

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA Y RELACIONES CON LAS CORTES

3327 *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.*

En el recurso interpuesto por doña M. I. contra la negativa de la registradora de la Propiedad de Boadilla del Monte, doña Isabel María Maldonado Vilela, a inscribir una escritura de liquidación de sociedad de gananciales, aceptación y adjudicación de herencia.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 31 de julio de 2013 por el notario de Madrid, don Jorge Sáez-Santurtún Prieto, con el número 2.693 de protocolo, se formalizó la liquidación de sociedad de gananciales, aceptación y adjudicación de herencia por fallecimiento de doña S. C. T., ocurrido el día 7 de marzo de 2023. Dicha escritura era otorgada por doña M. I., viuda de la causante, en su propio nombre y derecho y, además, en nombre de su hijo menor de edad (don L. T. I.), en ejercicio de la patria potestad.

Por no haber otorgado testamento la causante, fue declarado único heredero abintestato dicho menor de edad mediante actas autorizadas por el citado notario los días 26 de mayo y el 21 de junio de 2023.

En el inventario se incluían, además de bienes privativos de la causante, bienes gananciales, valorados en 2.112.368,01 euros consistentes en una vivienda (finca registral número 36.570 del Registro de la Propiedad de Boadilla del Monte), un vehículo y once cuentas corrientes bancarias. En pago de sus gananciales, se adjudicaba a la viuda el pleno dominio de dicha vivienda (valorada en 1.000.000 de euros) más 56.184 euros del saldo de varias cuentas bancarias; y, en pago, de su legítima, el usufructo de un tercio de los bienes de la herencia.

Respecto de la adjudicación del pleno dominio de dicha vivienda, en la escritura se expresaba que «se efectúa haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 1406.4.º del Código Civil, al constituir la vivienda en la que la viuda compareciente tiene su residencia habitual».

En el asiento de inscripción de dicha finca en el Registro de la Propiedad constaba que fue adquirida por la causante con carácter ganancial.

II

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

«Presentada escritura otorgada en Madrid el 31 de julio de 2013 ante el notario don Jorge Sáez-Santurtún Prieto, protocolo 2693, junto con testimonio de la diligencia de subsanación de fecha 31 de agosto de 2023 y acta de declaración de herederos, que causó el asiento 162 del Diario 75, el día 4 del septiembre actual y acreditado el

cumplimiento de las obligaciones fiscales, se suspende la inscripción del documento por los hechos y fundamentos de derecho siguiente:

En la escritura que se califica se formaliza la partición de una herencia intestada en la que el único heredero es menor de edad (nacido en 2012) y está representado por su madre, doña M., como única titular de la patria potestad. Entre los bienes que integran el caudal relicto está la registral 36570 que consta inscrita a favor de la causante con carácter ganancial y respecto de la cual la cónyuge supérstite ejercita la opción prevista en el artículo 1406,4.º del Código Civil al liquidar la sociedad conyugal.

El ejercicio de dicha opción implica un conflicto de intereses entre la madre y el hijo (artículo 162, 2.º del Código Civil) por lo que es necesario nombrar al menor un defensor judicial (artículo 163 del Código Civil). En tal sentido se pronuncia la DGSJyFP en resoluciones de 27 de noviembre de 1986 y 2 de agosto de 2012 declarando en esta última: “El interés directo que tiene el cónyuge viudo en las consecuencias de la liquidación de gananciales le priva de la representación legal en la propia determinación del inventario ganancial si el activo está integrado total o parcialmente por bienes cuya ganancialidad no viene predeterminada legalmente sino que es fruto de una presunción legal susceptible de ser combatida (Resolución de 14 de marzo de 1991) o de una declaración unilateral del fallecido (Resolución de 3 de abril de 1995). Del mismo modo su interés directo en la adjudicación de bienes como consecuencia de la liquidación de gananciales le priva de la representación legal de sus hijos menores de edad si como consecuencia de la liquidación se forman lotes desiguales en evidente conflicto con los intereses de su representado (entre otras, resolución de 27 de noviembre de 1986). Por los mismos motivos cesa la representación legal del progenitor en la partición estrictamente hereditaria si esta es parcial (Resolución de 3 de abril de 1995), si se hace con ejercicio de derechos que corresponden a los menores representados (Resolución de 15 de mayo de 2002) o se hace mediante la formación de lotes desiguales o que no respeten las titularidades abstractas derivadas de la comunidad existente como consecuencia del fallecimiento del otro cónyuge (entre otras, Resolución de 6 de febrero de 1995).”

