1931. A tales efectos, el artículo 14.1.º de la referida Ley es tan claro y específico que no caben interpretaciones *a contrario*, basadas en meras disquisiciones sobre formas documentales, bien en otras disposiciones de menor rango o no específicas. Que el artículo 33 del Reglamento Hipotecario precisa el concepto de título inscribible, aunando los aspectos material y formal. Este precepto sugiere las consideraciones siguientes: 1.ª Que la escritura de «previa adjudicación herencial» presentada no es el título en que fundan inmediatamente su derecho sucesorio los otorgantes, éste no es otro que la declaración judicial dictada abintestato. Es claro, pues, que la escritura de adjudicación, por el mero hecho de su otorgamiento (art. 1.218 del Código Civil), ni suple al título ni se antepone a él, pues su objeto legal es determinar los bienes y adjudicaciones concretas a cada heredero o partícipe, como expresa el párrafo 2.º del citado artículo 14.2.º. El Registrador exigió, además, la presentación de los certificados de defunción y últimas voluntades del causante porque son documentos complementarios, cuya no presentación o relación suficiente en el título impide la inscripción, conforme al artículo 78 del Reglamento Hipotecario, y en este caso ni siquiera se mencionaban en el inserto 3.º. Por otra parte, en el caso presente tampoco se cumplieron esas otras formalidades necesarias para que el título presentado al Registro sea plenamente fehaciente e inscribible. Así pues, la doctrina hipotecaria señala que el testamento o la declaración de herederos abintestato o el contrato sucesorio son el título de sucesión hereditaria a efectos registrales y nunca documento complementario. Con todo, y admitida la práctica del testimonio por exhibición, éste ha de ser expedido en legal forma. Que refiriéndose brevemente a la calificación registral establecida en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, precepto corroborado por el artículo 99 del Reglamento Hipotecario en materia de documentos judiciales, sometidos a calificación. Al aplicarse tales preceptos al caso debatido y en base al escueto «inserto», el Registrador no puede juzgar si el testimonio judicial fue expedido en legal forma o si el auto coexiste con un testamento que nombra legatario de cosa específica, etc., y 4.ª En el específico campo de la reglamentación notarial, el recurso se basa en una pretendida diferenciación sustancial entre el «inserto» y las copias y testimonios, con objeto de negar que a los insertos les sean aplicables las prevenciones reglamentarias que afectan a los demás instrumentos. Tal argumentación no es convincente por las siguientes razones: 1.ª Las que derivan de la Resolución de 7 de junio de 1944 y del artículo 251 del Reglamento Notarial. 2.ª Porque no hay verdadera contraposición a efectos autenticadores entre el inserto y el testimonio (véanse arts. 166 y 237 del Reglamento Notarial y Resoluciones de 26 de noviembre de 1971, 27 de febrero de 1982 y 19 de noviembre de 1985, entre otras). 3.ª Que aparte de lo que se desprende del artículo 251 del Reglamento Notarial, lo que es indudable es que el «inserto» se refiere siempre a documentos (arts. 166, 237 y 251 del Reglamento Notarial) otorgados o autorizados en distinto momento a la escritura a la que se insertan o unen, incluso a documento que no obra en el mismo protocolo ni siquiera es notarial, sino judicial. En el caso que se estudia no se cumplió la prevención reglamentaria establecida para cuando la inserción es parcial, careciendo, pues, de fehaciencia el inserto tal como se realizó. Que la alegación del recurrente de que los artículos citados no son aplicables a los autos de declaración de herederos carece de base legal y

