

ción General de los Registros y del Notariado, según el trámite previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria, en el plazo de un mes desde la fecha de la notificación de la calificación, recurso que se deberá presentar en este Registro de la Dirección General de los Registros y del Notariado, debiéndose acompañar el título objeto de la calificación, en original o por el testimonio y una copia de la calificación efectuada. La resolución expresa o presunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado será recurrible ante los órganos del orden jurisdiccional civil, siendo de aplicación las normas del juicio verbal. La demanda deberá interponerse en el plazo de dos meses desde la notificación de la resolución practicada al interesado o tratándose de recurso desestimado por silencio administrativo, en el plazo de un año desde la fecha de interposición del recurso gubernativo ante los Juzgados de la capital de la provincia a la que pertenece el lugar en que esté situado el inmueble. Todo ello sin perjuicio del derecho que asiste a los interesados a contender entre sí acerca de la eficacia o ineficacia del acto o negocio contenido en el título calificado a la de este mismo.

Valladolid, 31 de enero de 2002.—El Registrador.—Firma ilegible.

### III

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la referida calificación, y alegó: Que la Registradora comete un grave error en la interpretación del testamento y la voluntad del acusante. Que conforme dicho testamento no puede hablarse de legítima, ni tiene sentido la expresión utilizada en la nota de calificación, según la cual doña Marina procede a adjudicarse «más de lo que por su legítima le corresponde». Que el conflicto de intereses no se da ni puede darse por la mera concurrencia de los hijos menores sujetos a patria potestad con el cónyuge superviviente, sino que, como tiene declarado la propia Dirección General, es una cuestión de hecho que debe ser aplicada conforme a las circunstancias del caso. Que en este caso se trata de una partición efectuada sin la formación de lotes, sino mediante la mera adjudicación de porciones indivisas y derechos expresados por el causante en su testamento y sin que por ello pueda producirse perjuicio de una incorrecta valoración de los lotes a adjudicar. Que contiene la partición un acto previo de declaración de obra nueva sobre una finca rústica, vivienda unifamiliar de 88,99 metros cuadrados, valorada en 4.000.000 de pesetas. Que la finca sobre la que se edificó fue adjudicada en vida de ambos cónyuges con carácter ganancial, por ello el régimen de dicho bien ha de ser siempre ganancial en virtud del principio de «superficie sólo cedit» (cfr. Resolución de 14 de marzo de 1991). Que es cierto que de haberse realizado la obra enteramente a expensas del patrimonio privativo del causante, existiría un derecho de reembolso a cargo de la sociedad de gananciales que entregaría la masa relicta privativa. En todo caso el bien continuaría siendo de naturaleza ganancial y sujeto a las normas de partición practicadas. Que sobre el importe del reembolso habrá de recaer, además el usufructo universal del cónyuge, y que sería deudora la sociedad de gananciales. Que hay que seguir teniendo en cuenta que el cónyuge superviviente tiene treinta y ocho años en el momento de practicarse la partición, lo cual hace que la valoración del usufructo se aproxime a la del pleno dominio. Que la Registradora no ha tenido en cuenta la Resolución de 23 de julio de 1990.

### IV

La Registradora de la Propiedad informó: Que el problema planteado es determinar si en las operaciones realizadas existe conflicto de intereses entre la madre y las hijas que haga preciso el nombramiento de un defensor judicial que represente a las menores en la liquidación de la sociedad de gananciales y partición de herencia (artículo 163 del Código Civil), y, en su caso, que todo ello sea aprobado judicialmente (artículo 1.060, párrafo 2.º, del Código Civil). Que la doctrina ha señalado que existe un conflicto de intereses entre padres e hijos en aquellos casos en que a las ventajas de aquéllos corresponde el daño de éstos. Que la jurisprudencia también ha tratado de formular orientaciones generales, conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1934, 6 de noviembre de 1939 y 30 de noviembre de 1961. Que se considera que en el caso planteado el hecho de hacerse partición conforme al testamento no implica que desaparezca el concepto de legítima, ni impide que no exista conflicto de intereses. Que lo que caracteriza la legítima en el Código Civil es que es de orden público y así lo preceptúa el artículo 813. Que en el caso que se trata, el tercio de legítima resulta gravado con un usufructo a favor de la viuda. Que si bien doctrinal y jurisprudencialmente está admitida la «cautela socini», la adjudicación al menor en los términos del caso que se estudia, gravada con el usufructo vitalicio a favor de la madre

