

1.4. Sucesiones

Conflicto de intereses en la representación legal de menores en una herencia

Conflict of interest in the legal representation of minors in an inheritance

por

M^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE*
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM.

RESUMEN: *La excepción a la representación legal de los hijos menores por parte de los padres (art. 162 CC) solo se aplica cuando hay un conflicto real de intereses. Este conflicto se define por la existencia de una situación en la que los intereses del representante (progenitor) tienen una ventaja significativa sobre los del representado (menores). En otras palabras, la excepción no se activa por la mera posibilidad de un conflicto hipotético, sino cuando se puede demostrar un detrimento directo y tangible a los intereses del menor.*

Se excluye 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 de que trate.

Por otro lado, la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante del menor o de la persona con discapacidad, sino que exige el nombramiento de un defensor judicial.

ABSTRACT: *The exception to the legal representation of minor children by parents (art. 162 CC) only applies when there is a real conflict of interests. This conflict is defined by the existence of a situation in which the interests of the representative (parent) have a significant advantage over those of the represented (minors). In other words, the exception is not triggered by the mere possibility of a hypothetical conflict, but when a direct and tangible detriment to the interests of the minor can be demonstrated.*

* Número de investigador. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2814-6701>

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyo equipo de investigación soy Directora.

The mere hypothetical danger or the mere assumption that a conflict could occur if circumstances not proven in the file in question occur is excluded from the assumption provided for by the rule.

On the other hand, the assessment of the non-existence of a conflict cannot be made by the representative of the minor or the disabled person himself, but requires the appointment of a legal defender.

PALABRAS CLAVE: Conflicto de intereses. Representación legal de menores. Herencia

KEYWORDS: Conflict of interest. Legal representation of minors. Inheritance

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS HIJOS MENORES (DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE CUANDO HAY CONFLICTO DE INTERESES).—III. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE REPRESENTANTE Y REPRESENTADO MENOR DE EDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFIA.—VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—VII. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente estudio, vamos a analizar la *representación legal de menores y la necesidad de nombrar defensor judicial cuando hay un conflicto de intereses entre los progenitores y los menores*.

Para ello vamos a partir de la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y fe pública de 17 de octubre de 2024 en donde se considera por el registrador que la escritura de liquidación de gananciales y partición de la herencia puede conllevar la existencia de un conflicto de intereses entre la viuda, y las hijas menores. La DG estableció que la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición de la herencia se han realizado conforme a Derecho y respetando estrictamente las cuotas legales. No se ha demostrado la existencia de un conflicto real de intereses que perjudique a las hijas menores. En ausencia de un conflicto real y tangible, conforme a la doctrina establecida por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, no es necesario el nombramiento de un defensor judicial. Por tanto, la calificación negativa debe ser revocada y proceder a la inscripción solicitada.¹

El Título VII del libro Primero del Código Civil se refiere a *las relaciones paterno-filiales*, y su capítulo II trata de *la representación legal de los hijos*. Pues bien, el art. 162 del Código Civil declara que *los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados*, por lo que en principio bastará con la presentación del Libro de Familia o Certificado de nacimiento para reputar válida dicha representación.

Y en dicho precepto se recogen cuatro excepciones, que son las siguientes:

- *Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.*

- *Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.*
- *Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.*
- *Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste, si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158.*

Seguidamente, el artículo 163 regula detalladamente la excepción segunda mencionada anteriormente en los siguientes términos *“Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.*

Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.”

II. REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS HIJOS MENORES (DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE CUANDO HAY CONFLICTO DE INTERESES)

Así pues, la representación legal del menor de edad puede ser asumida, primero, por los padres que ostentan la patria potestad (art. 162 CC), bien conjuntamente, bien por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (arts. 154 y 156 CC), y, si no hubiera progenitores, por el tutor (art. 222 CC).

En el supuesto de los *menores de edad no emancipados* es de aplicación los arts. 162, 154 y 156 CC, pero hay que tener en cuenta la posibilidad de desacuerdo entre los progenitores titulares de la patria potestad (art. 156 CC), en cuyo caso, previa audiencia del menor, el juez atribuirá la facultad a uno de ellos, o, en su caso, distribuirá las funciones.

En los casos de *conflicto de intereses entre los progenitores y el hijo*, con el nombramiento de un defensor judicial (arts. 163 y 299 a 302 CC y art. 8.1 LEC) o *entre un progenitor y el hijo*, el otro asumirá en exclusiva la representación (art. 163, II, CC). Cuando se extingue la patria potestad y subsiste la minoría de edad aparece la tutela (art. 222, 1.º, CC), confiándose la representación legal al tutor (art. 267 CC), o tutores (art. 236 CC).

Y, ¿cuándo puede haber conflicto de intereses entre el titular o titulares de la patria potestad y el menor sometido a ella?

Por ejemplo, en relación con la *compra de bienes*. Cuando el o los progenitores en nombre propio y en representación de menores adquieren derechos iguales o no sobre un mismo bien, ¿se puede entender que hay conflicto de intereses entre ellos, lo que precisaría el nombramiento de un defensor judicial? Por ejemplo: si los progenitores compran el usufructo conjunto y sucesivo y para el hijo menor compran la nuda propiedad. Ocurriría lo mismo, cuando el conflicto tiene lugar entre tutores y menores sujetos a tutela o entre poderdante y apoderado: por ejemplo, el apoderado compra el usufructo para él y la nuda propiedad para el poderdante quien no le ha dado las facultades para actuar, aunque haya intereses iguales o contrapuestos.

¿Hay conflicto de intereses?