supone un radical trastocamiento de la cuestión debatida. Segundo: Que en lo que se refiere al segundo defecto, examinando la argumentación del recurrente, cabe distinguir: 1.º Que sí había razón para el nombramiento del defensor judicial y es de suponer que el señor Juez la haya tenido en cuenta, al acceder a la petición de la promovente, al citar como fundamento legal del auto los artículos 163 y 299 del Código Civil. Que hay que remitirse a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 2.100 y 2.030, que por separado regulan un acto de jurisdicción voluntaria respecto de la enajenación de bienes de menores, y por otro, un verdadero juicio, el de abintestato. 2.º Que no hay intereses paralelos entre madre e hijos, y el supuesto se encuadra en el actual artículo 163 del Código Civil reformado, y que como ya afirmó la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1969, respecto del anterior artículo 165 (de contenido idéntico) tiene carácter rigurosamente imperativo. Que interesa destacar que un supuesto exactamente igual es el resuelto por la Resolución de 25 de enero de 1928. Que en definitiva, no hay que olvidar que no siendo todos los herederos mayores de edad y capaces han de cumplirse otros preceptos del mismo cuerpo legal, como el 163 ó 106 y 1.061. Que hay que añadir los siguientes razonamientos: a) Que el artículo 163 actúa por vía preventiva y no sancionadora. Así pues, si falta el requisito de la intervención del defensor, que afecta a las legitimaciones, no puede practicarse la inscripción, aunque se alegue o demuestre *a posteriori* que el negocio resulta ser económicamente perfecto y equilibrado; b) Que reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de la Dirección General ha establecido la existencia de oposición de intereses entre el viudo y sus hijos menores en casos como el que se estudia. Tercero: Que con relación al tercer defecto de la nota de calificación, el recurrente afirma que es equívoca y superflua la frase en cuestión, agregada sin sentido a la adjudicación. En consecuencia, el defecto se acepta por el recurrente.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias confirmó la nota del señor Registrador fundándose en que la finalidad del auto judicial firme no es complementaria del llamamiento legal, sino más bien constitutiva de la condición de heredero, y en que al constituir la previa adjudicación herencial el anticipo de una operación de la partición de la herencia, como es la adjudicación, aquélla ha de entenderse como uno de los actos en que necesariamente tiene que intervenir el defensor judicial.

VI. El Notario recurrente, a efectos doctrinales, apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: El auto judicial no es constitutivo de la condición de herederos, los herederos intestados los determina la Ley. El auto presidencial se pronuncia dubitativamente y no considera ninguno de los artículos invocados por el Notario autorizante como fundamento de que la fe pública notarial cubre al inserto del testimonio del auto en el cuerpo de la escritura que obliga al Registrador a reconocerla. Que el inserto fue total y, por tanto, la inclusión de la cláusula discutida no tiene sentido. Que para este caso es innecesario el nombramiento del defensor judicial, como dice la Sentencia de 17 de junio de 1903 en un caso análogo.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 162, 163, 839, 1.217 y 1.218 del Código Civil; 3, 14 y 18 de la Ley Hipotecaria; 33, 51, 76 y 78 del Reglamento Hipotecario; 162, 237 y 251 del Reglamento Notarial, y las Resoluciones de 27 de enero de 1987, 14 de marzo de 1991, 10 de marzo de 1994 y 6 de febrero de 1993.

1. Como no ha sido combatido el tercero de los defectos expuestos por el Registrador en su nota de calificación, este recurso, interpuesto a efectos doctrinales por el Notario autorizante, ha de limitarse al examen de los dos primeros defectos de esa nota. La cuestión gira en torno a la inscripción en una escritura denominada de «previa adjudicación herencial», por la cual la viuda y única compareciente, actuando en nombre propio y en el de sus hijos menores de edad, adjudica una finca ganancial procedente de la herencia intestada de su marido en la proporción de una mitad indivisa en propiedad a ella misma en concepto de imputación a su cuota en la sociedad de ganancias, adjudicando la otra mitad indivisa de la finca a ella y a los dos hijos en usufructo y en propiedad en la misma proporción que corresponde a una y otros en la herencia del causante.

2. El primero de los defectos observados por el Registrador consiste en no haberse acompañado el auto judicial de declaración de herederos abintestato del causante, relacionado, pero no testimoniado en la escritura, ni tampoco los certificados de defunción y últimas voluntades de aquél. Es claro que este segundo extremo de la nota no puede ser confirmado, porque la presentación de esos documentos complementarios sólo es exigida por el artículo 76 del Reglamento Hipotecario cuando se trata de herencia testada (cfr. su párrafo primero), mientras que para la inscripción en bienes por herencia intestada basta con consignar los particulares de la declaración judicial —hoy, en su caso, notarial— de herederos (cfr. párrafo segundo). La diferencia de régimen es perfectamente explicable a la vista de que la declaración de herederos abintestato presupone forzosamente que al órgano competente se habrán aportado esos certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad.

3. Consiguientemente, la cuestión se reconduce a determinar si de los términos de la escritura puede deducirse que quedan debidamente acreditados los particulares de la declaración de herederos, que habrán de ser calificados por el Registrador, y, en su caso, reflejados en la inscripción. En el exponendo I de la escritura calificada la otorgante afirma que el causante falleció en Oviedo el 23 de mayo de 1985 en estado de casado con la compareciente, de cuyo matrimonio deja dos hijos, sin haber otorgado testamento, siendo sus herederos abintestato sus citados dos hijos sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria de su cónyuge, en virtud de auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Oviedo el día 1 de octubre de 1985; y a continuación el Notario autorizante añade: «lo que me acredita con un testimonio del auto firme expedido por el Secretario de dicho Juzgado —se señala su nombre y apellidos— el 7 de octubre de 1985».