y representante de los menores, genera una situación de conflicto de intereses que exige que los menores en la partición estén representados por alguien con el que no tengan conflicto de intereses, es decir, por un defensor judicial. Que para mayor abundamiento, en el caso planteado, se procede por parte de la madre y representante de los menores a declarar unilateralmente que la obra nueva fue realizada a expensas de la sociedad de gananciales, volviendo a producirse conflicto de intereses entre la madre y los hijos menores. Que se hace imprescindible que en la formación del inventario de los bienes relictos intervenga el defensor judicial (cfr. Resolución de 3 de julio de 1995). Que la Resolución de 23 de julio de 1990 es anterior a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya disposición final decimoctava agrega un segundo párrafo al artículo 1.060 del Código Civil.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 808, 813 y 1.060 del Código Civil y las Resoluciones de esta Dirección General de 10 de enero de 1994 y 25 de abril de 2001.

1. 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.

2. Tiene razón la Registradora cuando afirma 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» supone también dicha contraposición de intereses, pues tal fórmula admitida doctrinal y jurisprudencialmente consiste en que los legítimos 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 legítimos 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 del Código Civil.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso interpuesto, confirmando la calificación de la Registradora.

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, 15 de mayo de 2002.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

Sr. Registrador de la Propiedad de Valladolid.

**13541** RESOLUCIÓN de 24 de mayo de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Marbella, don Álvaro E. Rodríguez Espinosa, contra la negativa de la señora Registradora de la propiedad número 4 de dicha ciudad, doña Nieves Ozámiz Fortis, a inscribir una escritura de resolución de contrato, en virtud de apelación del recurrente.

En el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Marbella, don Álvaro E. Rodríguez Espinosa, contra la negativa de la señora Registradora de la propiedad número 4 de dicha ciudad, doña Nieves Ozámiz Fortis, a inscribir una escritura de resolución de contrato, en virtud de apelación del recurrente.

## Hechos

### I

Por escritura otorgada el 2 de marzo de 1998, ante el Notario de Marbella don Álvaro E. Rodríguez Espinosa, don Francisco A. F. y doña Carmen G. A. dejan sin efecto la donación formalizada el 10 de abril de 1991, ante el Notario de Estepona, don Manuel Serrano Pérez, referida a la finca registral número 9.857, del Registro de la Propiedad número 4 de Marbella.

En dicha escritura, que se califica como «Resolución de Contrato», en su estipulación primera se establece que «Los comparecientes, dejan sin efecto el contrato de donación, descrito en el expositivo primero de esta escritura. En consecuencia don Francisco A. F., recupera la propiedad de la finca descrita, de la que le hace entrega en este acto, doña Carmen G. A. ... Segundo. Don Francisco A. F. entrega a doña Carmen G. A., en concepto de reintegro de todos los gatos ocasionados con motivo de la donación realizada en su día la cantidad de seiscientos mil pesetas».

La cantidad señalada se aplaza en parte y su pago faculta a la donataria para, a su elección exigir el pago total u obtener resolución de contrato, en concepto de cláusula penal.

### II

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 4 de Marbella, fue calificación con la siguiente nota: «Calificado el precedente documento, que se presentó el día siguiente de este mes, tras examinar los antecedentes del Registro, se deniega la inscripción solicitada por el defecto insubsanable de que la donación no puede «dejarse sin efecto», por el mero acuerdo de las partes, regulándose esta materia en los artículos 644 y siguientes del Código Civil, y conforme al principio general que establece el artículo 1.255 del mismo cuerpo legal.—Esta nota se extiende al amparo de lo previsto en el artículo 429 del Reglamento Hipotecario, y contra ella puede interponerse los recursos regulados en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y concordantes. Marbella, a 10 de junio de 1999. La Registradora. Fdo.: Nieves Ozámiz Fortis».

### III

El Notario autorizante de la escritura, don Álvaro E. Rodríguez Espinosa, interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota y alegó: Que la nota de calificación hace referencia a una revocación unilateral de donación, regulada en los artículos 644 y siguientes del Código Civil, cuando la escritura presentada no contiene una revocación unilateral, sino una resolución de donación de carácter bilateral, constando en la misma el consentimiento del donante y donatario. Que, en cualquier caso, se califique la donación como acto jurídico o contrato, la remisión a las normas de los contratos, contenida en el artículo 621 del Código Civil, es clara. Que las donaciones entre vivos, como todo contrato, son irrevocables, pero no se opone a esta irrevocabilidad la posibilidad de quedar sin efecto por voluntad expresa de las partes (artículos 1.091 y 1.255 del Código Civil). Que en todo caso se trataría de un contrato innominado, atípico, válido, siempre que no atentara a la ley u orden público.

