

Representación legal de hijos menores de edad en particiones hereditarias: Problemática jurídica

SUMARIO: INTRODUCCIÓN AL TEMA.—ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE 2 DE ENERO DE 2004: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 166 DEL CÓDIGO CIVIL.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

Hay que partir, por lo que respecta al tema de la representación de los hijos por sus progenitores, del contenido del artículo 154 de nuestro Código Civil, en el que se establece que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre, ejerciéndose siempre esta función en beneficio del hijo y comprendiendo, entre otros deberes y facultades, la de representarles y administrar sus bienes.

La problemática que se plantea, tras la lectura de este precepto, radica en la compleja distinción entre lo particional y lo dispositivo y, en consecuencia, en la necesidad, o no, de la aprobación o autorización judicial para determinadas actuaciones, problemática esta que abordo a continuación a través del análisis de una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de enero de 2004, así como de otras interesantes Resoluciones dictadas a este respecto.

ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE 2 DE ENERO DE 2004: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL ARTÍCULO 166 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 166 del Código Civil nos dice que los padres no podrán enajenar ni gravar los bienes inmuebles de sus hijos menores de edad, ni los establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mo-

biliarios, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

La autorización judicial no es precisa cuando el menor ha cumplido los dieciséis años y consintiere en documento público.

Hay que resaltar que las posibilidades de actuación judicial en las relaciones paterno-filiales son relativamente recientes y han ido dirigidas, inicialmente, a paliar las situaciones de abandono y de extrema pobreza de los menores. Es evidente que, en la actualidad, se ha incrementado, de manera notable, desde la Ley de 13 de mayo de 1981, que reformó el Derecho de Familia, otorgándole una nueva visión más progresista y liberalizadora tras los largos años de legislación paternalista y conservadora.

Efectivamente, la Reforma del 81 incrementó las medidas de control. No hay más que acercarse a la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1.979, en la que se declaraba que «la consideración prioritaria del interés del hijo ha conducido a acentuar en el ejercicio de la patria potestad la intervención y vigilancia del Juez, árbitro en muchos aspectos de las relaciones paterno-filiales, hasta el punto de concedérsele una amplia autorización para ordenar las medidas oportunas cuando el hijo —su vida, su seguridad, su salud— se halle en peligro».

El problema que planteaban estas medidas de control, siempre en beneficio e interés del hijo, venían referidas a que parte de la doctrina jurídica y un sector amplio de la sociedad española las consideró como una injerencia, intolerable, en la vida familiar, entendiendo que las relaciones paterno-filiales eran un ámbito reservado a la intimidad. Esta tesis, naturalmente, pasaba por alto la trascendencia que, de cara al exterior, tienen las relaciones familiares y, en particular, por lo que respecta al tema que estoy tratando, las relaciones paterno-filiales, no pudiéndose considerar restringidas al ámbito privado de una manera exclusiva.

Voy a entrar en el análisis de este tema a la luz de una interesante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 2 de enero de 2004, que paso a examinar a continuación, así como del análisis y estudio de otras Resoluciones dictadas a este respecto.

Los hechos se recondujeron a una escritura notarial otorgada en Cartagena, compareciendo la madre, viuda, de un hijo de catorce años de edad, dueño de una participación indivisa de una finca (participación de 5,79624 por 100), procediendo a extinguir el condominio sobre la vivienda o casa, adjudicándose dicha vivienda a uno de los condueños, abonando éste a cada uno de los restantes copropietarios, entre ellos al menor legalmente representado, el valor de su respectiva participación en dinero.

La escritura anteriormente citada fue presentada en el Registro de la Propiedad, siendo calificada con la siguiente nota: «Por la presente se le notifica la calificación negativa del documento que usted presentó/autorizó al Nota-

rio... por las siguientes causas: No consta la autorización judicial para la extinción del condominio con exceso de adjudicación realizada por doña María, en nombre de su hijo menor de edad don Ángel (art. 166 del Código Civil). Impide la inscripción. Contra esta calificación se podrá interponer recurso que se presentará en este Registro para la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo de un mes a contar desde su notificación...»

La madre interpuso, contra la anterior calificación, recurso gubernativo, alegando que sólo hay una causa que, a juicio del Registrador, impide la inscripción, cual es la falta de autorización judicial del artículo 166 del Código Civil.