4. La actuación del Notario al recoger en la escritura los particulares significativos de la declaración judicial de herederos se ha ajustado a lo previsto en el artículo 251 del Reglamento Notarial, que le faculta para expedir en relación testimonios por exhibición de documentos que tiene a la vista. No se trata, pues, de un testimonio literal parcial, que exigiría añadir —lo mismo que ocurre en los poderes (cfr. art. 166 del Reglamento Notarial) y en las copias (cfr. art. 237 del Reglamento Notarial)— la indicación de que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja, modifique o condicione lo inscrito, porque no se trata de una inserción, sino de una relación de particulares del documento, precisamente de los básicos para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción, establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

5. El segundo de los defectos de la nota de calificación hace referencia a que no ha comparecido en la escritura el defensor judicial de los menores, ya nombrado cuando se autoriza aquélla. Es decir, se estima que en la adjudicación hereditaria efectuada existen intereses opuestos entre la viuda y los hijos, de modo que cesa la representación legal de la primera (cfr. art. 162 del Código Civil) y los hijos menores han de estar representados por el defensor judicial (art. 163 del Código Civil). Determinar caso por caso si en una partición de herencia los intereses del cónyuge superviviente y los hijos menores son contrapuestos o paralelos es una tarea difícil y que ha dado lugar, como es sabido, a dudas doctrinales y jurisprudenciales.

Cuando la partición se efectúa sobre un único bien hereditario que se adjudica en porciones indivisas coincidentes con las cuotas hereditarias correspondientes a cada partícipe, puede entenderse que se trata de una operación sin trascendencia económica y que los eventuales perjuicios para los hijos son futuros e hipotéticos, porque sólo pueden aparecer si durante la minoría de edad de los hijos se procede a la división material o a la disolución de la comunidad romana formada. Los intereses del cónyuge viudo y de sus hijos menores son paralelos, de suerte que es innecesaria la intervención del defensor judicial. Así lo han entendido, para los asuntos específicos en ellos examinados, las Resoluciones de este Centro Directivo de 27 de enero de 1987 y de 10 de enero de 1994.

6. Ahora bien, el caso actual viene singularizado por dos circunstancias que se examinan a continuación y que obligan a estimar que la representación legal de la viuda sobre sus hijos menores ha sobrepasado los límites legales y que, por existir intereses contrapuestos entre una y otros, la representación legal de los hijos corresponde al defensor judicial.

7. La primera circunstancia se encuentra en que el bien sobre el que recae la adjudicación indivisa es presuntivamente ganancial. En efecto, fue adquirido sólo por el marido en 1979 por título de compra y sin justificación alguna sobre la procedencia del precio. En esta situación el carácter ganancial del bien adquirido resultaba de la presunción legal de que la contraprestación procedía del caudal común (cfr. arts. 1.401.1.º y 1.407 del Código Civil entonces vigente). Consiguientemente, la presunción legal de ganancialidad puede ser destruida también en el momento de la partición por prueba en contrario. De este modo, el acto unilateral efectuado por la viuda atribuyendo definitivamente el carácter de ganancial al bien adjudicado puede suponer, en el caso de que llegara a demostrarse el carácter privativo del precio pagado por el marido, una disminución considerable en la cuota hereditaria correspondiente a los hijos menores. Por esto, para la formación del inventario de los bienes relictos es imprescindible la intervención del defensor judicial, porque ya en la formación del inventario pueden surgir controversias entre madre e hijos respecto de: a) los bienes que integran la sociedad de gananciales y los que, por ser privativos del causante, han pasado al caudal hereditario; b) qué bienes gananciales han de integrarse en este caudal en pago de la cuota indivisa que en el consorcio conyugal disuelto correspondía al cónyuge premuerto o a sus herederos.