- Si los derechos son iguales en cuantía y naturaleza no habrá conflicto de intereses: da lo mismo comprar hoy una finca a nombre de los progenitores y el hijo o un día comprar una mitad indivisa para el menor y al siguiente adquirir la otra mitad indivisa los progenitores.
- Si los derechos son iguales en naturaleza, pero no en cuantía: alguien podrá entender que haya conflicto de intereses; por ejemplo, cuando el o los titulares de la patria potestad compran la mayoría de las acciones de una Sociedad y se compra para el menor un porcentaje minoritario....
- Si los derechos son distintos, debemos estar atentos: puede haber conflicto de intereses y entonces se precisará el defensor judicial. No es correcto que unos progenitores compren el usufructo de una finca, se aprovechen de su rentabilidad y compren para el hijo, empleando capital del mismo, la nuda propiedad que, de momento, nada le renta.

El conflicto puede surgir también en caso *de venta de bienes*. Nos referimos al supuesto de cuando el o los progenitores en nombre propio y en representación de menores enajenan derechos iguales, o no, sobre una mismo bien, ¿se puede entender que hay conflicto de intereses entre ellos, lo que precisaría el nombramiento de un defensor judicial? Sería el supuesto de si los progenitores son titulares de la nuda propiedad y el menor es usufructuario, ¿pueden actuar los progenitores (o el único titular de la patria potestad), debidamente autorizado cuando ello sea preciso, en el doble concepto: en nombre propio y además en nombre del menor? ¿Habrá conflicto de intereses? El mismo tema lo podemos plantear entre el discapacitado y el curador representativo. Y también entre poderdante y apoderado.

Pero, ¿hay conflicto de intereses? Se trata de un tema analizado por la Resolución de la DGRN de 3 de diciembre de 2003,² aunque referido a la tutela, pero aplicable al supuesto que nos ocupa, concretado en el actuar de los progenitores en nombre propio y en representación del menor. El supuesto se centra en el caso de existencia de autorización al tutor por el Juez para vender una finca de la que una persona con discapacidad era nudo propietario y su tutor usufructuario. Se cuestiona si hay conflicto de intereses, que exija el nombramiento de un defensor judicial, si su representante enajena el usufructo de que es titular.

El Registrador no practicó la inscripción por entender que era necesario el nombramiento de defensor judicial y en la defensa a su nota advierte que el Juez concede autorización para vender, pero no hace mención alguna a la contraposición de intereses o al nombramiento de defensor judicial. El Notario indica que el Juez autorizó la venta, y por tanto ha removido cualquier obstáculo que represente la posible contraposición de intereses, sabedor de los hechos y justificada la necesidad y utilidad de la enajenación.

La DGRN resuelve indicando que teóricamente podría haber contraposición de intereses en la apreciación de la conveniencia de vender, pero tal conveniencia está apreciada por el Juez al dar la correspondiente autorización. Por lo demás, dadas las circunstancias del caso —la finca pertenece pro indiviso a varias personas (entre ellas representante y representada) y se vende en su totalidad— no existe tal contraposición y, por ello, no es necesaria la intervención del defensor judicial.

El tema de la representación legal ha sido tratado por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en multitud de ocasiones.

La regulación de la existencia de conflicto de intereses en caso de representación está referida solamente a los menores de edad, si bien es aplicable a los supuestos de *prórroga de la patria potestad* por incapacitación de los hijos, pero advirtiendo que a partir de uno de septiembre de 2021 ya no existe la patria potestad prorrogada, aunque siguen subsistentes las existentes a dicha fecha hasta su sustitución, si procede, por la curatela representativa o la asistencial (Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica).³

El Alto Tribunal ha señalado que 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 hijos. Es más, concreta que *el conflicto existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos*.

Así, por ejemplo, en la Sentencia de 17 de enero 2003⁴ se indica que existe conflicto de intereses cuando la madre demandada, que se ha opuesto a la paternidad reclamada, manifiesta intereses contrarios, en principio, a los del menor que en los demás ámbitos representa. Y, son contrarios los intereses de la madre demandada, que *elude establecer la realidad, cualquiera que sea, sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil*. Indica la propia sentencia que el conflicto existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos. En resumen, “La existencia de conflicto de intereses debe ser real y no meramente hipotética. Es preciso que la defensa de los intereses del progenitor pueda ir en detrimento directo de los intereses del menor, excluyendo aquellas situaciones en las que solo se pueda presumir un conflicto sin evidencia tangible.”

Y, ocurre lo mismo en el supuesto de la STS de 5 de noviembre de 2003⁵ donde se afirma que “el conflicto de intereses que justifica el nombramiento de un defensor judicial debe estar claramente establecido. No basta con la posibilidad teórica de que los intereses del padre y del hijo puedan divergir, sino que debe demostrarse un perjuicio concreto para el menor.”

En la STS de 17 de mayo de 2004⁶ el supuesto de hecho es diferente pues en un juicio de testamentaria se señala que cuando el órgano judicial competente hubiera entendido existente el conflicto entre los intereses de la menor y su madre, que le representaba en él, no significa que ocurra lo mismo en todos los demás asuntos en los que deba operar la representación legal ni, en consecuencia, que la declaración efectuada en un proceso se extienda a supuestos distintos de los que la motivaron.

Aunque el Alto Tribunal señala que 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 de que trate. 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. En conclusión “la defensa por

los padres de sus propios intereses no debe entenderse como perjudicial para los hijos salvo que exista una situación específica en la que los intereses del menor sean claramente subordinados a los del progenitor, lo cual debe ser probado de manera fehaciente”.