También alegaba que, a esta única motivación, era preciso añadir los restantes elementos que integran el negocio jurídico llevado a cabo por los interesados en la mencionada escritura.

En este sentido, se debía examinar la cuantía de la participación proindivisa del menor, que era, como ya ha quedado expuesto anteriormente, de un 5,79624 por 100, razón más que suficiente para entender el asentimiento que la madre del menor presta a la extinción del condominio. Como una exigencia en defensa de los intereses de todos los comuneros, éstos exigieron, como requisito previo a la extinción del condominio, que una empresa, de valoración independiente, formulara la valoración del bien objeto de ello. Y en aras de exigir el máximo rigor en la valoración de la finca a efectos de garantizar el valor real de la misma, todos los comuneros acordaron que el valor de adjudicación debía ser superior a la efectuada por la empresa de tasación y convinieron unánimemente que el valor de la finca objeto de división sería de un 10 por 100 más del valor de tasación.

La vivienda se adjudicó a uno de los condueños y éste abonó, en el acto de la escritura, su respectivo haber a los demás comuneros.

Se alegó, asimismo, que el Registrador, al calificar el documento, no tuvo en cuenta que a la extinción de condominio de la finca descrita, que es indivisible, se han de aplicar los preceptos contenidos en los artículos 1.060 y 1.062 del Código Civil.

Cita, asimismo, la Resolución de la Dirección General de 27 de noviembre de 1986, que contempla la posible divergencia de intereses entre los hijos menores de edad y su madre usufructuaria, quien, en la división de bienes a que se refiere, sólo actuaba en nombre de sus hijos. Y que, tanto la nota de calificación como la resolución antes dicha, se mueven por recelos, avivados por ser menor el valor de la adjudicación que el precio de tasación, señalado en otro asiento registral, y esta Resolución salva sus recelos exigiendo la intervención del Defensor Judicial.

Por su parte, el Registrador informó que la única cuestión planteada en el recurso era la de si resultaba aplicable o no el párrafo segundo del artículo

lo 166 del Código Civil, y que la cuestión parece resuelta por las Resoluciones de 27 de noviembre de 1986 y 26 de enero de 1998.

El párrafo segundo del citado artículo 166 del Código Civil establece la no necesidad de la autorización judicial cuando el menor hubiere cumplido los dieciséis años y consintiere en documento público (ni para la enajenación de valores mobiliarios, siempre que su importe se reinvierta en valores seguros, supuesto este último que es ajeno a nuestro estudio).

En los Fundamentos de Derecho de esta Resolución, se afirma que el Registrador suspendió la inscripción de la adjudicación de una vivienda, que había sido acordada por todos los condueños a favor de uno de ellos, al ser ésta indivisible, y uno de los copropietarios era menor de catorce años, estando legalmente representado por su madre. La razón para suspender esta inscripción consistía en que no constaba la autorización judicial para la extinción del condominio.

La nota de calificación recurrida parece dar a entender que la facultad de adjudicar el bien indivisible a uno solo de los condueños, si concurre el consentimiento de todos, ex artículo 404 del Código Civil, o a uno de los coherederos si ninguno de los demás herederos pide su venta en pública subasta, ex artículo 1.062 del Código Civil, indemnizando a los demás o abonándoles el exceso en dinero, es, en todo caso, un negocio jurídico de carácter dispositivo, no particional y, por tanto, concurriendo menores representados por sus padres precisa la autorización judicial exigida por el artículo 166 del Código Civil.

Sin embargo, la Dirección General de los Registros entendió que, tal como ha sostenido dicho Centro Directivo de manera reiterada, la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida, y son varias las Resoluciones que, en supuestos de hecho asimilables al planteado en este recurso, en cuanto dan como resultado la adjudicación de unos bienes a unos y la compensación en metálico a otros interesados, han declarado que, existiendo menores, pueden éstos comparecer debidamente representados por sus padres, sin que, por ello, sea necesaria la aprobación judicial, citando, en este sentido, la Resolución de 6 de abril de 1962, que señaló que tal adjudicación del único inmueble inventariado «no envuelve una transmisión del dominio de unos coherederos a otros, sino del causante al adjudicatario, con la eficacia declarativa particular de toda partición, y con la posibilidad de ser rescindida y con los demás efectos civiles e hipotecarios diferentes a los de una enajenación, por lo cual este Centro Directivo reiteradamente ha sostenido que la partición en el supuesto especial del artículo 1.062 del Código Civil no constituye, cuando existan menores interesados, un acto dispositivo que requiera la aplicación del hoy artículo 166 del Código Civil».