### IV

La Registradora en su informe de defensa de la nota argumentó lo siguiente: Que, según el artículo 609 del Código Civil, la donación es un modo de adquirir el dominio, y este efecto traslativo hay que anularlo a la escritura de donación (artículo 633 en relación con el artículo 1.426 del Código Civil y con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria). Que es la ley la que establece los modos de adquirir el dominio, de modo que, las partes que no puedan crear la vía o forma de extinción del derecho de propiedad, y no existe previsión legal que admita la extinción del derecho de propiedad, por quien válidamente lo ha adquirido, por el simple acuerdo retroactivo con quien se lo transmitió, es decir la donación consumada sólo puede quedar sin efecto mediante la revocación en la forma y casos legalmente previstos. En los demás casos si el donatario quiere retransmitir al donante habrán de recurrir a alguna de las formas legalmente establecidas para la transmisión del dominio: Donación, sucesión mortis causa, etc... Que no cabe discusión alguna sobre la aplicabilidad a las donaciones

intervivos de la normativa general sobre obligaciones y contratos, pero la libertad de pactos tiene las limitaciones que impone el artículo 1.255 del Código Civil, y el contrato consumado es indisponible para las partes que en el intervinieron. Que es posible llevar a cabo una extinción convenida de la anterior relación contractual, que ha sido válida en todo momento, a través del mutuo disenso, el cual es nuevo contrato, y deberá reunir los requisitos de capacidad, objeto, causa y forma necesarios para la validez del contrato, además fiscalmente, de conformidad con los artículos 60-5 del texto refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y 81-5 de su Reglamento, resulta que no solo da lugar a la devolución del impuesto, sino que se considera como un acto nuevo sujeto a tributación.

### V

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla desestimó el recurso interpuesto, confirmando la nota de la Registradora.

### VI

El Notario apeló el auto presidencial manteniéndose, en esencia, en sus alegaciones, añadiendo que en nuestro Ordenamiento Jurídico se da un trato permisivo a la resolución de las obligaciones y contratos por mutuo acuerdo de las partes (artículos 480, 1.504, 1.506 y 1.124; Resoluciones de 27 y 29 de diciembre de 1973, entre otras) y, en todo caso, la escritura contiene todos los elementos esenciales para la mutación del dominio.

## Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 609, 1.281, 1.284, 1.285 y 1.295 del Código Civil.

1. Se debate en el presente recurso sobre la inscripción de un negocio por el que los otorgantes «dejan sin efecto un contrato de donación» que habían celebrado previamente, recuperando el originario donante la propiedad de la finca donada, de la que «le hace entrega en este acto, la en su día, donataria» obligándose aquél «a reintegrar a esta todos los gatos ocasionados con motivo de la donación realizada en su día», reintegro que se aplaza en parte y cuyo impago faculta a la donataria «para a su elección, elegir el pago total u obtener la resolución del contrato, en concepto de cláusula penal».

El Registrador deniega la inscripción porque «la donación no puede dejarse sin efecto por el previo acuerdo de las partes».

2. Ciertamente lleva razón el Registrador cuando afirma que perfeccionada la donación produciría sus efectos, entre ellos, la transmisión del dominio de la casa donada a favor del donatario (cfr. 609 Código Civil), y que los otorgantes no pueden después convenir con alcance «erga omnes» que dichos efectos se tengan por no producidos. Mas nada obsta que aquéllos, mediante un nuevo negocio que cumpla todas las exigencias legales para su validez y eficacia (cfr. 1.295, 609 Código Civil), puedan provocar el restablecimiento de la titularidad preexistente, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas operadas en la fase intermedia (o, incluso convenir que en el ámbito restringido de las relaciones personales entre ellos, se opere como si la donación no hubiera llegado a existir). Y esto es lo que parece ocurrir en el caso debatido, pues al estipular que el donante «recupera la propiedad», que el donatario «entrega en este acto la cosa», que aquel se obliga al reintegro de gastos realizados por éste, etc., están pretendiendo el restablecimiento de la situación anterior, y en este sentido debe entenderse la expresión «dejan sin efecto», sin que su literalidad sea determinante, en detrimento de la voluntad inequívoca reflejada en el total negocio documentado (cfr. artículo 1281 Código Civil), de la valoración global de sus cláusulas (cfr. 1.285 Código Civil) y de su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzca efectos (cfr. 1.284 Código Civil).

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado.

Madrid, 24 de mayo de 2002.—La Directora general, Ana López-Monís Gallego.

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