

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

7186 *Resolución de 20 de marzo de 2024, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Olivenza a inscribir una escritura de disolución de comunidad.*

En el recurso interpuesto por don R. A. H., abogado, en nombre y representación de doña P. G. B., contra la negativa del registrador de la propiedad de Olivenza, don Juan Pablo Gallardo Macías, a inscribir una escritura de disolución de comunidad.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 29 de septiembre de 2023 por la notaria de Almendral, doña Gloria María Osorio Sereno, con el número 634 de protocolo, se formalizó la disolución de comunidad existente sobre siete fincas entre los hermanos doña P., don T. y don F. G. B. La escritura fue otorgada por las dos primeras personas, interviniendo doña P. G. B. en su propio nombre y derecho y, además, en representación como tutora de don F. G. B.

Se incorporaba a la escritura auto, de fecha 3 de mayo de 2023, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Olivenza, cuya firmeza se había acreditado, por el que se autorizaba la disolución de comunidad documentada. Dicho auto contenía la descripción y valoración de las siete fincas que coincidían con la escritura y en la parte dispositiva se expresaba lo siguiente:

«Estimo la solicitud de D.^a P. G. B. y, en consecuencia, autorizo a D.^a P. G. B. para que, en nombre y representación de D. F. G. B., otorgue escritura pública de Disolución de Comunidad que se deberá ajustar al siguiente tenor:

Bienes sujetos a disolución: fincas 1 a 7, con datos registrales, catastrales y valores expuestos (en el cuerpo del Auto se identifican dichos bienes)

Bienes que se adjudican a D. F. en pleno dominio:

Finca 1, finca registral 2.201 con un valor de 64.950 euros.

Finca 4, finca registral 2.393 con un valor de 12.510 euros.

Finca 5, finca registral 2.453 con un valor de 42.210 euros.

Se dispensa a D.^a P. G. B. de la obligación de aprobación judicial posterior, siempre y cuando la operación se ajuste a los términos autorizados, debiendo presentar ante este órgano justificación documental de la misma.»

También constaba en el auto que «el Ministerio Fiscal informó a la conclusión de la vista no oponerse a la disolución del condominio por ser lo más beneficioso para D. F.».

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Olivenza, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Examinada la procedente escritura, otorgada en Almendral el 29/09/2023 ante el Notario Don Gloria María Osorio Sereno, con el número 634/2023 de su protocolo, y calificada con fecha treinta de noviembre de dos mil veintitrés se suspende la inscripción de objeto interesada sobre las fincas a que la misma se refiere, en base a lo siguiente hechos y fundamentos de derecho:

Hechos:

Uno. La escritura calificada fue presentada en este Registro a las 12:25:00 horas, del día 25/10/2023, bajo el asiento número 1083, del Diario 95. En el texto de la misma se interesa la inscripción objeto sobre las fincas a que la misma se refiere, las registrales números 2.201, 2.416, 2.299, 2.393, 2.453 y 2.355 correspondientes al término de la Torre de Miguel Sesmero y la finca registral número 356 perteneciente al Almendral.

Segundo. Es necesario el nombramiento de un defensor judicial que, en este caso, represente los intereses de F. G. B., puesto que puede existir un conflicto de interés con la persona que ejerce el cargo de tutora, al ser también un miembro de la comunidad existente sobre todos los bienes objeto de división y representarse a sí misma y a la persona con la capacidad judicialmente modificada en el mismo acto.

Tercero. Falta la aprobación judicial posterior a la extinción de las comunidades existentes sobre las fincas anteriormente mencionadas.

Fundamentos de Derecho:

Primero. Que la competencia de este Registrador de la Propiedad para calificar e inscribir la escritura presentada le viene conferida por el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de su Reglamento.

Segundo. Es necesario el nombramiento de un defensor judicial que represente en el presente otorgamiento los intereses de F. G. B., conforme a lo dispuesto en el artículo 295.2.º C.c.: “Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes: 2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo”.