La Resolución cita, frente a lo expuesto anteriormente, las Resoluciones de 27 de noviembre de 1986 y 26 de enero de 1998, en las que el Registrador

basa su informe, la primera porque en ella se plantean otras cuestiones de discrepancia de valoraciones de las fincas (en nuestro supuesto se supera la valoración fijada para el bien adjudicado por una empresa de tasación) y concurrencia de un autocontrato transgresor de los límites legales; y la segunda porque la composición del caudal inventariado posibilitaba otras adjudicaciones más conformes con la exigencia legal de que los lotes formados sean iguales o proporcionales cuantitativa y cualitativamente.

La problemática, tal como puede apreciarse tras lo expuesto, se centra en dilucidar la naturaleza de la partición, enfocando esta cuestión en relación con la debatida cuestión de los menores de edad y la representación legal de los padres o, en este caso, de la madre, viuda.

La partición, naturalmente, presupone la existencia de una pluralidad simultánea de sucesores, cada uno de ellos con una cuota del caudal hereditario.

El problema de la naturaleza de la partición viene de antiguo, pues se planteó ya en el Derecho romano. Suelen contraponerse dos tesis: *a)* la tesis que asigna a la partición naturaleza traslativa, como si se produjera, según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1), entre los partícipes un intercambio o permuta de las cuotas de casa uno sobre los objetos singulares, a fin de concentrar la titularidad de cada bien en un solo sujeto; y *b)* la tesis que le atribuye naturaleza declarativa, entendiendo que la división declara una situación existente desde el óbito del causante, a cuyo momento se retrotraen las titularidades singulares producidas por las adjudicaciones.

Una tercera tesis proviene de la doctrina italiana, que habla de una subrogación de los bienes adjudicados en el lugar de la cuota, tesis aplicable por igual a la comunidad sobre un objeto singular y a la universal.

La tesis de la naturaleza declarativa no tiene en nuestro país un texto legal que la imponga y, además, contradice una realidad evidente, que los sucesores fueron y vienen siendo, desde la apertura de los sucesores del caudal relicto. Una vez practicada la división es cuando llegan a ser, en sustitución de su anterior cuota global, dueños exclusivos de algunos de los concretos bienes del causante.

En cuanto a la naturaleza traslativa, no es convincente tampoco, porque ningún comunero tenía en la comunidad hereditaria ninguna cuota sobre singulares bienes relictos y, por tanto, no podía cambiarla.

En nuestro país, la realidad, por lo que a este tema se refiere, es que, en el instante mismo en que se abre la sucesión y los sucesores aceptan la herencia, los coherederos reciben del causante el activo relicto de la comunidad y, tras un tiempo, más o menos largo, como consecuencia de la división, las cuotas abstractas quedan reemplazadas por cosas singulares, sin que

(1) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Tomo V, Barcelona, 1983.

se produzca una traslación de los bienes, sino, en todo caso, la determinación o concreción del derecho de cada uno en partes u objetos individualizados.

Las cuestiones de capacidad y representación que suscita la partición de herencia, cuando concurren menores, son, en su mayoría, consecuencia directa del modo en que ésta se efectúe. Efectivamente, puede limitarse a transformar la comunidad hereditaria en una comunidad romana o por cuotas, manteniendo, en consecuencia, la situación de comunidad.

Desde otro punto de vista, puede realizarse adjudicando bienes concretos de la herencia a cada uno de los herederos. Pero también puede, finalmente, porque la naturaleza de los bienes así lo exija o porque sencillamente los herederos así lo quieran, realizarse adjudicando los bienes a alguno de ellos mediante abono compensatorio a los restantes.

La Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN, en adelante) ha recordado que es doctrina suya muy reiterada, resultante de los artículos 1.059 a 1.062 del Código Civil, la de que en las particiones debe salvarse, siendo ello posible, la homogeneidad de los lotes y sólo en los casos de «indivisibilidad o grave desmerecimiento» puede excepcionarse dicha regla, sin que por ello se altere la naturaleza del acto, que seguirá siendo particional. Pero cuando la heterogeneidad de los lotes no obedezca a razones objetivas, sino a la libre voluntad de los otorgantes, la naturaleza dispositiva trascenderá al acto, con las consiguientes repercusiones en su régimen jurídico, especialmente en sede de capacidad y de representación. En este sentido, hay que recordar, de nuevo, la Resolución de 27 de noviembre de 1986.