8. La segunda circunstancia está en el hecho de que la partición de herencia ha sido parcial, como se califica en la propia escritura, en la que el bien adjudicado se afirma que queda entre otros dejados por el causante. Por lo tanto, la partición de estos bienes restantes que hubieran de realizar conjuntamente la viuda y el defensor judicial quedaría en gran medida condicio-

nada y limitada por la adjudicación previa formalizada en la escritura debida. Ya no sería posible, en efecto, sin una rectificación la adjudicación total en pleno dominio de todos los bienes relictos, de modo que las facultades del defensor judicial para representar a los menores en esa partición posterior que se anuncia quedarían predeterminadas y prejuzgadas por el resultado de una actuación unilateral anterior de la viuda. Esta anticipación sin retorno de la partición futura aparece aún más clara respecto de la cuota usufructuaria indivisa adjudicada a la viuda, ya que la misma dificultad que más tarde, por mutuo acuerdo, o en virtud de mandato judicial, se proceda a conmutar el usufructo viudal en las formas previstas por el artículo 839 del Código Civil.

Esta Dirección General ha acordado, con revocación parcial del auto, confirmar el segundo defecto de la nota de calificación.

Madrid, 3 de abril de 1995.—El Director general, *Julio Burdiel Hernández*.

Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Comentario.—Estas resoluciones sientan el criterio de que no es preciso el nombramiento de defensor judicial en la disolución de la sociedad de gananciales y posterior partición en que el cónyuge viudo interviene por sí y en representación de un hijo o hijos menores si los bienes que integran la herencia se adjudican en la proporción prevista en el testamento o en la Ley, constituyendo una comunidad romana entre dicho cónyuge supérstite y los distintos herederos, porque en este caso consideran que no hay conflicto de intereses; si bien la última lo exige si se trata de partición parcial.

La cuestión fundamental planteada por estas Resoluciones, que, por otra parte, se separan de la doctrina histórica de la DGRN, es, pues, determinar si en el supuesto planteado existe o no el indicado conflicto. A mi juicio, desde un punto de vista teórico, la respuesta sólo puede ser afirmativa, como trataré de demostrar a través de la delimitación, por un lado, del concepto de «conflicto de intereses», y por otro, del análisis de las relaciones que en la disolución de la sociedad de gananciales son susceptibles de provocarlo.

I. La materia de los supuestos en que es necesario nombrar defensor judicial viene regulada en los artículos 299, 162, 163 y 221 del Código Civil que transcribimos a continuación en lo que afecta a este comentario.

El artículo 299 del Código Civil dispone que: «Se nombrará defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos: 1. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador...»

El artículo 162 exceptúa de la representación legal de los padres: «2.º Aquellos actos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo».

Por su parte, el artículo 163 establece que: «Siempre 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».

Y el artículo 221, que: «Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar: 2. Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses».

De la combinación de estos artículos se extrae la consecuencia de que cuando en un asunto (patrimonial o personal) se produzca un conflicto de intereses entre menores, incapacitados o pródigos y sus representantes legales o el curador, se procederá a la designación de un defensor judicial.

Los citados artículos 299, 162 y 221 utilizan la expresión «conflicto de intereses», pero otros artículos del mismo Código usan otras expresiones distintas, aunque con idéntico significado según la generalidad de los comentaristas (ejemplo, AMORÓS GUARDIOLA, SANCHEZ REBULLIDA, BADOSA COLL, PUIG FERRIOL o FLORENSA TOMÁS). Así, el Código Civil utiliza indistintamente las locuciones «conflicto de intereses» (arts. 162.2, 163.2, 221.2, 244.4 ó 299.1), «oposición de intereses» (arts. 237 bis o 236.2, derogado), «interés opuesto» (arts. 163.1 y 165.1, derogado) o «incompatibilidad de intereses» (art. 237 bis); pero sin precisar el contenido de dichos conceptos, dejando a los Tribunales la resolución en cada caso del problema.

La doctrina también se ha mostrado remisa en buscar una definición, aunque no han faltado autores que han propuesto un concepto del conflicto, entre los que destaca la definición de don JERÓNIMO GONZÁLEZ (recogida en Sentencia de 6 de noviembre de 1934), según el cual: «existirán intereses opuestos en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo»; definición que ampliada al régimen de la tutela y curatela, por un lado, y a los asuntos de carácter personal, por otro, es válida en la actualidad.

Pero esta y otras definiciones sólo tienen un valor orientador, porque es difícil dar en esta materia reglas generales dada la diversidad de situaciones prácticas susceptibles de configurar un conflicto de intereses, debiéndose, por tanto, calificar cada caso concreto ponderando las circunstancias particulares que en él concurran.

Conviene, no obstante, delimitar el concepto de «conflicto de intereses» para lograr, en lo posible, una uniformidad que evite la inseguridad jurídica. Y ello se puede conseguir, por un lado, diferenciando o excluyendo de él las situaciones de «reciprocidad de intereses» y de «concurrencia o coincidencia de intereses» con las que podría confundirse, y por otro, señalando sus características fundamentales.