Tercero. Para poder practicar la inscripción interesada es necesario que se inste un procedimiento de jurisdicción voluntaria para la aprobación posterior de la división de la cosa común pretendida. Es inadecuado el cauce utilizado, puesto que no se trata de un caso de autorización judicial, que es previa a la realización del acto jurídico cuya inscripción se pretende, y ello por ser de aplicación a la división de la cosa común las normas relativas a la partición de a herencia: “Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial” (argumentos ex artículos 406 y 1060 C.c.).

A la vista de los precedentes hecho y fundamentos de derecho, acuerdo:

Primero: Suspender la inscripción de objeto interesada por el defecto que se considera subsanable, reseñado en el apartado de los fundamentos de derecho que precede, al que me remito para ello y doy por reproducido en este lugar, con el fin de evitar repeticiones innecesarias; no tomándose anotación de suspensión, por no haberse solicitado.

Segundo: Notificar esta calificación al presentante y al Notario autorizante de la Escritura, haciéndoles saber que la calificación negativa que precede, extendida por el Registrador que suscribe, podrá (...).»

III

Contra la anterior nota de calificación, don R. A. H., abogado, en nombre y representación de doña P. G. B., interpuso recurso el día 29 de diciembre de 2023 mediante escrito con las siguientes alegaciones:

«Primera: Del alcance de la calificación registral respecto de documentos judiciales.

Aun cuando el documento presentado es, en puridad, un documento notarial y no un documento judicial, es evidente que la calificación registral tiene en cuenta el auto judicial que obra incorporado a dicha escritura y, por tanto, no puede negarse que se está calificando –siquiera indirectamente– el contenido, validez, adecuación y suficiencia de la autorización judicial solicitada por la recurrente para el acto concreto que se documenta.

Los defectos que formalmente se atribuyen a la escritura lo son, en realidad, a la resolución judicial en base a la cual se formaliza aquella.

Y en este sentido, es necesario invocar la reiterada doctrina que limita claramente el alcance de la calificación registral de documentos judiciales, conforme a lo previsto en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, considerando que la calificación recurrida resulta contraria a dicha doctrina y que debe ser revocada.

“En primer lugar, ha de señalarse con carácter previo que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que tratándose de calificación de documentos judiciales, el Registrador ha de limitarse, al artículo 100 del Reglamento Hipotecario, sin entrar a valorar sobre el acierto intrínseco de la decisión judicial que en aquellos se contiene, pues, ello supondría interferirse en la función jurisdiccional que corresponde en exclusiva a jueces y tribunales, de acuerdo con los artículos 117 del Constitución Española, 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario.

(...) pues de lo contrario, el Registrador se interferiría en el fundamento de la resolución judicial y realizarla una actividad jurisdiccional que no le corresponde” (RDGRN 20 octubre 2009).

Segunda: De la necesidad de aprobación judicial posterior.

En primer lugar debemos mostrar la disconformidad con la exigencia de que se inste un procedimiento de aprobación judicial de la división de cosa común ya otorgada.

Entiende el Registrador que es necesaria la aprobación posterior, obviando la existencia de una autorización previa y realizando –entendemos– una interpretación excesivamente rigurosa de los artículos 289, 406 y 1060 CC.

Se ha solicitado –y obtenido– autorización judicial previa para la disolución de la comunidad (que no deja de ser una división de cosas comunes) y, si bien es cierto que se permite al tutor realizar dicho acto sin autorización previa, no lo es menos que no se le prohíbe.

No existe disposición legal que impida solicitar anticipadamente la autorización.

Los motivos por los que el interesado decida solicitar autorización judicial aun no siendo necesaria pueden ser diversos, como, p. ej., garantizarse anticipadamente la idoneidad de lo pretendido o evitar gastos (otorgamiento de escritura) que pudieran resultar inútiles si el acto –ya firmado– no fuera posteriormente aprobado.

Es relevante considerar que en el acto hay interesados ajenos a la relación tutelar (un tercer hermano) y que su consentimiento es igualmente necesario para que pueda otorgarse la disolución, motivo por el cual, es razonable asegurar que el acuerdo de todos los interesados cuenta con el visto bueno de la autoridad judicial.