Ya MANRESA señalaba que, cuando entre los interesados en la herencia haya personas que no tengan la plena capacidad, los respectivos representantes no gozan de la facultad de distribuir los bienes en la forma que estimen más oportuna, sino que habrán de atenerse a lo dispuesto en los artículos 1.061 y 1.062 (2). CÁMARA resaltaba que, si se prescinde de la regla de la igualdad cualitativa sancionada por el artículo 1.061, la partición puede resultar un acto de suma gravedad y trascendencia, susceptible de causar perjuicios a los interesados (3).

El artículo 1.060 del Código Civil establece que, cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria ni la intervención ni la aprobación judicial.

En base a este precepto, hay que entender que el padre o la madre, cuando no tiene intereses contrapuestos, puede representar a su hijo o hijos en la partición en que éstos estén interesados. Así, además, lo han declarado numerosas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado,

(2) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, revisado por BONET, RAMÓN, 1957.

(3) CÁMARA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo III, 1984.

como las de 9 de octubre de 1901, 23 de noviembre de 1910 ó 7 de junio de 1915, entre otras muchas.

Pero hay que tener en cuenta que, en ocasiones, las operaciones particionales documentan varios actos y no todos son de naturaleza particional. Por tanto, para aquellos actos que excedan de un contenido particional, no alcanzará la facultad representativa de los padres.

Plantea dudas, sin embargo, el tema que estoy tratando, es decir, cuando, por existir indivisibilidad o desmerecimiento por la división, resulta necesario adjudicar un bien a un coheredero, el cual debe abonar el exceso en metálico a los otros coherederos, porque es obvio que el dinero es un bien de mayor dificultad en su control. No obstante, el artículo 1.061 del Código Civil determina que en tal caso se admite la adjudicación a uno a cambio de compensar a los coherederos, por lo que, a la vista de esta normativa, parece que nos encontramos en el ámbito de la partición y, siendo esto así, habría que entender, con carácter definitivo ya, que el padre o la madre tiene facultades, sobre todo cuando el adjudicatario del bien resulta elegido por un procedimiento objetivo, como un sorteo ante Notario, por ejemplo.

La DGRN se ha pronunciado en diversas Resoluciones sobre esta compleja temática —tengamos en cuenta que lo que está en juego, al fin y al cabo, es el beneficio y el interés del menor de edad, algo que debe estar siempre por encima de cualquier otro factor—, concretamente en la Resolución de 22 de febrero de 1943, en la que indicó que «la adjudicación a uno de los herederos con la obligación de compensar en metálico a los demás no implica enajenación y, en su consecuencia, no se halla regulada por el artículo 164 del Código Civil». Idéntica doctrina se sienta en la dictada el 6 de abril de 1962.

La Resolución de 26 de enero de 1998 es sintomática de la preocupación que se experimenta cuando están en juego, efectivamente, los intereses de menores de edad. Así, el Fundamento de Derecho Cuarto de la citada Resolución declaró que «...en las particiones de herencia está admitida la distinción entre las operaciones simplemente particionales y las que exceden de la mera actividad particional y rozan o entran de lleno en la categoría de actos de enajenación. Esta distinción se aprecia también por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado..., señalando en alguna de ellas la necesidad de que los representantes de los menores o incapacitados interesados en la herencia hubieran obtenido autorización judicial para la realización de actos que implicaban enajenación de bienes o derechos de sus representados por exceder de los límites de lo puramente particional. 2.º Que la anterior distinción lleva al problema de fondo planteado en este recurso en determinar si la misma es o no aplicable a las particiones de herencia en que esté interesado un menor de edad representado legalmente por su madre (la cual no tiene intereses en la herencia) y, por tanto, si en estos supuestos no es necesaria en ningún caso