Contra esta calificación (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por Isabel María Maldonado Vilela registrador/a de Registro Propiedad de Boadilla del Monte a día trece de septiembre del dos mil veintitrés.»

III

Contra la anterior nota de calificación, doña M. I. interpuso recurso el día 13 de octubre de 2023 por escrito en el que alegaba los siguientes motivos:

«Primero. La Sra. Registradora de la Propiedad califica negativamente el documento notarial, suspendiendo su inscripción, por considerar que en la escritura que se califica se formaliza la partición de una herencia intestada en la que el único heredero es menor de edad (nacido en 2012) y está representado por su madre, doña M., como única titular de la patria potestad. Entre los bienes que integran el caudal relicto está la finca registral 36570 que consta inscrita a favor de la causante con carácter ganancial y respecto de la cual la cónyuge supérstite ejercita la opción prevista en el artículo 1406,4.º del Código Civil al liquidar la sociedad conyugal. Según la Sra. Registradora, el ejercicio de dicha opción implica un conflicto de intereses entre la madre y el hijo del artículo 162.2.º del Código Civil, por lo que considera necesario nombrar al menor un defensor judicial según el artículo 163 del Código Civil, y se apoya para ello en las resoluciones de la DGSJyFP de 27 de noviembre de 1986 y 2 de agosto de 2012 “El interés directo que tiene el cónyuge viudo en las consecuencias de la liquidación de gananciales le priva de la representación legal en la propia determinación del inventario ganancial si el activo está integrado total o parcialmente por bienes cuya ganancialidad

no viene predeterminada legalmente sino que es fruto de una presunción legal susceptible de ser combatida (Resolución de 14 de marzo de 1991) o de una declaración unilateral del fallecido (Resolución de 3 de abril de 1995). Del mismo modo su interés directo en la adjudicación de bienes como consecuencia de la liquidación de gananciales le priva de la representación legal de sus hijos menores de edad si como consecuencia de la liquidación se forman lotes desiguales en evidente conflicto con los intereses de su representado (entre otras, resolución de 27 de noviembre de 1986). Por los mismos motivos cesa la representación legal del progenitor en la partición estrictamente hereditaria si esta es parcial (Resolución de 3 de abril de 1995), si se hace con ejercicio de derechos que corresponden a los menores representados (Resolución de 15 de mayo de 2002) o se hace mediante la formación de lotes desiguales o que no respeten las titularidades abstractas derivadas de la comunidad existente como consecuencia del fallecimiento del otro cónyuge (entre otras, Resolución de 6 de febrero de 1995)." (...)

Segundo. Considera la parte recurrente que la liquidación de la sociedad de gananciales y la adjudicación de la vivienda a Doña M. se hace al amparo del derecho reconocido en el artículo 1406.4.º del Código Civil, y que establece que "Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual."

Tercero. La vivienda habitual tiene carácter ganancial, lo que queda acreditado en el título de compra en escritura pública de 29 de julio de 2021, número de protocolo 1326 de Don Carlos Ruiz-Rivas Hernando (...)

Cuarto. El valor de la vivienda en la escritura se corresponde con el valor de mercado a la fecha de fallecimiento de la causante, a efectos de hacer un reparto equitativo (...)

La recurrente entiende que ha existido error en la calificación de la Sra. Registradora y solicita a través de este recurso la correspondiente rectificación.

A los motivos anteriores son de aplicación los siguientes:

Fundamentos de Derecho:

I. El artículo 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria permite el recurso potestativo al establecer que "Las calificaciones negativas del registrador podrán recurrirse potestativamente ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en la forma y según los trámites previstos en los artículos siguientes".

II. Legitimación.

Concurre legitimación en la compareciente, como la persona a cuyo favor se hubiera de practicar la inscripción, al amparo de lo dispuesto en el art. 325, apartado a), de la Ley Hipotecaria.

III. Requisitos.

El presente recurso se ha interpuesto dentro del plazo de un mes a contar desde la fecha de notificación de la calificación, y contempla los requisitos que a tal fin exige el art. 326 de la Ley Hipotecaria (...)

IV. Fondo.

El artículo 1406.4.º del Código Civil, establece que "Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde este alcance: 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual."

Respecto a las resoluciones que indica la Registradora, la resolución de 27 de noviembre de 1986 se refiere a tres fincas registrales distintas que intentan adjudicarse a un único titular en base a una presunción de unidad de explotación, en virtud de pactos entre las partes, por lo que no hay ninguna identidad con el tema que nos ocupa.