De nada valdría una autorización judicial en términos en los que no estuviera conforme ese tercer hermano (D T.).

Y tampoco parece razonable exigir al tutor que –jugando una especie de lotería– vaya otorgando sucesivas escrituras, según su exclusivo parecer, hasta que una de ellas resulte aprobada judicialmente –con los gastos inútilmente realizados en perjuicio del

propio tutelado— cuando puede, anticipadamente, “preguntar” al juez si lo que quiere hacer es correcto o no.

Por tanto, en principio, no hay impedimento legal para solicitar la previa autorización judicial para actos en los que el legislador ha previsto la posibilidad de diferir a un momento posterior el necesario control judicial que vele por los intereses de los menores o incapaces.

Y, por tanto, no parece que haya un “cauce inadecuado” tal como considera el Registrador.

Podrá considerarse innecesario, pero no inadecuado y, además, puede estimarse la valoración registral como una intromisión en aspectos estrictamente procesales, que le resulta vedada.

Cuestión distinta es si, aun existiendo una previa autorización judicial, es necesario o no exigir un segundo procedimiento de aprobación, *stricto sensu*, de lo ya otorgado.

Entendemos que no, por diversos motivos:

1.º En primer lugar —y fundamental— porque existe una expresa dispensa judicial a esa obligación de aprobación posterior.

En el auto por el que se concede autorización, se dice que

“Se dispensa a D.ª P. G. B. de la obligación de aprobación judicial posterior, siempre y cuando la operación se ajuste a los términos autorizados, debiendo presentar ante este órgano justificación documental de la misma.”

La calificación recurrida niega la eficacia de este pronunciamiento judicial, lo que —entendemos, dicho con todo respeto— supone una extralimitación de sus funciones.

Debe tenerse en cuenta:

i) Que esa dispensa no es genérica sino expresa y condicionada al cumplimiento de lo autorizado.

Ello implica que la calificación registral podrá comprobar el cumplimiento de dicha condición, que lo otorgado se ajusta a los términos de lo autorizado y, de ser así, aceptar la eficacia de la dispensa judicial. De no ser así, de haberse otorgado la escritura en términos distintos de los autorizados, sería lícito entender incumplida la condición, decaída la dispensa y —en consecuencia— exigir la aprobación posterior de lo otorgado.

Pero no se dice en la calificación que exista un incumplimiento respecto de lo autorizado, porque del cotejo de la escritura con el Auto judicial que obra incorporado resulta el escrupuloso respeto a los concretos términos de la autorización.

ii) que el artículo 289 CC prevé que, para el caso de nombramiento de defensor judicial, pueda preverse (al hacer el nombramiento) la innecesidad de obtener aprobación posterior.

“Si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.”

Si se permite al defensor judicial la dispensa de la aprobación posterior, no parece haber motivo —ni disposición legal— para negar esa misma posibilidad al tutor o curador representativo.

iii) que el juez autorizante no se desentiende del proceso (si pudiera entenderse de ello una desprotección al tutelado) sino que impone al tutor la obligación de “presentar ante este órgano justificación documental de la misma”.

Podría entenderse que el Registrador acreditar el cumplimiento de esto último, de haber remitido al juzgado copia de la escritura otorgada, pero sin que ello equivalga a una aprobación posterior (entendida como procedimiento completo, independiente y distinto del ya seguido para obtener la autorización).

2.º En segundo lugar, porque si bien es innegable que el legislador ha establecido mecanismos concretos de control para la actuación en nombre de menores e incapaces (autorización y aprobación), ha de atenderse también a la necesaria celeridad en el

tráfico, la economía procesal y la simplificación de actuaciones judiciales, evitando un excesivo formalismo que no añada una garantía adicional para el interesado sino que suponga un desincentivo para la normal administración y defensa de los intereses de aquellos.

En este sentido, parece lógico que, lo que realmente quiere el legislador, es que hay un control judicial de determinados actos y debe suponerse al juez la igual capacidad para realizar su labor tanto a priori como a posteriori.