II. El «conflicto de intereses» significa, según la opinión dominante, que una de las partes de la relación jurídica no puede ver satisfecho su interés (en todo o en parte), puesto que la compatibilidad en esa mutua satisfacción es imposible (art. 237 bis), y ello independientemente del comportamiento tenido por el representante, pues esa incompatibilidad resulta de la situación *previa y objetiva* de los intereses que son por sí mismos inconciliables.

El conflicto de intereses existe, por tanto, siempre que el beneficio patrimonial de una de las partes sea en perjuicio del patrimonio de la otra (Sentencia de 30 de noviembre de 1961) y ello carezca del adecuado fundamento jurídico. Como afirma ALONSO PÉREZ: «la incompatibilidad de intereses obedece, en el fondo, a la vieja idea del enriquecimiento sin causa».

La «reciprocidad de intereses», por su parte, es propia de la relación jurídica onerosa (el art. 1.289.1 *in fine*, en sede de interpretación de contratos, dice que «si el contrato fuese oneroso la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses») y se caracteriza porque dos intereses pertenecientes a personas distintas pueden satisfacerse simultáneamente, «es decir, que su satisfacción es compatible» (BADOSA COLL en *Comentarios a las reformas de*

nacionalidad y tutela), aunque sea desequilibrada en el sentido de que un sujeto puede obtener mayor satisfacción de su interés que el otro.

Según BADOSA COLL, en base al propio artículo 1.289.1 («mayor reciprocidad»), la reciprocidad de intereses admite grados, de modo que no exige que el grado de tal satisfacción sea idéntico para los dos implicados. La reciprocidad implica satisfacción *simultánea* de intereses, no que además sea equivalente, y que lo sea o no dependerá de la relación jurídica concreta, no de la situación objetiva de los propios intereses.

La exclusión de la «reciprocidad de intereses» deriva, además de las diferencias antes expuestas, del propio artículo 221 del Código Civil, cuyo número 3.º se ocupa de las relaciones onerosas («reciprocidad») como situación diferenciada del «conflicto de intereses» del número 2.º, que se puede dar, además, tanto en las relaciones onerosas como gratuitas.

Igualmente, debe excluirse del concepto «conflicto de intereses» la «concurencia o coincidencia de intereses», esto es, de la situación en que existe una identidad de aspiraciones entre los sujetos implicados, pues como afirma don JERÓNIMO GONZÁLEZ: «la simple coincidencia de intereses no autoriza para solicitar el nombramiento de un defensor judicial». Coincide con el conflicto de intereses en que ambas son situaciones que existen previamente a una determinada relación jurídica, al contrario de la reciprocidad de intereses como ya se ha expuesto.

No obstante, la concurrencia de intereses es, a su vez, una situación teórica previa que puede desembocar en un conflicto de intereses, por lo que debe ser calificada con gran cuidado dado que la defensa del menor o incapacitado es una cuestión de orden público, que se antepone incluso al principio de seguridad del tráfico jurídico, que asimismo se ve garantizado al prevenirse una posible ineficacia del acto o contrato concluido existiendo conflicto.

Todas estas exclusiones encuentran su fundamento y razón en el deber que tienen los cargos protectores de origen legal de ejercer sus funciones procurando el beneficio de sus protegidos (arts. 154.2 y 216 CC), de donde se infiere que la regla general en las relaciones entre cargo protector y sujeto protegido no es la del «conflicto de intereses», el cual, por tanto, debe ser interpretado estrictamente —que no restrictivamente—, no siendo necesario nombrar defensor judicial cuando lo que exista sea concurrencia o paralelismo de intereses o incluso intereses distintos aunque no opuestos.

III. Hechas estas precisiones, veamos qué características deben darse, según la doctrina y jurisprudencia dominantes, para poder hablar de conflicto de intereses en sentido estricto, las cuales nos ayudarán en cada caso concreto a apreciar su existencia o no.

A) En primer lugar, el conflicto debe ser REAL y OBJETIVO. Real en el sentido de que los intereses sean auténticamente incompatibles y no se trate de una de las otras figuras examinadas (intereses paralelos o simplemente distintos). Se entiende que la incompatibilidad de intereses suele o puede producir un perjuicio para el representado, lo que hace necesario tomar medidas de precaución.