autorización judicial por no exigirlo el artículo 1.060 del Código Civil, o si dicho artículo no comprende los actos que impliquen disposición o enajenación de bienes o derechos del menor, a los que se aplicaría el régimen del artículo 166 del Código Civil y, en consecuencia, sería necesaria la pertinente autorización judicial, como se entiende por el Registrador en base a lo siguiente: *a)* el artículo 1.058 del Código Civil, para el caso en que los herederos sean mayores de edad, utiliza el término más amplio de «distribuir» la herencia, que el empleado en los artículos 1.057 y 1.058 que utilizan el término «partición»; *b)* la naturaleza contractual de la partición realizada por los herederos y las facultades limitadas que concede el Código a los padres en relación a los bienes y derechos de sus hijos menores de edad, circunscritas a la Administración en su artículo 164, mientras que para los actos de enajenación, gravamen o renuncia de derechos exige autorización judicial (...); *c)* que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado han reconocido la posibilidad de que las operaciones particionales impliquen actos de enajenación, como se ha dicho; *d)* que sostener lo contrario podría llevar a hacer ilusoria la protección que el Código pretende establecer respecto de determinados bienes y derechos de los hijos menores de edad, pues no hay que olvidar que la sucesión hereditaria es el modo más frecuente de adquirir bienes los menores. 3.º Que uno de esos actos necesitados de autorización judicial, conforme al artículo 166 del Código Civil, es la capitalización de un usufructo universal legado al viudo y adjudicación de inmuebles en pleno dominio en pago del mismo, como se señala en el defecto segundo de la nota de calificación recurrida, lo que se puede apoyar en lo siguiente: *a)* no se trata de un acto previsto por el testador e incluso se aparta de su voluntad, que es ley de la sucesión; *b)* tampoco está previsto por la ley, ya que no se dan los presupuestos exigidos por el Código Civil para la aplicación de los artículos 839 y 840, al tratarse de un usufructo atribuido al cónyuge viudo basado en la voluntad del testador; *c)* que aun en el caso de considerarse aplicable el artículo 839, éste no prevé entre sus posibilidades la conmutación del usufructo por el pleno dominio de bienes inmuebles, supuesto que el Tribunal Supremo rechazó en sentencia de 28 de junio de 1962; *d)* que es un acto totalmente voluntario realizado por los herederos que envuelve una enajenación de derechos de la heredera menor de edad que necesita autorización judicial por aplicación del artículo 166 del Código Civil, y *e)* que, finalmente, la conmutación implica un perjuicio para la menor. 4.º Que también se considera necesaria la autorización judicial, conforme al precepto antes citado, por implicar igualmente disposición de derechos de la heredera menor de edad, la adjudicación a la misma de sólo dinero en efectivo, existiendo, además, bienes inmuebles en la herencia, como se señala en el defecto tercero de la calificación recurrida, lo que se puede apoyar en lo siguiente...;

d) que no se considera el artículo 1.060 como complemento del artículo 1.058, sino artículos que contemplan dos supuestos diferentes, según sean todos los herederos mayores de edad o existan entre ellos menores; que se entiende que, en consecuencia, en los dos casos concretos señalados en la nota de calificación se ha sobrepasado el ámbito meramente particional y se ha entrado en el campo de los actos dispositivos que no pueden realizar los padres en representación de sus hijos menores de edad sin autorización judicial, previa la aplicación del artículo 166 del Código Civil y, por tanto, se mantiene en todos sus extremos la nota de calificación».

Asimismo, afirmó el Fundamento de Derecho Sexto de esta importante Resolución que «la capitalización del usufructo universal implica un acto dispositivo que excede de lo particional, al suponer una transformación de los derechos que correspondían a la heredera menor de edad realizada por su representante legal sin apoyo en la voluntad del testador, ni en la Ley y que de haberse realizado fuera del marco de las operaciones particionales hubiera necesitado autorización judicial previa...»

El Registrador denegó la inscripción porque entendió que tanto la conmutación del usufructo, como las propias adjudicaciones efectuadas en pago de los derechos hereditarios, excedían de lo meramente particional, implicando, en cambio, verdaderos actos dispositivos que precisan la necesaria autorización judicial por parte del representante legal del heredero menor de edad.

La Resolución citada declaró, no obstante, que la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida. Pero se insiste en un extremo que estimo es importante: se afirma que es presupuesto básico de la partición hereditaria el que, siendo posible, deban formarse lotes iguales o proporcionales no sólo cuantitativa, sino también cualitativamente, añadiéndose a ello que, por la composición del patrimonio hereditario en cuestión, era perfectamente posible la adjudicación a los distintos interesados de bienes de la misma especie, y que los actos calificados no podían ser considerados como de mera partición, a la que sería aplicable el artículo 1.060 del Código Civil, sino que evidencian una esencia dispositiva que necesariamente ha de trascender al régimen jurídico aplicable, en particular en sede de representación y capacidad, siendo inexcusable la autorización judicial prevenida en el artículo 166 del Código Civil.