Como hemos visto, es jurisprudencia y doctrina administrativa antigua, de hace más de veinte años, pero que continúa vigente como podemos observar en la resolución objeto de comentario, que nos da la pauta para poder estudiar y analizar este tema. Así pues, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en Resolución de 9 de enero de 2024⁷ señala que según la reiterada doctrina de este Centro Directivo en la interpretación de los arts. 162 y 163, la excepción a la regla general de representación legal sólo juega cuando concurren los presupuestos legalmente establecidos.

Resolución que establece que *la excepción a la representación legal de los hijos menores por parte de los padres solo se aplica cuando hay un conflicto real de intereses*. Este conflicto se define por la existencia de una situación en la que los intereses del representante (en este caso, la madre) tienen una ventaja significativa sobre los del representado (las hijas menores). En otras palabras, la excepción no se activa por la mera posibilidad de un conflicto hipotético, sino cuando se puede demostrar un detrimento directo y tangible a los intereses del menor. Sigue manteniéndose vigente, la doctrina señalada por la jurisprudencia de comienzos de siglo.

En conclusión, 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.

III. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE REPRESENTANTE Y REPRESENTADO MENOR DE EDAD

La STS 5 de junio de 2012⁸ sienta la doctrina de la inexistencia de conflicto de intereses que exigiera nombramiento de defensor judicial o renuncia de derechos precisada de autorización judicial, cuando se conviene por la madre, en interés de los menores, la resolución de un contrato sinalagmático que había celebrado el padre poco antes de su fallecimiento.⁹ Y ello porque, la viuda y el albacea se reúnen con la vendedora y acuerdan libremente resolver el contrato. En tal ocasión no aparece representado por su madre el hijo del anterior matrimonio del fallecido —entonces menor de edad— el cual no es demandante en este proceso, y por ello es por lo que *se atribuye al albacea la representación de los “herederos” que, desde luego, no le correspondía*, siendo así que, no obstante, aunque no constara así en el documento, *los intereses y derechos de los menores hijos de doña Raimunda estaban suficientemente defendidos por la misma*, que sí participó en el otorgamiento. Resulta así que, sin necesidad de consignación expresa, la madre, al convenir la resolución contractual en el expresado documento, estaba ejerciendo las funciones propias de la patria potestad —y, en concreto, la de representación— a que se refiere el artículo 154 CC, sin que deba entenderse que en tal caso existía el conflicto de

intereses entre madre e hijos a que se refiere el artículo 162-2º, que habría exigido el nombramiento de un defensor judicial según lo establecido en el artículo 163.

Por otro lado, la antigua DGRN hoy DG de Seguridad Jurídica y Fe pública, ha interpretado, en numerosas resoluciones, las circunstancias que conducen a determinar cuándo concurre un *conflicto de interés entre menores o personas con discapacidad y sus representantes legales*, determinantes de que no puedan entenderse suficientemente representados en la partición hereditaria si no es con la intervención de un defensor judicial.

Se ha señalado la necesidad de esta figura atendiendo a diversos elementos de carácter objetivo, que en general apuntan a la inexistencia de automatismo en las diversas fases de la adjudicación hereditaria, es decir en la confección del inventario, en la liquidación de las cargas y en la adjudicación de los bienes.

Así, por ejemplo, diferentes resoluciones han considerado que no existe conflicto de intereses cuando la liquidación de gananciales se ha realizado con estricta igualdad, mediante la adjudicación de una mitad indivisa a cada partícipe, o cuando la partición hereditaria también se ha realizado en estricta aplicación de las normas legales o disposiciones testamentarias.

Por el contrario, cuando se adopta una decisión por el representante que, aun cuando pueda entenderse adecuada para los intervinientes, suponga una elección, ha entendido que la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante del menor o de la persona con discapacidad, sino que exige el nombramiento de un defensor judicial, con posterior sometimiento a lo que haya establecido el juez (actualmente el Letrado de la Administración de Justicia) en su decisión, sobre la necesidad o no de posterior aprobación judicial (artículos 163 y 1060 del Código Civil).

Así, por ejemplo, en la Resolución de 5 de febrero de 2015,¹⁰ la DG da la razón a la Registradora que suspendió la escritura de adjudicación de herencia en un supuesto en el que la opción compensatoria de legítima establecida en el artículo 820.3 CC, o cautela socini, ordenada por la testadora en su testamento, implica la adopción de una decisión por el viudo, que aunque pueda entenderse adecuada para los intervinientes, lo cierto es que *supone una elección por parte de la legítima en relación a la posición del viudo respecto de los bienes gravados por la legítima de la incapaz*.

De modo que “la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante de la incapaz junto a la hermana, capaz, que no renunció a la herencia, sino que *exige, conforme a lo establecido en el artículo 163 CC, del nombramiento de un defensor, con posterior sometimiento a lo que establezca el juez en su decisión, sobre la necesidad o no de posterior aprobación judicial*.”

Y, una década después continúa la misma línea doctrinal la Resolución de 5 de septiembre de 2023¹¹ en un supuesto donde se cuestiona la inscripción de una escritura de partición de herencia en la que son herederos los dos hijos del causante, uno de ellos bajo patria potestad prorrogada que ejerce su madre, quien interviene también como cónyuge viudo del causante. La cuestión que se plantea es la existencia de conflicto de intereses entre la madre y el hijo sujeto a la patria potestad prorrogada. También se plantea si en casos como el presente se necesita aportar la sentencia de incapacitación (que así era en el momento de este expediente) y su constancia en el Registro Civil. La DG afirma que hay conflicto de in-

teresas porque la viuda en su propio nombre y en el de su hijo representado *liquidada la sociedad de gananciales y decide en pago de su usufructo y de su participación ganancial la adjudicación la vivienda habitual, conforme al artículo art. 1406 CC.*

En la misma línea la Resolución de 30 de octubre de 2023¹² cuya doctrina se centra en 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, existe por definición oposición de intereses. Se debe examinar cada caso concreto. Aunque en el presente caso sí que podía apreciarse conflicto de intereses porque el cónyuge viudo tiene interés directo en la liquidación de gananciales pues en el inventario se incluyen bienes gananciales cuya ganancialidad es presunta y susceptible de ser discutida por los interesados. Además, la declaración de la madre (viuda y titular de la patria potestad) negando la existencia de separación de hecho matrimonial, en contra de lo dicho en el testamento, tiene consecuencias favorables para ella y desfavorables para los representados.