Por su parte, la resolución de 2 de agosto de 2012 la DGSJYFP a la que hace referencia la Registradora, da la razón al recurrente y considera que “tiene razón el recurrente cuando afirma que no existe tal conflicto porque en relación a la vivienda cuya inscripción se solicita su determinación como bien ganancial proviene directamente de la atribución que de tal carácter se hizo en el acto adquisitivo y no de una presunción legal y tampoco en las adjudicaciones verificadas porque no existen adjudicaciones de bienes concretos a los interesados sino cuotas indivisas de todos y cada uno de los bienes con mera transformación en romana de las cuotas que ostentaban en las comunidades gananciales y hereditarias preexistentes de conformidad con la doctrina de este Centro Directivo. Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora.”

El artículo 162 del Código Civil establece que la regla general es que Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados, y establece como excepción que exista un conflicto de intereses. A su vez, el artículo 163.1 del Código Civil establece que 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.

Como tal excepción, sólo se produce cuando se dan los presupuestos legales para ello, debe existir un conflicto real que contraponga los intereses entre la madre y el hijo, causando una desventaja, no sirviendo un mero peligro hipotético que lo que haría sería generalizar dicha excepción.

Cuando se liquida una herencia previa liquidación del patrimonio ganancial, sólo podría haber conflicto de intereses si el inventario de bienes gananciales está integrado por bienes cuya ganancialidad no viene predeterminada legalmente, si no [sic] que es fruto de una presunción legal, cosa que no ocurre en este caso, pues la vivienda habitual tiene indiscutiblemente carácter ganancial, y como tal es susceptible de adjudicarse al cónyuge viudo en virtud del artículo 1406.4 del Código Civil. Igualmente, los lotes que se hacen son equitativos y se ha valorado la vivienda a valor de mercado, lo que no se vulnera en ningún caso el interés de su hijo L.».

IV

Notificada, conforme a lo establecido en el artículo 327, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria, la interposición del recurso al notario de Madrid, don Jorge Sáez-Santurtún Prieto, como autorizante del título calificado, formuló las siguientes alegaciones mediante escrito de fecha 19 de octubre de 2023:

«(...) - no se aprecia conflicto de intereses en la otorgante que le impida el normal ejercicio de la patria potestad en representación de su hijo menor de edad.

– la buena fe ha de presumirse siempre en el ejercicio de la patria potestad que una madre ejerce sobre su hijo menor de edad. Tal potestad se ejercita siempre en interés del hijo (art. 154.2 Cc). Por ello, la apreciación de un conflicto de interés en este ámbito ha de ser objeto de una interpretación rigurosamente estricta.

En este sentido, el propio artículo 163 Código Civil exige para que un progenitor deba ser apartado de la representación del hijo la concurrencia de un interés “opuesto”, a diferencia de la legislación sobre la materia en otros ámbitos en que la referencia habitual es al “conflicto” de interés.

– en el caso concreto de la escritura calificada, no se aprecia interés opuesto ni conflicto en la formación del inventario ganancial, al tratarse de bienes expresamente calificados como tales, sin presunciones que pudieran ser desvirtuadas, por lo que las Resoluciones de la DGSJyFP citadas en la calificación registral no resultan aplicables al presente caso.

– tampoco se aprecia interés opuesto ni conflicto en las adjudicaciones hereditarias derivado del hecho de que la partición pudiera ser parcial, ya que precisamente en el

presente caso la partición es total, por lo que tampoco resultan aplicables otras Resoluciones de la DG referidas en la calificación registral.

– la única singularidad de la liquidación ganancial objeto de la escritura calificada es que la cónyuge viuda otorgante ejercita en legal forma el derecho de adjudicación preferente a su favor de la vivienda habitual, derecho expresamente contemplado en el artículo 1406.4 Código Civil, siendo el único límite legal para tal adjudicación el que con ella no se sobrepase el límite del haber ganancial del cónyuge adjudicatario, límite rigurosamente observado en el presente caso, con la naturalidad, buena fe y uso normal con que los derechos se ejercitan en el ámbito de la relación entre una madre y su hijo menor de edad.

– este derecho de adjudicación de la vivienda habitual previsto legalmente existe tanto en el supuesto de que el cónyuge viudo concorra con hijos ya mayores de edad, como en el de que estos sean aún menores. En ambos casos, se trata de un derecho rigurosamente potestativo, contra el que, si la viuda decide su ejercicio, no cabe oposición.

– por tanto, de conformidad a estos argumentos, no se aprecia en el presente caso un evidente interés opuesto, ni conflicto, que exija el desplazamiento de la natural representación de un hijo por su madre hacia otra persona ajena. Tampoco concurren en el presente caso ninguno de los supuestos legalmente previstos en que el progenitor precisa de autorización judicial para el otorgamiento en nombre del menor (art. 166 Cc).