No se aprecia diferencia entre la aprobación posterior y la autorización previa si, en ambos casos, el Juez ha podido valorar las circunstancias del caso, escuchar a los interesados y decidir en defensa de los intereses del menor o incapacitado.

Aún más, siendo innecesaria, la autorización previa permitiría al Juez modificar la petición inicial, si en algo se plantease una mejor opción, mientras en la aprobación posterior no cabe sino aprobar o denegar lo ya hecho en su totalidad, sin poder aprobar en parte, o modificar lo ya hecho.

La dispensa de la posterior aprobación, cuando –como en este caso– se concretan al detalle los términos en que debe otorgarse la escritura pública, no es más que una muestra de aquella simplificación de actuaciones mencionada, ya que difícilmente cabría pensar que, concedida la autorización para un acto concreto, pudiera posteriormente denegarse la aprobación para ese mismo acto, una vez otorgado.

Tercera: De la necesidad de nombramiento de defensor judicial.

En cuanto a la necesidad de nombramiento de defensor judicial, sin entrar a discutir si en función de las circunstancias del caso concreto es apreciable o no el conflicto de intereses, o si hay intereses opuestos o meramente conjuntos, debemos oponernos a tal exigencia por considerar que la previa autorización judicial suple la falta de defensor –de llegar a estimarse necesario–.

Si se acepta que la posterior aprobación judicial suple o convalida la falta inicial de defensor judicial, no parece haber motivo de distinción para no reconocerle ese mismo efecto a la previa autorización.

“Las operaciones así realizadas obtienen aprobación judicial posterior (artículo 272 del Código Civil), lo que plantea si esta actuación posterior es suficiente para considerar cumplida la intervención requerida y omitida (nombramiento de defensor judicial), en cuanto la simplificación de actuaciones judiciales, por economía procesal, y aun respondiendo a diversas finalidades, fue puesta de manifiesto para otro caso por la Resolución de 23 de julio de 1990, y hoy lo es en el artículo 1.060.2, en su redacción de 15 de enero de 1996.

En el presente caso se produce el supuesto inverso al examinado en la resolución indicada. En aquél, actuando un defensor judicial ad hoc no recae la posterior aprobación entonces exigida. Ahora, recayendo aprobación falta la actuación del defensor. Mas, atendidas la composición del caudal, las actuaciones procesales realizadas y las concretas circunstancias concurrentes en el supuesto debatido, debe tenerse en cuenta la misma argumentación entonces esgrimida, para concluir en la innecesariedad del mandamiento de defensor judicial, lo que resulta coherente con la necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico aduciendo sus costes en la medida en que queden debidamente salvaguardados los intereses de menores e incapacitados” (RDGRN 25 abril 2001).

En esto, la calificación registral entra a valorar aspectos que afectan al fondo de la resolución judicial (conflicto de intereses, nombramiento de defensor), considerando esta parte que debe respetarse el pronunciamiento judicial y suponerse que el juez autorizante ha tenido a la vista todas las circunstancias del caso y ha podido valorar:

– Si hay o no intereses contrapuestos, o si de lo solicitado se deriva perjuicio para el tutelado, atendiendo a la prueba practicada en sede judicial, a lo manifestado no solo por la tutora, sino también por el propio tutelado y por el tercer hermano

interesado (que, entre otras cosas manifestaron que intentaban cumplir la voluntad de sus padres en el reparto).

– Si es necesario o no el nombramiento de defensor judicial, atendida no solo la existencia de personas que pudieran asumir tal cargo (el tercer hermano tampoco podría serlo, ni ningún pariente cercano, siendo estrictos en la suposición del conflicto de intereses) sino también la agilización y simplificación del proceso y, sobre todo, la intervención del Ministerio Fiscal seguramente más cualificado para actuar procesalmente en defensa del tutelado que un defensor judicial carente de vinculación con éste.

Además, hay que tener en cuenta que la intervención del defensor judicial no tendría más que un carácter procesal, sin que se aprecien circunstancias para suponer que aquel podría proponer algo más beneficioso para el tutelado y que, en última instancia, cualquier propuesta de disolución de comunidad que se hiciera - aun distinta de la formulada inicialmente - tendría que contar con el consentimiento de todos los hermanos (incluido D. T., que es ajeno al cargo tutelar) y, sobre todo, con la aprobación judicial.