Objetivo porque el conflicto debe tener por causa una situación objetiva previa, es decir, que los intereses han de ser antagónicos *por sí mismos*, independientemente del comportamiento concreto observado o que vaya a tener el representante en la relación de la que deriva el conflicto.

B) El conflicto de intereses debe ser también ACTUAL, en el sentido de que en el momento de la realización del acto o negocio por el representante subsistan aquellas condiciones objetivas de las cuales deriva el peligro de daño para el representado. Así, tanto el artículo 163 («siempre que en algún asunto el padre y la madre TENGAN un interés opuesto al de los hijos») como el 299.1 del Código Civil («cuando en algún asunto EXISTA conflicto de intereses») utilizan el verbo en presente.

Debe tenerse en cuenta que este requisito es independiente, como ya ha sido señalado, de si las consecuencias dañosas, económicas o no, de la relación jurídica en oposición se producen o no, incluso si la actitud del representante es lo que las evita.

Este carácter actual lleva a excluir de la necesidad de nombrar defensor judicial tanto a la eventualidad del conflicto, es decir, la simple consideración de que pueda o no producirse, como a la previsión futura del mismo, aunque pueda contemplarse como seguro su advenimiento, e incluso con el peligro que de ello pueda derivarse (ver Resolución de 1 de julio de 1976).

C) Algunos autores, como FLORENSA TOMÁS, añaden el requisito de la IMPORTANCIA, la cual entendemos que debe ser OCASIONAL, es decir, recaer sobre asuntos, negocios o relaciones jurídicas concretas y no reiteradas, pues los artículos 299.1 y 163 del Código Civil contienen la expresión «algún asunto», y el 221.2 la palabra «acto» utilizando siempre el singular. La falta de este requisito, como trataremos de demostrar, hace improcedente el nombramiento de defensor judicial, debiendo solventarse el conflicto por otros procedimientos.

Así, si el conflicto es intrascendente, es decir, se trata de una simple diferencia de criterio entre representante y representado en asuntos que podríamos denominar de la vida cotidiana, el mismo debe ser resuelto por los padres o tutores en el ejercicio normal de su función y de acuerdo con el deber de obediencia y respeto de los menores o incapacitados hacia ellos (arts. 155.1 y 268 CC).

Y si el conflicto es importante pero se caracteriza, como indica MORENO QUESADA, por una cierta permanencia en el tiempo, es decir, que afecta a reiteradas actuaciones del representante y no sólo a una relación jurídica concreta, lo procedente es la remoción de la tutela o curatela, o la privación de la patria potestad o la suspensión en su ejercicio (*ex* arts. 247, 291 y 170 CC en relación con el art. 244.4, según el cual: «no pueden ser tutores: 4. Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado»).

D) La oposición de intereses, por último, ha de existir entre todos los representantes legales, por un lado, y el representado, por otro. Así, si el conflicto sólo existe con uno de los padres, el párrafo 2.º del artículo 163 respecto a la patria potestad dispone que será el otro padre, sin necesidad de especial nombramiento, quien represente al menor. Bien entendido que tanto si la titularidad o el ejercicio (la representación es atributo de ésta) de la patria potestad corresponde sólo al progenitor que tiene el conflicto, no se dará el supuesto del artículo 163 y, por tanto, será necesario que la autoridad judicial nombre al defensor.

Esta misma solución de no necesidad de especial nombramiento es la recogida en el párrafo 1.º del artículo 299 respecto de la tutela ejercida conjuntamente por ambos padres y en el artículo 237 bis respecto a la ejercida por tutores mancomunados en general, y es también aplicable a los tutores solidarios dado la propia naturaleza de la solidaridad.

IV. Por último, antes de examinar si en el supuesto de las resoluciones existe conflicto de intereses, conviene señalar que un sector reducido de la doctrina, siguiendo a DONISÍ, entiende, sin embargo, que la finalidad de la NORMA es, más que prevenir un conflicto de intereses, neutralizar las consecuencias dañosas que del mismo podrían derivarse, es decir, que hay que estar al daño concreto producido al representado por un anormal ejercicio del poder de representación para que se deba nombrar defensor judicial. Si sólo se atiende al mero conflicto de intereses, dicen, se tendrán graves dificultades de orden probatorio, que no se producirán si se atiende a la concreta lesión, pues ésta será más fácilmente demostrable.