La citada Resolución, efectivamente, ofrece puntos que son de gran interés para la problemática que estoy tratando y que, sin duda, arroja alguna luz sobre esta controvertida cuestión. Sin embargo, la problemática se ha de enfocar en torno a la distinción entre lo dispositivo y lo particional. Lo dispositivo, indudablemente, cuando hay menores, requiere de la autorización judicial. Lo particional, no. Según exponía CÁMARA (4), para entrar en lo

(4) *Ídem: ibidem.*

dispositivo, es necesario que la regla del artículo 1.061 se conculque innecesaria y manifiestamente. En este sentido, hay que resaltar que, en muchos casos, la partición va a venir exigida por las circunstancias. Así, la Resolución de 6 de abril de 1962, para una partición en que, con once hijos, sólo había un bien inventariado, una sola finca, que se adjudicaba a un solo heredero, con la obligación de pago en metálico a los demás, consideró que no se trataba de acto dispositivo, excluyendo la necesidad de aprobación judicial: las circunstancias concurrentes «no deben obligar a mantener una comunidad contraria al espíritu del Código y a la naturaleza del acto particional». Es significativo que en un mismo sentido a esta Resolución se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de julio de 1981.

Hay que citar, a efectos de clarificar aún más la cuestión, la Resolución de 27 de noviembre de 1986: se trataba de la disolución de un condominio proveniente de herencia que recaía sobre tres fincas. Estaban interesados tres menores de edad, representados por su madre, usufructuaria de su cuota. La disolución se llevó a cabo entre la madre y los cuatro tíos paternos, adjudicándose uno de ellos las tres fincas mediante abono compensatorio a los demás.

De las manifestaciones de los otorgantes en la escritura, resultó que dichas fincas constituían una unidad de explotación, de modo que la división haría desmerecer sensiblemente su valor, que precisaba «capital circulante adecuado». Pero, por lo que respecta a su extensión, las tres fincas eran susceptibles de división. En el recurso gubernativo, el Notario distinguió entre la posibilidad teórica de división material, o, en otras palabras, que la finca fuera materialmente divisible, de un lado, y, de otro, la necesidad práctica de no dividirla al tratarse de una explotación unitaria.

La DGRN apreció, como una cuestión al margen del recurso, un conflicto de intereses entre la madre y los hijos. Hay que resaltar que este posible conflicto no había sido apreciado, como defecto, por el Registrador, por lo que no había sido objeto de controversia alguna. La concepción de la DGRN pasó por apreciar que la partición efectuada producía una alteración sustancial —cambio de cuota sobre inmueble por cuota sobre dinero—, del objeto sobre el que confluyen los derechos opuestos. La actuación de la madre usufructuaria compromete dos intereses que, en el planteamiento legal, aparecen como enfrentados: el suyo propio y el de sus hijos. Y, frente a ello, declara la Resolución que «no cabrá oponer la abstracta argumentación de coincidencia de los intereses del usufructuario y nudo propietario de cuota en la disolución de la cosa común, en el sentido de que tanto más reciba éste, cuanto más se beneficiará aquél, pues, si ello es cierto, olvida como el objeto del usufructo y nuda propiedad de ser de una u otra especie, puede beneficiar alternativamente a uno de los titulares sin perjuicio del otro (piénsese en que la conversión del inmueble usufructuado en dinero y la puesta de éste a

interés (arts. 507.2 y 492 del Código Civil) puede posibilitar, dado el proceso inflacionista actual, la derivación a favor del usufructuario del mismo capital usufructuado, al recibir el tratamiento de rédito, lo que no es sino cobertura frente a la depreciación monetaria».

Es oportuno señalar que, cuando la heterogeneidad de los lotes no obedezca a razones objetivas, sino a la libre voluntad del o de los otorgantes, la naturaleza dispositiva trascenderá al acto, con las consiguientes repercusiones en el régimen jurídico aplicable y, en concreto, por lo que respecta a nuestro tema, en sede de capacidad y representación.