Si se ha concedido la aprobación judicial, debe suponerse que lo autorizado no es perjudicial para D. F., con independencia de quien lo haya planteado o solicitado o de que haya concurrido o no defensor judicial.

Es la autoridad judicial quien debe valorar, en último término, si existe conflicto de intereses, si puede salvarse o si es necesario defensor judicial y si el acto concreto es beneficioso o no.

No es la tutora quien decide disolver el condominio unilateralmente, sino el juez quien lo aprueba, a propuesta de todos los interesados y, en el caso concreto, sabiendo anticipadamente que los demás interesados en la operación están igualmente conformes.

Esta circunstancia entendemos que es especialmente relevante porque –ya se ha apuntado– cualquier acto que se autorice o apruebe debe contar con el acuerdo de todos los interesados (no solo tutor y tutelado) y, de no ser así, de no contar con ese común acuerdo o de querer imponer una disolución en términos distintos de los solicitados, el Juez podrá valorar que se corre el riesgo de abocar al tutelado a sucesivos procesos judiciales de división de cosa común, instados por cualquiera de los demás comuneros, con el coste y el perjuicio económico que indudablemente ello implica para el tutelado.

Si se trata de proteger el interés de éste, debe presumirse al Juez la suficiente valoración de todas las circunstancias puestas de manifiesto en sede judicial y que no pueden reproducirse en el trámite de la calificación registral, y consecuentemente, presumir la corrección de la decisión judicial. Porque, además, de no. ser ésta correcta, existen sin duda mecanismos legales para revisar el concreto pronunciamiento judicial, pudiendo instarlos cualquiera de los procesalmente legitimados, sin que se aprecie que entre estos pueda considerarse incluido al Registrador.»

IV

Mediante escrito, el registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 283, 287, 289, 295, 298, 392, 394, 395, 397, 398, 399, 400, 401, 404, 406, 445, 450, 1058, 1060, 1061, 1062 y 1068 del Código Civil; las disposiciones transitorias segunda y quinta de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica; los artículos 1, 9, 18, 21, 34, 38 y 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria; las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1905, 24 de enero de 1964, 3 de febrero de 1982, 13 de febrero y 28 de mayo de 1986, 27 de mayo de 1988, 5 de junio de 1989, 27 de febrero de 1995, 10 de julio

de 2000, 17 de enero y 5 de noviembre de 2003, 17 de mayo de 2004, 12 de abril de 2007, 25 de febrero de 2011, 28 de mayo de 2015 y 6 de mayo y 8 de septiembre de 2021, y de la Sala Tercera, números 1484/2018, de 9 de octubre, 1484/2018, 9 de octubre, 382/2019, 20 de marzo, y 1269/2022, 10 de octubre; las Resoluciones la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de diciembre de 1929, 2 de febrero de 1960, 6 de abril de 1962, 27 de noviembre de 1986, 23 de julio de 1990, 21 de mayo de 1993, 26 de enero y 2 de diciembre de 1998, 4 de septiembre, 17 de noviembre y 14 de diciembre de 2000, 25 de abril, 21 de junio y 29 de noviembre de 2001, 26 de abril y 3 de diciembre de 2003, 2 de enero, 17 de mayo y 15 de junio de 2004, 4 de abril de 2005, 28 de junio de 2007, 2 de diciembre de 2010, 17 de enero, 19 de mayo, 26 de julio y 11 de noviembre de 2011, 13 y 24 de febrero y 31 de mayo de 2012, 21 de junio de 2013, 22 de febrero, 11 de junio y 9 de julio de 2014, 17 de marzo, 10 de junio y 20 de octubre de 2015, 4 de abril, 26 de mayo, 1 de julio y 3 de agosto de 2016, 1 de febrero, 9 de marzo, 9 de mayo y 13 de noviembre de 2017, 19 de julio y 2 de noviembre de 2018 y 30 de abril y 24 de julio de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 12 de febrero y 5 de marzo de 2020, 6 de mayo y 16 de diciembre de 2021, 11 de abril, 19 y 27 de julio y 20 de diciembre de 2022 y 25 de enero, 21 de febrero, 30 de mayo, 5 y 25 de septiembre y 30 de octubre de 2023.