Se estima, en definitiva, atendiendo a la concreta forma en que se ha practicado la liquidación y adjudicación en la escritura calificada, que las facultades representativas de la progenitora otorgante son legítimas y suficientes, y, en consecuencia, este notario entiende que la escritura ya autorizada ha de poder ser inscrita en el registro de la propiedad.»

V

Mediante escritos de fecha 17, 20 y 26 de octubre de 2023, la registradora de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 162, 163, 299, 1058, 1060, 1346, 1347, 1361 y 1410 del Código Civil; 18 de la Ley Hipotecaria; las Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1989, 17 de enero y 5 de noviembre de 2003, 17 de mayo de 2004, 1 de junio de 2006 y 8 de junio de 2011; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de noviembre de 1986, 27 de enero de 1987, 14 de marzo de 1991, 10 de enero de 1994, 6 de febrero y 3 de abril de 1995, 25 de abril de 2001, 15 de mayo, 6 de noviembre y 18 de diciembre de 2002, 11 de marzo y 15 de septiembre de 2003, 14 de septiembre de 2004, 14 de julio de 2005, 14 de diciembre de 2006, 22 de octubre de 2007, 14 de mayo de 2010, 26 de septiembre de 2011, 23 de mayo, 2 de agosto y 4 de septiembre de 2012, 14 de junio de 2013, 2 de marzo, 5 de febrero, 22 de junio y 27 de octubre de 2015, 15 de noviembre de 2016 y 21 de marzo de 2019, y las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 24 de enero y 5 de septiembre y 30 de octubre de 2023.

1. Debe decidirse en este expediente si es o no inscribible una escritura de liquidación de sociedad de gananciales, aceptación y adjudicación de herencia en la que concurren las circunstancias siguientes:

Otorga dicha escritura la viuda de la causante (fallecida el 7 de marzo de 2023), en su propio nombre y derecho y, además, en nombre su hijo menor de edad, en ejercicio de la patria potestad.

Por no haber otorgado testamento la causante, fue declarado único heredero abintestato dicho menor de edad.

En el inventario se incluyen, además de bienes privativos de la causante, bienes gananciales, valorados en 2.112.368,01 euros consistentes en una vivienda (finca registral 36.570 del referido Registro), un vehículo y once cuentas corrientes bancarias. En pago de sus gananciales, se adjudica a la viuda el pleno dominio de dicha vivienda (valorada en 1.000.000 de euros) más 56.184 euros del saldo de varias cuentas bancarias; y en pago de su legítima el usufructo de un tercio de los bienes de la herencia.

Respecto de la adjudicación del pleno dominio de dicha vivienda, en la escritura se expresa que «se efectúa haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 1406.4.º del Código Civil, al constituir la vivienda en la que la viuda compareciente tiene su residencia habitual».

En el asiento de inscripción de dicha finca en el Registro de la Propiedad consta que fue adquirida por la causante con carácter ganancial.

La registradora suspende la inscripción por entender que el ejercicio de la opción prevista en el artículo 1406.4.º del Código Civil implica un conflicto de intereses entre la madre y el hijo menor, por lo que es necesario nombrar a este un defensor judicial (artículos 162.2.º y 163 del Código Civil).

La recurrente alega, en síntesis, que no existe tal conflicto de intereses porque la determinación de la vivienda como bien ganancial proviene directamente de la atribución que de tal carácter se hizo en el acto adquisitivo por la causante y no de una presunción legal. Y añade que el valor de dicha vivienda indicado en la escritura se corresponde con el valor de mercado a la fecha de fallecimiento de la causante.

El notario autorizante de la escritura alega: a) que en la escritura calificada no se aprecia interés opuesto ni conflicto en la formación del inventario ganancial, al tratarse de bienes expresamente calificados como tales, sin presunciones que pudieran ser desvirtuadas; b) que el único límite legal para el ejercicio del derecho de adjudicación preferente de la vivienda habitual, expresamente contemplado en el artículo 1406.4.º Código Civil, es que con ella no se sobrepase el límite del haber ganancial del cónyuge adjudicatario, límite rigurosamente observado en el presente caso, y c) que ese derecho de adjudicación de la vivienda habitual previsto legalmente existe tanto en el supuesto de que el cónyuge viudo concorra con hijos ya mayores de edad, como en el caso de ser estos aún menores; y, en ambos casos, se trata de un derecho contra el que, si la viuda decide su ejercicio, no cabe oposición.