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, y así se recoge en la Resolución de 14 de marzo de 1991.¹³

También el interés directo del cónyuge viudo se desprende de su declaración unilateral como cónyuge supérstite, como se establece en la resolución de 3 de abril de 1995¹⁴. La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública determinó que cuando el régimen económico-matrimonial es de gananciales y los bienes que lo integran reciben aquella cualidad del título de adquisición, al no operar la presunción de ganancialidad, 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.

Por otro lado, cesa la representación legal del progenitor si se hace con ejercicio de derechos que corresponden a los menores representados (Resolución de 15 de mayo de 2002.¹⁵ La DG dio la razón a la Registradora al señalar que la afirmación de que una obra se realizó con dinero ganancial supone un conflicto de intereses entre la madre y las hijas, pues ya la determinación del inventario lo supone en este caso. Además, la existencia de una «cautela socini» infiere también dicha contraposición de intereses, pues tal fórmula admitida doctrinal y jurisprudencialmente consiste en que los legitimarios reciben mayor porción de lo que por legítima les corresponde, pero gravada con el usufructo del viudo. Pues bien, la expresada cautela trae consigo una alternativa por la que los hijos legitimarios tienen que optar y el hecho de ejercitar por ellos esa opción su madre, acarrea también la contraposición de intereses, ya que dicha representante se ve afectada por el resultado de la opción. Por todo ello es imprescindible la intervención del

defensor judicial y el cumplimiento de los demás requisitos a que se refiere el artículo 1060 CC.

En la Resolución de 6 de febrero de 1995¹⁶ la DG entiende 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.

El supuesto de la Resolución de 18 de diciembre de 2002¹⁷ analiza si en una partición, efectuada por el albacea contador partidor, pero ratificada por todos los herederos, es necesaria la intervención de defensor judicial y la posterior aprobación judicial, que exige el artículo 299 CC, cuando uno de los herederos, la viuda, interviene además de en su propio nombre, en representación de otro, judicialmente incapaz y sobre el que ejerce la patria potestad prorrogada. La DG entiende que, como en el cuaderno particional se hacen adjudicaciones de bienes en metálico, lo que excede de un acto meramente particional para incidir en el de los actos dispositivos, que no entran en las funciones del contador partidor, tales actuaciones suponen una extralimitación en sus funciones por parte de los autores del cuaderno, que tan sólo la ratificación por los herederos, dando a la partición carácter contractual, pueden salvar; y la ratificación por la madre en nombre de su hija a la que legalmente representaba supone una actuación en la que ha de apreciarse una clara contraposición de intereses, pues no estamos ante una estricta igualdad en los lotes y derechos que la excluiría.

Por el contrario, como pusieron de relieve las Resoluciones de este Centro Directivo de 10 de enero de 1994¹⁸ cuando el régimen económico matrimonial sea de gananciales y los bienes que lo integren reciban aquella cualidad del título de adquisición (artículo 1347 CC), al no operar la presunción de ganancialidad (artículo 1361 CC) 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.

Concreta la DG que la adjudicación de la única finca ganancial por mitad y proindiviso es una operación sin transcendencia 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. Y, ello porque las deudas que hipotéticamente pudieran existir se mantienen sin variación —artículo 1.084 CC— 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. 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, prevaleciéndose de su representación legal, se lucre en perjuicio de su hijo.

Asimismo, según la Resolución de 15 de septiembre de 2003¹⁹ 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 superviviente 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'

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 1987²⁰); 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 2004²¹).

Asimismo, la Resolución de 27 de enero de 1987²² señala que no existe conflicto de intereses en la adjudicación pro indiviso de bienes de la herencia realizada por la viuda en su favor y en representación de sus hijos menores de edad... Afirma que en cualquier caso el carácter excepcional de la representación legal conectada al defensor judicial no autoriza a ampliar el concepto de intereses opuestos hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos.

Recapitulando, 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. 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 de que trate.

IV. CONCLUSIONES

I. El art. 162 CC declara que *los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados*, y de las cuatro excepciones, que se recogen en la segunda se refiere a *aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo*.

Seguidamente, el artículo 163 detalla que cuando *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. Nótese que se equipara el concepto de conflicto de intereses a interés opuesto.

II. 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.

III. La DGSJYFP ha concretado las circunstancias que conducen a determinar cuándo concurre un conflicto de interés entre menores o personas con discapacidad y sus representantes legales, determinantes de que no puedan entenderse suficientemente representados en la partición hereditaria si no es con la intervención de un defensor judicial. Refiriéndose dentro de las diversas fases de la adjudica-

ción hereditaria, a los supuestos de confección del inventario, en la liquidación de las cargas y en la adjudicación de los bienes.