1. Mediante la escritura cuya calificación es objeto del presente recurso, otorgada el día 29 de septiembre de 2023, se formaliza la disolución de comunidad existente entre tres hermanos sobre siete fincas, con la particularidad de que una de tales personas interviene en su propio nombre y derecho y, además, como tutora de otro copropietario. Se incorpora a la escritura auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Olivenza, de fecha 3 de mayo de 2023, por el que se autoriza la disolución de comunidad documentada. Dicho auto contiene la descripción y valoración de las siete fincas que coinciden con la escritura y, en la parte dispositiva, se autoriza a la tutora para otorgar la escritura con adjudicación al representado de las tres fincas que se describen con la valoración de cada una de ellas. Se añade en esta misma resolución judicial que se dispensa a la tutora de la obligación de aprobación judicial posterior, siempre y cuando la operación se ajuste a los términos autorizados. También consta en el auto que el Ministerio Fiscal no se ha opuesto a la disolución del condominio en tales términos.

El registrador suspende la inscripción solicitada porque, a su juicio, es necesario el nombramiento de un defensor judicial que represente los intereses de la persona con discapacidad, puesto que puede existir un conflicto de interés con la persona que ejerce el cargo de tutora, al ser también un miembro de la comunidad existente sobre todos los bienes objeto de división. Añade que es necesario que se inste un procedimiento de jurisdicción voluntaria para la aprobación posterior de la división de la cosa común pretendida.

2. Para resolver la cuestión planteada no cabe desconocer el marco normativo de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que es de carácter imperativo y no dispositivo. Así, ha de tenerse en cuenta que, conforme a la disposición transitoria segunda de dicha ley: «Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos (...)».

A su vez, la disposición transitoria quinta se ocupa de la revisión de las medidas ya acordadas: «Las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, para adaptarlas a esta. La revisión de las medidas deberá producirse en el plazo máximo de

un año desde dicha solicitud. Para aquellos casos donde no haya existido la solicitud mencionada en el párrafo anterior, la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años».

3. No se discute en el presente caso que, en aplicación de las citadas disposiciones transitorias, se trate de una curatela representativa, con las funciones legalmente atribuidas en tanto que, resolución judicial mediante, no se revise la situación de la persona con discapacidad.

Por ello, es ineludible determinar en qué medida son aplicables, entre otros, los artículos 283, 287, 289, 295 y 298 del Código Civil.

Para ello, debe atenderse a las normas que regulan la división de la cosa común y la partición de las herencias (cfr. artículo 406 del Código Civil).

4. El debate sobre la naturaleza jurídica de la división de la herencia o de la cosa común ha dado lugar a numerosas aportaciones jurisprudenciales y doctrinales.

Por un lado, hay un sector doctrinal que defiende el carácter meramente especificativo de derechos de la disolución de comunidad, que no implica un título de transferencia inmobiliaria. Por otra parte, distinto sector doctrinal defiende el carácter traslativo de la disolución.

Desde el punto de vista de la capacidad, cuando existen menores o personas con discapacidad implicados en la disolución de comunidad, esta Dirección General exigió la autorización judicial, propia de los actos de disposición de bienes inmuebles, en aquellos casos en que, habiendo varias cosas en comunidad, se rompe la regla de posible igualdad del artículo 1061 del Código Civil. Pero no se consideran sujetos a autorización los actos de adjudicación de la única finca común, aunque se compense en efectivo al menor (cfr. Resolución de 2 de enero de 2004), o tampoco cuando, siendo varias cosas, se forman lotes iguales (cfr. Resoluciones de 6 de abril de 1962 y 28 de junio de 2007).