Esta tesis es la que parecen defender las resoluciones que comentamos, apartándose de una constante jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Pero incluso los partidarios de esta tesis del «daño producido» excluyen de la misma a la representación legal entendiendo que la Ley contempla en este caso el conflicto de manera objetiva, es decir, que la mera existencia de intereses contrapuestos es suficiente, por sí sola, para que se suspenda la legitimación legal del representante. Y ello porque este tipo de representación tiene por finalidad la salvaguardia de los intereses de personas que no pueden actuar por sí solas, lo que lleva a la Ley a excluir del criterio de los padres o del tutor la decisión de la existencia o no de un conflicto de intereses entre ellos y su hijo o pupilo.

V. En las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales (que son de carácter previo a la formación del caudal relicto) existen evidentemente, a mi juicio, intereses contrapuestos entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto en el sentido antes sentado de conflicto real, objetivo, actual, importante y ocasional, que debe apreciarse *a priori* y en el que no influye el comportamiento del representante.

Esta oposición se da, en primer lugar, en la misma determinación, por el INVENTARIO, de los bienes gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales (ganancial, privativos de uno u otro cónyuge, etc.) que no viene resuelto automáticamente (salvo cuando la cualidad conste en el título de constitución), ya que la presunción de ganancialidad no es indestructible y además el fenómeno de la desinscripción (grande todavía en zonas rurales o cuasi rurales) propicia que muchas veces dicha determinación quede al arbitrio del cónyuge superviviente que puede excluir del inventario como suyos bienes que no lo son o atribuir carácter ganancial a los privativos del otro cónyuge. En este sentido, no es extraño encontrar en las escrituras públicas títulos del siguiente tenor: «le pertenece privativamente por justos y legítimos títulos»; «por herencia de sus padres sin que lo acredite documentalmente»; etc.

De lo dicho se infiere que la determinación de qué bienes son gananciales, la posible existencia de otros bienes distintos de los inventariados, el distinto valor que puede darse a los mismos al formar el inventario e, incluso, la posible existencia de créditos del cónyuge premuerto frente al sobreviviente o viceversa (y no sólo de otras deudas del causante frente a terceros como hablan las resoluciones), claramente demuestran la posibilidad de conflicto de intereses entre el menor y el cónyuge viudo que ejerce la patria potestad y, por tanto, la necesidad de nombramiento de un defensor judicial.

La exigencia del párrafo tercero del artículo 1.057 del Código Civil de que la formación del inventario en las particiones hechas por contador-partidor y en las que existan herederos menores de edad, incapacitados o pródigos, debe

verificarse con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas; o la de la intervención del Ministerio Fiscal en el inventario en la partición en que exista un ausente del artículo 191 del mismo Código corroboran la importancia excepcional que el Código concede al INVENTARIO como base fundamental sobre la que descansan las demás operaciones particionales.

Todo lo expuesto venía siendo reconocido por la Dirección General en numerosas resoluciones, entre cuyos pronunciamientos destacan los siguientes: «La inclusión o exclusión de determinados bienes en el INVENTARIO de una herencia implica por sí sola una incompatibilidad de intereses entre el padre y el hijo (R. de 17 de julio de 1915); «En las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales tienen, evidentemente, intereses contrapuestos la viuda y los herederos del cónyuge difunto, y esta oposición se da en la misma determinación por el inventario de los bienes que son gananciales» (R. de 14 de marzo de 1991), o la de las Resoluciones de 30 de enero de 1915 y 13 de mayo de 1916 que exigían la necesidad de nombrar defensor judicial, sólo para intervenir en el INVENTARIO, en supuestos de partición por contador al ser el padre coheredero de su hijo menor.

Incluso la Resolución de 3 de abril de 1995 (la tercera de las comentadas y posterior a las que suponen el cambio de criterio) considera necesaria la intervención de defensor judicial en el supuesto que resuelve por dos circunstancias: la primera que se trata de una partición PARCIAL y la adjudicación que en ella se hace condicionaría la partición definitiva e incluso dificultaría el ejercicio del derecho a conmutar el usufructo viudal que el artículo 839 del Código Civil concede a los herederos. Y la segunda que el único bien sobre el que recae es presuntivamente ganancial y sólo fue adquirido por el premuerto, por lo que admite prueba en contrario y no es procedente que sólo una manifestación unilateral del cónyuge supérstite le atribuya definitivamente el carácter de ganancial con posible perjuicio de los hijos menores.