No existe conflicto de intereses cuando la partición hereditaria también se ha realizado en estricta aplicación de las normas legales o disposiciones testamentarias, por ejemplo, cuando la liquidación de la sociedad de gananciales se realiza atribuyendo a la viuda el cincuenta por ciento de todos los bienes gananciales y la herencia se distribuye con arreglo a lo dispuesto por la ley, o, cuando el testador concede al cónyuge viudo la posibilidad de optar entre el usufructo universal de la herencia o el tercio de libre disposición además de su cuota legal usufructuaria, y el cónyuge opta por el tercio de libre disposición en pleno dominio y su cuota legal usufructuaria, caso en el que el representado no debe decidir si acepta o no el usufructo universal que grava su legítima.

Sin embargo, que considera que *hay conflicto de intereses* cuando se adopta una decisión por el representante que, aun cuando pueda entenderse adecuada para los intervinientes, suponga una elección. Es más, la *valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante del menor* o de la persona con discapacidad, sino que exige el nombramiento de un defensor judicial. Por ejemplo, cuando se ordena en el testamento el usufructo universal a favor del cónyuge viudo (art. 820.3 CC) y el legitimario, que está representado por el cónyuge, y debe decidir si acepta o no el gravamen usufructuario sobre su legítima.

V. BIBLIOGRAFIA

Barbara ARIÑO y Manuel FAUS: Representación de menores sujetos a patria potestad. <https://vlex.es/vid/representacion-menores-sujetos-patria-573815094>

VI. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 5 de junio de 2012. Número Sentencia: 339/2012 Número Recurso: 1864/2009. Ponente: Antonio Salas Carceller
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 17 de mayo de 2004. Número Sentencia: 363/2004 Número Recurso: 1835/1998. Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 5 de noviembre de 2003. Número Sentencia: 1010/2003 Número Recurso: 4394/1997. Ponente: Román García Varela. Numroj: STS 6895/2003. Ecli: ECLI:ES:TS:2003:6895.
- STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 17 de enero de 2003. Número Sentencia: 21/2003 Número Recurso: 2083/1997. Ponente: Clemente Auger Liñán. Numroj: STS 127/2003. Ecli: ECLI:ES:TS:2003:127.

Resoluciones de la DGSJFP

- Resolución de 17 de octubre de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación

- de la registradora de la propiedad de Redondela-Ponte Caldelas, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación parcial de herencia. Publicado en: «BOE» núm. 281, de 21 de noviembre de 2024, páginas 156075 a 156082.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2024-24304
- Resolución de 9 de enero de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Boadilla del Monte a inscribir una escritura de liquidación de sociedad de gananciales, aceptación y adjudicación de herencia.
<https://www.boe.es/boe/dias/2024/02/21/pdfs/BOE-A-2024-3327.pdf>
 - Resolución de 30 de octubre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Albaida, por la que se suspende la inscripción de una escritura de renuncia y adjudicación de herencia
<https://www.boe.es/boe/dias/2023/11/22/pdfs/BOE-A-2023-23696.pdf>
 - Resolución de 30 de octubre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora de la propiedad de Majadahonda n.º 2 a inscribir una escritura de liquidación de sociedad de gananciales, aceptación y adjudicación de herencia.
<https://www.boe.es/boe/dias/2023/11/22/pdfs/BOE-A-2023-23697.pdf>
 - Resolución de 5 de septiembre de 2023, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la calificación de la registradora de la propiedad de Monóvar, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.
<https://www.boe.es/boe/dias/2023/10/25/pdfs/BOE-A-2023-21875.pdf>
 - RESOLUCIÓN de 18 de diciembre de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Ana María Ramírez Abad, frente a la negativa del Registrador de la Propiedad número 23 de los de Madrid, don Ángel García Miranda, a inscribir una escritura de partición de herencia.DGRN. BOE del 6 de febrero.
<http://www.boe.es/boe/dias/2003/02/06/pdfs/A04964-04966.pdf>
 - Resolución de 5 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por la registradora de la propiedad de Rute, por la que se suspende la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia. Publicado en: «BOE» núm. 52, de 2 de marzo de 2015, páginas 19786 a 19788.
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2015-2234>
 - Resolución de 14 de septiembre de 2004, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Francesc Xavier Francino i Batlle, Notario de La Seu d'Urgell, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Purchena, doña María del Carmen García-Villalba Guillamón, a inscribir una escritura de acepta-

- ción y manifestación de herencia. Publicado en: «BOE» núm. 266, de 4 de noviembre de 2004, páginas 36506 a 36509.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2004-18847
- Resolución de 3 de diciembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Talavera de la Reina, don Fernando Félix Picón Chisbert, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número uno, de Talavera de la Reina, doña María del Carmen de la Rocha Celada, a inscribir una escritura de compraventa. Publicado en «BOE» núm. 11, de 13 de enero de 2004, páginas 1191 a 1192.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2004-665
 - Resolución de 15 de septiembre de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por doña Natividad Herraiz Moral contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Tomelloso, don Juan Sarmiento Ramos, a inscribir una escritura de liquidación de sociedad conyugal y partición de herencia. Publicado en «BOE» núm. 246, de 14 de octubre de 2003, páginas 36809 a 36811.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-18949
 - Resolución de 15 de mayo de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Tudela del Duero don José Antonio Gutiérrez Enríquez, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Valladolid número 5, doña María José Triana Álvarez, a inscribir una escritura de adjudicación de herencia y declaración de obra nueva. «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2002, páginas 24871 a 24872.
https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-13540
 - 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. Publicado en: «BOE» núm. 110, de 9 de mayo de 1995, páginas 13378 a 13380.
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-11009>
 - 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. Publicado en: «BOE» núm. 71, de 24 de marzo de 1995, páginas 9274 a 9276.
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-7332>
 - 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 Cufí, contra la negativa de la Registradora de la Propiedad número 1 de Badalona a inscribir una escritura de

aceptación de herencia. Publicado en: «BOE» núm. 45, de 22 de febrero de 1994, páginas 5719 a 5720.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1994-4080

- Resolución de 14 de marzo de 1991, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona don Carlos Font Llopart contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 2 de Barcelona a inscribir una escritura de inventario y otra de adición de inventario y venta. Publicado en: «BOE» núm. 122, de 22 de mayo de 1991, páginas 16351 a 16352.