Igualmente, el Tribunal Supremo ha abordado la cuestión de la naturaleza jurídica de la división de la cosa común y la partición de herencia. Frente a las teorías que afirman o niegan rotundamente su carácter traslativo, prevalece en la jurisprudencia una consideración intermedia de la partición. Por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2007 y 28 de mayo de 2015 afirman: «esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio código (...) Así la norma del artículo 1068 del Código despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia (...)». Se excluyen así, entre otras, las teorías que vendrían a equiparar la partición a un conjunto de permutas entre los coherederos o condueños, que sólo serían traslativas en la parte que no correspondía al adjudicatario por su cuota previa.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011 recuerda que: «La doctrina entiende que el “acto divisorio es un acto con un efecto extintivo de una situación jurídica anterior, la de la comunidad, y con un efecto modificativo del derecho de cada uno de los sujetos intervinientes”, por lo que debe ser calificado como “un acto dispositivo y de verdadera atribución patrimonial”».

En realidad, lo que sucede es que la división de la cosa común presenta una naturaleza jurídica compleja, difícil de reducir a la dicotomía entre lo traslativo y lo declarativo. Pero, en todo caso, se trate o no la disolución de comunidad de un acto traslativo, se produce como consecuencia de la misma una mutación jurídico real de carácter esencial, pues extingue la comunidad existente y modifica el derecho del comunero y su posición de poder respecto del bien (véase la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2011, según la cual debe ser calificado de verdadera atribución patrimonial), lo que explica, por ejemplo, que haya sido considerada por esta Dirección General como título inmatriculador.

La extinción de la comunidad *stricto sensu* termina con la situación de condominio y constituye un derecho de propiedad exclusiva a favor del comunero que se adjudica el bien o cada una de las porciones materiales que resulten de su

división. Y la misma consideración debe trasladarse a la partición de la herencia (vid. el citado artículo 1068 del Código Civil).

Tradicionalmente nuestro Derecho ha mirado con disfavor las situaciones de comunidad o condominio, por ser antieconómicas (se dificulta la explotación de los bienes y se reduce su valor), y constituir fuente de litigiosidad («mater rixarum»), aunque más propiamente podría afirmarse que este disfavor sólo tiene lugar cuando la situación de comunidad no es eficiente económicamente, pues hay supuestos de comunidades funcionales en que la explotación, uso o disfrute «en común» es más eficiente que si este se dividiese. Por ello, y dejando a salvo supuestos especiales, lo cierto es que la ley permite, y aun facilita, la extinción de la comunidad, que puede tener lugar mediante lo que propiamente constituye una división material de la cosa común, cuando su naturaleza lo permite, o mediante la reunión de todas las cuotas en una sola persona (comunero o no), en virtud de los correspondientes desplazamientos patrimoniales por cualesquiera títulos de adquisición o dispositivos, incluyendo la renuncia de un comunero; y también, cuando se trate de bienes indivisibles, por su adjudicación a uno que compensa a los otros su derecho (en dinero o mediante otros bienes o servicios), sin que por ello pueda considerarse que se trata de un acto de enajenación, sino meramente de un negocio de naturaleza especificativa con todas las consecuencias que ello lleva implícito (cfr. artículos 404 y 1062 del Código Civil y las Resoluciones de 6 de abril de 1962, 2 de enero de 2004, 4 de abril de 2005 y 16 de diciembre de 2021, entre otras).

La Sala Tercera del Tribunal Supremo ha puesto de relieve que «la división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha –ni a efectos civiles ni a efectos fiscales– sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente» (vid. Sentencias números 1484/2018, de 9 de octubre; 1484/2018, 9 de octubre; 382/2019, 20 de marzo, y 1269/2022, 10 de octubre).

5. En vía de principios, no resulta aplicable a la partición de herencia o la división de cosa común lo establecido en el artículo 287.2.º del Código Civil, pues, como ya puso de relieve este Centro Directivo en Resolución de 21 de diciembre de 1929, «no se equiparan las adjudicaciones hechas al heredero en pago de sus derechos, o para otros fines, a los actos de enajenación».