Pero la realidad es que todas las particiones pueden ser parciales, pues no es infrecuente la realización *a posteriori* de particiones ADICIONALES de bienes olvidados en una teórica partición total, en todas las particiones el sobreviviente puede excluir bienes del otro cónyuge o gananciales como suyos si no existe título como ya se ha expuesto, e incluso cuando los dos cónyuges compraron para la sociedad conyugal existe peligro de perjuicio para los herederos, ya que el dinero o contraprestación pudo haber sido privativo pese a lo manifestado por el premuerto en el momento de la adquisición, no pudiendo perjudicar esa confesión a los herederos forzosos por aplicación analógica del artículo 1.324 del Código Civil; por todo lo cual los expresados argumentos de la última Resolución valen con carácter general para todas las particiones.

VI. En otro aspecto, es evidente que, como reconocen las resoluciones, existe un claro conflicto de intereses si se adjudican bienes concretos o se conmuta el usufructo del cónyuge sobreviviente; pero en rigor también existe cuando se convierte la sociedad de gananciales en *pro indiviso* ordinario. No me imagino a la Dirección General admitiendo la validez de una transformación de un bien ganancial en *pro indiviso* por partes iguales entre los esposos llevada a cabo por uno solo de ellos en base a un poder general para vender, comprar, extinguir comunidades de bienes, etc., en el que no se salva la autocontratación y la contraposición de intereses.

En realidad la liquidación de la sociedad de gananciales supone, como ya se ha indicado, el deslinde de los derechos entre los herederos y el cónyuge supérstite y el establecimiento de las bases que en su día habrán de servir para la división y adjudicación, cosas que implican un verdadero CONTRATO entre las expresadas partes, sobre intereses que se excluyen recíprocamente y por ende son incompatibles; es decir, que existe objetivamente un conflicto de intereses y ello cualesquiera que sea la forma de resolverlo, ya adjudicando bienes concretos, ya constituyendo una comunidad romana, pues en ambos casos se transforma un derecho abstracto en un derecho concreto.

La dicción de los artículos 1.428 y 406 del Código Civil que declaran aplicables a la disolución de la sociedad de gananciales y de la comunidad romana las reglas de la partición hereditaria, demuestran que todas ellas tienen la misma naturaleza jurídica y que tan completa y perfecta (definitiva), tan susceptible de ofrecer ventajas e inconvenientes, es la distribución de los bienes relictos mediante la adjudicación de fincas determinadas como de porciones indivisas de las mismas, por lo que en ambos casos existirá conflicto de intereses. Por ejemplo, el viudo podría enajenar onerosamente su usufructo (y en su caso mitad indivisa) de una finca con beneficio económico propio ante una futura desvalorización, y además los hijos se verían abocados a soportar una posible mala gestión del comprador, cosa que no sería factible si no se hubiere hecho la transformación de la comunidad.

Es verdad que esa posibilidad expuesta al final del párrafo anterior no entra dentro del verdadero concepto de conflicto de intereses por incumplir el requisito de actualidad (se trata de una posible pero improbable eventualidad); pero es que, como ya hemos dicho al hablar de dicho concepto, basta con la simple posibilidad de que el cónyuge sobreviviente pueda adjudicarse bienes concretos (la cual existe siempre) para que decaiga su representación legal y el Notario se niegue a autorizar la escritura si no interviene un defensor judicial, sin preguntar siquiera como aquél pretende adjudicar los bienes, pues la determinación de si esa adjudicación supone perjuicio o no para los representados no le corresponde ni al Notario ni al Registrador, sino al Juez.

Por último, conviene señalar que la determinación de la vecindad civil del premuerto al tiempo del fallecimiento, de la que derivan derechos sucesorios del cónyuge supérstite distintos según cual sea la misma, depende, en la mayoría de las ocasiones, de la simple manifestación de éste, y ello implica también una contraposición de intereses.

La única razón, pues, por la que puede sostenerse el criterio de estas resoluciones es el principio PRACTICO de economía jurídica en el sentido de descargar de trabajo a los Tribunales de Justicia en aquellos casos en que la partición no produce un daño actual al representado. Pero, como no me cansaré de repetir, el Código Civil en los artículos antes transcritos, para exigir el nombramiento de un defensor judicial (siguiendo el mismo criterio que en el artículo 1459.2.º para prohibir la autocompra del mandatario) atiende a la mera existencia objetiva del conflicto de intereses y no a la existencia de una efectiva lesión, considerando, por tanto, que aquel por sí sólo es suficiente para que se tomen las adecuadas medidas de protección; dicho con otras palabras, actúa de una manera preventiva y no sancionadora, haciendo cesar la representación legal sin esperar a que se produzca, o no, la lesión.

A. V. F.-R.