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1991-12411

- Resolución de 27 de enero de 1987, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Palma de Mallorca don Rafael Gil Mendoza contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Inca a inscribir una escritura de manifestación de herencia.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-3530>

VII. ÍNDICE DE LEGISLACION CITADA

- Código Civil (artículo 162)
- Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

NOTAS

¹ Resolución de 17 de octubre de 2024. En el caso que nos ocupa, la escritura de liquidación de gananciales y partición de la herencia del fallecido M. P. E. ha sido calificada negativamente por el Registro de la Propiedad de Redondela-Ponte Caldelas, argumentando un supuesto conflicto de intereses entre la madre, Doña I. G. C., y sus hijas menores, M. y E. P. G. No obstante, aplicando la doctrina establecida por la Resolución de 9 de enero de 2024, no se ha demostrado un conflicto real de intereses que justifique la necesidad de nombrar un defensor judicial.

² Resolución de 3 de diciembre de 2003. Una viuda y sus hijos son dueños de un solar, perteneciendo a la primera una parte pro indiviso en usufructo y otra parte en pleno dominio, y a los segundos una parte en pleno dominio y otra en nuda propiedad. Dichos titulares venden la finca, estando una de las hijas incapacitada y representada por su madre. Presentada la escritura en el Registro, acompañada de autorización judicial en cuya solicitud se expresó la situación de pro indivisión, y que faculta para la venta, la Registradora no practica la inscripción, pues, entendiendo que existe contraposición de intereses, es preciso el nombramiento de defensor judicial.

³ Barbara ARIÑO y Manuel FAUS: Representación de menores sujetos a patria potestad. <https://vlex.es/vid/representacion-menores-sujetos-patria-573815094>

⁴ STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 17 de enero de 2003. Número Sentencia: 21/2003 Número Recurso: 2083/1997. Ponente: Clemente Auger Liñán. Numroj: STS 127/2003. Ecli: ECLI:ES:TS:2003:127. En un supuesto de demanda de reclamación de paternidad ha de dirigirse contra el menor afectado, representado por defensor judicial. En esta sentencia se establece que “Ello no obsta para que se tenga en cuenta lo previsto en el artículo 163 CC hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de concepto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado este extremo el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él. El nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas; siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que hay conflicto de intereses.

Conforme a lo previsto en el artículo 299 CC, el defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados, cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen. Se trata de un cargo judicial porque es necesario una resolución judicial que acuerde su nombramiento. Cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así.”

⁵ STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 5 de noviembre de 2003. Número Sentencia: 1010/2003 Número Recurso: 4394/1997. Ponente: Román García Varela. Numroj: STS 6895/2003. Ecli: ECLI:ES:TS:2003:6895. “Como razonamiento complementario, que no es decisivo para la determinación del fallo, indicamos que el artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2 de este ordenamiento; la representación legal de los padres, en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en la realización de uno o varios actos, se compruebe la existencia de conflicto de intereses, que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan; una vez acreditado este extremo, el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado; y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que haya conflicto de intereses.

En este caso, además, son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona, como del orden público del estado civil, y

si hubiera sido demandado el hijo menor de edad, conforme a lo previsto en el artículo 299.1 del Código Civil, era necesario el nombramiento de un defensor judicial que le representara y amparase sus intereses.”

⁶ STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 17 de mayo de 2004. Número Sentencia: 363/2004 Número Recurso: 1835/1998. Ponente: José Ramón Ferrándiz Gabriel. “Los artículos 162.2 y 163 CC establecen una excepción a la representación legal por los padres de los hijos menores no emancipados, que el artículo 299.1º del mismo Código extiende a otros supuestos. Se trata del defensor judicial, con precedente en el curador ad hoc, previsto para cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales. En ciertos artículos del Código Civil, a propósito de justificar el nombramiento, se utilizan las palabras “conflicto de intereses” (artículo 299 y 162.2), mientras que en otros los términos empleados son los de “interés opuesto” (artículo 163) o “incompatibilidad u oposición de intereses” (artículo 237 bis), que tienen un sentido semejante.

El conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador, en defensa del menor y en relación con cada asunto concreto (artículo 299.1º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia.

Ese casuismo deriva de la excepcionalidad de la figura en relación con la regla general de representación de los hijos menores por sus padres (artículo 162.2).”

⁷ Resolución de 9 de enero de 2024. Se cuestiona la inscripción de una escritura de herencia y liquidación de gananciales otorgada por la viuda del causante que interviene en su propio nombre y como única titular de la patria potestad de su hijo menor de edad. Entre otros pactos, la viuda se adjudica la vivienda habitual —que tiene carácter ganancial— conforme a lo que dispone el artículo 1406 apartado 4º del Código Civil.

La DG entiende que no puede darse por sentado que siempre habrá oposición de intereses en una partición hereditaria con liquidación de gananciales cuando el titular de la patria potestad intervenga en su propio nombre y en representación de un hijo no emancipado, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas de cada caso. En cuanto a la determinación del carácter ganancial de los bienes, no hay conflicto de intereses cuando la ganancialidad deriva directamente del título adquisitivo; sin embargo, sí que se plantea una situación de conflicto cuando el bien es presuntivamente ganancial.