2. Según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil, la regla general de representación legal de los hijos menores de edad no emancipados por parte de los padres que ostenten la patria potestad queda exceptuada respecto de los actos «(...) en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo». Y el artículo 163, párrafo primero, establece que, siempre que en algún asunto los progenitores 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.

Según la reiterada doctrina de este Centro Directivo en la interpretación de tales preceptos legales (cfr. las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente), la excepción a la regla general de representación legal sólo juega cuando concurren los presupuestos legalmente establecidos. De este modo, para exceptuar el régimen general es imprescindible que entre representante y representado exista oposición de intereses, es decir un conflicto real de intereses que viene definido por la existencia de una situación de ventaja de los intereses del representante sobre los del representado. Como ha entendido el Tribunal Supremo, la situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos (cfr., por todas, las Sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003 y 17 de mayo de 2004). Se excluye así del supuesto previsto por la norma el mero peligro hipotético o la mera suposición de que pudiera concurrir un supuesto de conflicto si se dan circunstancias no acreditadas en el expediente 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.

3. La solución a los supuestos del 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 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.

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 (cfr. artículos 163 y 1060 del Código Civil y la Resolución de 5 de febrero de 2015, citada también por las recientes Resoluciones de 5 de septiembre y 30 de octubre de 2023).

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

Por el contrario, como pusieron de relieve las Resoluciones de este Centro Directivo de 10 de enero de 1994 y 6 de febrero de 1995, cuando el régimen económico-matrimonial sea de gananciales y los bienes que lo integren reciban aquella cualidad del título de adquisición (artículo 1347 del Código Civil), al no operar la presunción de ganancialidad (artículo 1361 del Código Civil) no cabe la posibilidad de que pueda ser destruida y por consiguiente no surge oposición de intereses en la realización del inventario de los bienes que son gananciales. Asimismo, no existe conflicto de intereses en la liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia otorgada por el

cónyuge viudo en su propio nombre y en representación legal de sus hijos menores, cuando la liquidación es total, todos los bienes inventariados fueron adquiridos por el cónyuge premuerto para su sociedad conyugal y se adjudican «pro indiviso» al cónyuge 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» (Resolución de 15 de septiembre de 2003); tampoco en el caso de adjudicación «pro indiviso» de bienes de la herencia, realizada por la viuda en su favor y en representación de sus hijos menores de edad si había estado casada en régimen de separación de bienes (Resolución de 27 de enero de 1987); o cuando uno de los herederos interviene en su propio nombre y además como tutor de otro y se adjudica en nuda propiedad una cuota parte indivisa del único bien inventariado a los herederos (Resolución de 14 de septiembre de 2004).

5. En el caso al que se refiere este expediente, ciertamente el carácter ganancial de la vivienda adjudicada a la viuda de la causante está determinado por la manifestación expresa de ésta en el título adquisitivo (artículo 1347 del Código Civil). Por ello, al no operar la presunción de ganancialidad (artículo 1361 del Código Civil) no cabe la posibilidad de que pueda ser destruida, de suerte que no surge oposición de intereses por la mera realización del inventario de los bienes que son gananciales.

Por otra parte, en relación con el ejercicio del derecho de atribución preferente de la vivienda donde tiene su residencia habitual el cónyuge superviviente, este Centro Directivo ha puesto de relieve (vid. Resolución de 2 de marzo de 2015) que el artículo 1407 concede al viudo tal derecho con carácter facultativo («(...) podrá el cónyuge pedir, a su elección (...)»), que implica, por su carácter legal, que no se puedan oponer los herederos u otros interesados en la herencia, salvo los herederos forzosos en defensa de su derecho a la legítima, por la especial naturaleza legal e intangible de ésta. Además, ni siquiera se ve sometida esta atribución preferente a la limitación cuantitativa señalada en el artículo 1406, «(...) hasta donde éste alcance (...)», ya que el artículo 1407 hace expresa excepción respecto del bien mencionado en el número 4 del artículo 1406, -además del 3- para la vivienda donde tuviese su residencia habitual, en el caso de muerte del otro cónyuge; y no sólo esto, sino que también regula expresamente la solución a un posible exceso de adjudicación: «Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero».

No obstante, debe entenderse que, precisamente, en la valoración de la vivienda objeto del ejercicio del derecho de atribución preferente se manifiesta que el cónyuge viudo tiene interés directo en las consecuencias de la liquidación de gananciales, pues la determinación de dicho valor por declaración unilateral de la representante beneficiada puede tener consecuencias favorables para ella y desfavorables para el representado.

Por ello, el recurso no puede ser estimado.

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

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

Madrid, 9 de enero de 2024.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, María Ester Pérez Jerez.