Al establecer el artículo 1058 del Código Civil que si los herederos tienen la libre administración de sus bienes podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente, implica que la partición se considera como un acto de administración y no de disposición o enajenación, siempre que los concretos pactos entre los herederos se mantengan dentro del ámbito de lo particional, conforme a los artículos 1061 y 1062 del Código Civil.

Ahora bien, aun cuando no es exigible la autorización judicial previa a que se refiere el artículo 287 del Código Civil, es aplicable la regla del artículo 289, de modo que será necesaria la aprobación judicial posterior. Y, según este último precepto legal, si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición –o la división de cosa común, hay que entender– deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

6. En relación con el conflicto de intereses, debe guardarse especial cuidado respecto de los representantes legales de las personas con discapacidad (como es el caso de la tutora, con funciones de curadora representativa, en el presente caso), y, en vía de principios, es aplicable lo dispuesto en el artículo 283 del Código Civil, según el cual cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre quien desempeñe la curatela y la persona a quien preste apoyo, el letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya.

El artículo 295 del Código Civil establece que: «Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad (...) 2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo».

Existe conflicto de intereses siempre que en una determinada situación una misma persona tenga posiciones jurídicas contrapuestas, de tal manera que el provecho de una necesariamente tenga que obtenerse en detrimento de la otra. De este modo, para exceptuar la regla general de representación legal 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 representantes legales de sus propios intereses irá en detrimento de los de los representados (cfr., por todas, las Sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003 y 17 de mayo de 2004). Se excluye así del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente de que se 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.

La solución a los supuestos de conflicto de intereses en situaciones concretas se ha solventado según una casuística que ha ido siendo delimitada por la jurisprudencia y por la doctrina de este Centro Directivo, pero que dependerá en cada caso de la posible o presunta existencia de intereses contrapuestos.

Esta Dirección General 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 -o división de la cosa común- si no es con la intervención de un defensor judicial, y ha atendido a diversos elementos de carácter objetivo, que en general apuntan a la inexistencia de automatismo en las diversas fases de la adjudicación hereditaria, es decir en la confección del inventario, en la liquidación de las cargas y en la adjudicación de los bienes.

7. En el caso al que se refiere este expediente, es indudable que la tutora tiene interés directo en las consecuencias de la disolución de la comunidad y como representante legal de su hermano copropietario compromete dos intereses que en el planteamiento legal aparecen enfrentados: el suyo propio y el de su representado.

La concurrencia de la representante de la persona con discapacidad con la intervención en su propio nombre por parte de la tutora, con funciones de curadora representativa, para fijar, con otros interesados, inventario, valoraciones, determinación de lotes y adjudicaciones, con carta de pago de los haberes, crea, a priori, un eventual conflicto de intereses, en cuanto contrapuestos, que podría haberse obviado con la designación de defensor judicial.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el negocio documentado ha obtenido autorización judicial previa, lo que plantea si esta actuación es suficiente para considerar cumplida la intervención requerida y omitida: nombramiento de defensor judicial y aprobación judicial [vid. artículos 289 y 295.2.º del Código Civil, i.f)].

La respuesta debe ser afirmativa si se tienen en cuenta las circunstancias concurrentes (anteriormente detalladas: descripción y valoración de las siete fincas, con adjudicación al representado de las tres fincas que se describen, en unas condiciones que coinciden con las que constan en la escritura; con dispensa a la tutora de la obligación de aprobación judicial posterior, sin oposición del Ministerio Fiscal, por ser lo más beneficioso para la persona con discapacidad).

De la interpretación finalista de los preceptos legales citados y atendiendo a la deseable simplificación de actuaciones judiciales, por economía procesal, puesta de manifiesto para otros casos en Resoluciones de este Centro Directivo de 23 de julio de 1990 y 25 de abril de 2001, debe concluirse en la innecesariedad del nombramiento de defensor judicial y de aprobación judicial para la disolución de comunidad

documentada, lo que resulta coherente con la necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico, siempre que –como ocurre en este caso– queden debidamente salvaguardados los intereses de la persona con discapacidad.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de marzo de 2024.–La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.