En el caso cuestionado no hay conflicto de intereses en este punto porque el carácter ganancial del bien quedó expresamente determinado en el título adquisitivo al manifestarlo expresamente el cónyuge adquirente.

El ejercicio por parte del viudo del derecho de atribución preferente de la residencia habitual (art. 1406 CC) no genera sin más una situación de conflicto de intereses, pues se trata de un derecho atribuido legalmente al cónyuge y al que no se pueden oponer los hereros, con la sola excepción de los legitimarios en defensa de su legítima.

No obstante, sí cabe apreciar un conflicto de intereses al valorar la vivienda que se atribuye la viuda, porque la determinación unilateral del valor puede tener consecuencias favorables para la viuda y desfavorables para el menor representado.

⁸ STS Sala: Primera. Sección: Primera, de 5 de junio de 2012. Número Sentencia: 339/2012 Número Recurso: 1864/2009. Ponente: Antonio Salas Carceller.

⁹ Fallecido el comprador don Emiliano, que dejaba viuda y cuatro hijos menores de su matrimonio así como otro de un matrimonio anterior declarado nulo, *se consideró en interés de la herencia —y, por tanto, de quienes ahora demandan— que no convenía que la misma quedara sujeta a las obligaciones dimanantes del contrato celebrado*, del que restaba por satisfacer como precio la cantidad de 95.000.000 pesetas a lo que se había comprometido el fallecido en contemplación a los importantes ingresos que obtenía mediante su trabajo de conocido periodista radiofónico.

¹⁰ Resolución de 5 de febrero de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

¹¹ Resolución de 5 de septiembre de 2023. Resolución que sigue la línea doctrinal entendiendo que hay conflicto de intereses cuando el representado debe decidir entre dos o más

opciones y lo hace por él su representante, que también tiene interés en la herencia. No hay conflicto cuando en las operaciones particionales hay un automatismo que excluye la necesidad de decidir entre diversas opciones.

La DG entiende que en este supuesto “no hay automatismo cuando se toma una decisión que implica una elección que corresponde hacer al representado y lo hace por él su representante, que también tiene interés en la herencia. En tales casos hay objetivamente un conflicto de intereses y se necesita la intervención de un defensor judicial (arts. 163 y 1060 CC).”

Y, además, detalla supuestos en los que hay conflicto de intereses como “cuando se ordena en el testamento el usufructo universal a favor del cónyuge viudo (art. 820.3 CC) y el legitimario, que está representado por el cónyuge, y debe decidir si acepta o no el gravamen usufructuario sobre su legítima (R. 5 de Febrero de 2015).”

Continúa indicando que no hay conflicto de intereses en el “supuesto de la R. 6 de noviembre de 2002, en que la liquidación de la sociedad de gananciales se realiza atribuyendo a la viuda el cincuenta por ciento de todos los bienes gananciales y la herencia se distribuye con arreglo a lo dispuesto por la ley. Ni tampoco lo hay en la R. 22 de junio de 2015, en que el testador concede al cónyuge viudo la posibilidad de optar entre el usufructo universal de la herencia o el tercio de libre disposición además de su cuota legal usufructuaria, y el cónyuge opta por el tercio de libre disposición en pleno dominio y su cuota legal usufructuaria, caso en el que el representado no debe decidir si acepta o no el usufructo universal que grava su legítima.”

¹² Resolución de 30 de octubre de 2023. Se cuestiona si es inscribible una escritura de partición y liquidación de gananciales en la que se plantea si hay conflicto de intereses al concurrir las siguientes circunstancias: a) la escritura la otorga la madre que actúa en su propio nombre y en representación de dos de sus hijos menores de edad, como titular de la patria potestad. b) En el testamento dice el testador que está separado de hecho de su esposa, pero en la escritura se declara que “la manifestación que hizo el testador sobre encontrarse separado de hecho no se refiere a la separación conyugal propiamente dicha, sino al hecho de convivir con su hermana en el momento de otorgar testamento, por motivos de salud, por lo que recibirá la cuota legal usufructuaria”. c) En el inventario hay bienes que son presuntamente gananciales.

La registradora suspende la inscripción por entender que existe conflicto de intereses entre los menores y la madre representante titular de la patria potestad, y la DG le da la razón.

¹³ Resolución de 14 de marzo de 1991. El presente recurso plantea si es necesario o no el nombramiento de defensor judicial para dos menores de edad en una escritura en la cual, sobre la base de un testamento por el que el causante, de vecindad civil catalana y casado en régimen de gananciales, instituye herederos a sus dos hijas y deja el usufructo universal a su esposa, ésta por sí y en representación de aquéllas, menores de edad, inventaría los bienes del consorcio conyugal y se adjudica en propiedad la mitad indivisa de todos ellos más el usufructo de la otra mitad, con ciertas facultades de disposición respecto de ciertos bienes, quedando la nuda propiedad de esta mitad para las dos hijas, también y entre ellas, de forma indivisa.

Evidentemente hay intereses contrapuestos entre la viuda y los herederos del cónyuge difunto. Esta oposición se da en la misma determinación por inventario de los bienes que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales —ganancial, parafernales, dotes, capital del marido— que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible. La existencia del 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.

De no hacerse así los actos u operaciones otorgados sólo por la viuda serán nulos por falta de la representación legal que invoca.

¹⁴ Resolución de 3 de abril de 1995. La cuestión gira en torno a la inscripción en una escritura denominada de «previa adjudicación herencial», por la cual la viuda y única compañera, 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 gananciales, 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.

La DG entiende que el caso actual viene singularizado por dos circunstancias 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.

“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. artículos 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.

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 condicionada y limitada por la adjudicación previa formalizada en la escritura debatida. 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 prejulgadas 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 dificulta 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.”

¹⁵ Resolución de 15 de mayo de 2002. Se presenta en el Registro un testamento acompañado de partición de herencia otorgada por la viuda en su propio nombre y en el de sus dos hijas menores de edad. En el testamento se nombró a la esposa usufructuaria universal y herederas universales a las dos hijas del causante. En la partición, además de la declaración de una obra nueva, que se dice realizada con dinero ganancial, se adjudica la mitad de todos los bienes relictos a la viuda, por ser tales bienes gananciales, adjudicándose también a dicha viuda el usufructo universal de la mitad indivisa restante y a las hijas la nuda propiedad de esta mitad, siguiendo la disposición del testamento.

La Registradora deniega la inscripción porque la declaración de la viuda de que la obra nueva se realizó con dinero ganancial y la adjudicación a la misma de más de lo que por legítima le corresponde produce una contraposición de intereses entre la madre y las hijas que precisa intervención de defensor judicial y, además, aprobación judicial.

¹⁶ Resolución de 6 de febrero de 1995. 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, las 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 proindiviso 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.

¹⁷ R. 18 de diciembre de 2002. Alega el recurrente que no hay tal conflicto, ya que los herederos se han limitado a aprobar la partición efectuada por unos terceros, que eran los albaceas testamentarios. Entiende, sin embargo, el Registrador, que no se trata de una partición efectuada por un contador partidor, ya que se ha omitido un trámite esencial, cual es la citación del representante legal del incapaz del Art. 1057.3 CC por lo que tal partición es nula y de ahí, que sea necesaria la ratificación de los herederos.

La Dirección General, aunque considera que la omisión de la citación del representante legal de la incapaz para la formación del inventario que exige el artículo 1057 CC, es causa de mera anulabilidad y como tal convalidable con posterioridad y a los solos adfectos de subsanar la omisión de la notificación para el inventario de los bienes hereditarios, en la ratificación de éste por la madre de la incapaz no se da contraposición de intereses que exija la intervención de un defensor judicial (por ser los intereses paralelos y no contrapuestos) desestima el recurso.

¹⁸ Resolución de 10 de enero de 1994. 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. Los bienes incluidos en el inventario tenían 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 proindiviso 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.

¹⁹ R. 15 de septiembre de 2003. Se trata de una escritura de 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. La DG, interpretando el artículo 163 CC, estima que no hay que nombrar defensor judicial si se dan las siguientes circunstancias: la liquidación es total; todos los bienes inventariados fueron adquiridos por el cónyuge premuerto para su sociedad conyugal; la totalidad de esos bienes se adjudican pro indiviso al cónyuge superviviente y a los hijos, respetándose estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal disuelta y en el caudal relicto según la declaración de herederos ab intestato; no ejercita la viuda ninguna opción de pago de su cuota legal, que se le satisface en usufructo; no hay declaraciones de obra nueva, segregación o división horizontal; y se declara expresamente que no existen más bienes.

Considera la DG que, en la formación de inventario, no tiene por qué existir interés contrapuesto y que, de reclamarse la intervención del defensor judicial, tan sólo debería de ser para presenciar la confección del inventario por parte del cónyuge. Puede haber omisión de bienes o existencia de deudas del cónyuge con la sociedad conyugal, pero la presunción de buena fe y la dificultad en la prueba de hechos negativos, con o sin defensor, permiten sostener la innecesariedad de su intervención. En general, de los hechos hipotéticos no puede deducirse la existencia de oposición de intereses.

²⁰ Resolución de 27 de enero de 1987. Se afirma que la adjudicación realizada en la escritura tiene carácter provisional, supone una actuación paralela de la madre e hijas totalmente respetuosa con la voluntad del causante y será más tarde, si en la menor edad de

aquéllas se procede a la disolución de las comunidades romanas formadas ahora cuando aparecerán claramente enfrentados los intereses de las comuneras ante el peligro de que la madre prevaleciendo de su representación legal se lucre en perjuicio de las hijas.

²¹ R. 14 de septiembre de 2004, DGRN. BOE del 4 de noviembre de 2004. Se trata de una escritura de liquidación de gananciales, aceptación y partición de herencia en la que se expresa que *intervienen todos ellos en su propio nombre y derecho, además doña Ginesa GC en nombre y representación de su hermana doña Adoración... ejerce esta representación en su calidad de tutora legal.... He tenido a la vista testimonios de ambos documentos en los que se otorgan facultades a doña Ginesa GC, que yo, el Notario, considero suficientes para otorgar la presente escritura de aceptación y manifestación de herencia. Manifiesta la vigencia que limitación de su cargo titular, así como la subsistencia e incapacidad de su representada.*

Aplica la DGRN idéntica argumentación que en la representación voluntaria al señalar que no puede negarse a los documentos judiciales de donde resulta la tutela el carácter de auténticos y que, asimismo, debe considerarse que la reseña está hecha con corrección, pues se indica el tipo de resolución, el juzgado del que proviene y su fecha; además se recoge la manifestación de la tutora relativa a la vigencia de su cargo y a la subsistencia de la situación de incapacidad de su hermana, e igualmente el juicio de suficiencia del notario al afirmarse en el título *“yo el notario considero suficientes para otorgar la presente escritura de aceptación y manifestación de herencia”*, siendo así que tal juicio es congruente y coherente con el negocio jurídico documentado en el título y con el mismo contenido de este, pues se trata de una escritura de aceptación y manifestación de herencia.

²² Resolución de 27 de enero de 1987, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.