Como puede apreciarse por lo expuesto hasta el momento, siempre, en estas adjudicaciones está presente el temor y el recelo por lo que respecta a los intereses del menor de edad. Este temor y este recelo son, precisamente, los que movieron al Tribunal Supremo en sentencia de 18 de febrero de 1969, a considerar que eran actos dispositivos, y no de mera partición, los efectuados atribuyendo unos bienes muebles a los menores y parte al ajuar, mientras que los mayores se adjudicaron el único inmueble existente en el caudal relicto.

El problema deviene, sin duda, aún más polémico cuando existe contraposición de intereses o conflicto de intereses entre el padre o la madre y el hijo o hijos menores de edad, supuesto este que, en la práctica forense, es muy frecuente, como he tenido ocasión de comprobar a lo largo de mi trayectoria profesional. Un supuesto reiterado, por ejemplo, se da en relación al usufructo del cónyuge viudo, tal como han puesto de relieve diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y la denominada «cautela socini». La «cautela socini» ha sido descrita magistralmente por ALICIA REAL PÉREZ (5), como aquélla en virtud de la cual el testador llama a sus legitimarios a la totalidad de la herencia por partes iguales y deja a su cónyuge viudo el usufructo universal previniendo que, de no aceptar los legitimarios el gravamen, se les entregue únicamente su legítima estricta, acreciendo su porción en la mejora a los conformes. Se suele añadir, asimismo, para mayor prevención, que, en caso de no aceptar la cláusula alguno o ninguno de los legitimarios, se asigne al cónyuge viudo su cuota legal en usufructo y, además, la porción libre en pleno dominio, es decir, el tercio libre de disposición del causante o cónyuge premuerto.

La opción que plantea la «cautela socini», para algunos autores es implícita, aunque no comparto esta tesis; de hecho, la «cautela» es bien explícita, y, desde luego, enfrenta dos intereses opuestos, porque, en definitiva, lo que vaya a recibir el cónyuge supérstite —usufructo universal o el usufructo viudal más el tercio de libre disposición en pleno dominio— va a depender

(5) REAL PÉREZ, ALICIA, *El usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1988.

de la decisión del heredero legítimo, pero si por éste, al ser menor de edad, ha de decidir el padre o la madre, habrá claramente una situación de conflicto.

A nivel práctico, y dado el uso generalizado de esta cláusula o disposición testamentaria, habría que entender que sería requisito o exigencia indiscutible el nombramiento del defensor judicial. Una Resolución de 6 de febrero de 1995 abordó esta problemática: se trataba de una partición que había sido practicada por albacea contador-partidor especialmente nombrado para el supuesto de que, entre los herederos, hubiera algún menor o incapaz. Las adjudicaciones se efectuaron conforme al testamento, en primer lugar por cuotas: la viuda, la mitad en pago de sus gananciales, y el usufructo universal de la otra mitad, que pasa a los hijos en nuda propiedad por partes iguales entre ellos. A la partición concurrieron la viuda y el contador-partidor, así como los tres hijos mayores de edad, que aprobaron todas las operaciones practicadas. Sólo había un menor de edad.

Los únicos elementos integrantes del activo de la sociedad de gananciales, en el momento de su disolución por fallecimiento del esposo, estaban constituidos por dos bienes inmuebles, indivisibles, comprados constante matrimonio e inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de ambos cónyuges para su sociedad ganancial. No existía otro pasivo social que la parte pendiente de amortizar del crédito hipotecario que recae sobre una de las fincas.

Comparecieron ante Notario el albacea contador-partidor, los tres hijos mayores del causante y la esposa de éste, que intervienen en su propio nombre y derecho y en representación legal de su hijo menor, otorgando escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales y de aceptación, partición y adjudicación de la herencia, que se llevó a efecto del modo siguiente: los dos únicos bienes inmuebles se atribuyeron por mitad y pro indiviso a las dos únicas partes interesadas en la liquidación de la sociedad conyugal y, determinada ya la masa hereditaria, se adjudicó, conforme al testamento, una mitad indivisa en nuda propiedad, en pro indiviso y por iguales partes a los cuatro herederos, y el usufructo vitalicio al cónyuge supérstite. Como resultado de tales operaciones divisorias, se adjudicó a la esposa el pleno dominio de la mitad indivisa de cada una de las dos fincas en pago de su haber ganancial, y el usufructo vitalicio sobre las dos mitades restantes en pago de su haber hereditario, en tanto que a cada uno de los cuatro hijos se le atribuyó, en nuda propiedad, una octava parte indivisa de cada uno de los inmuebles.

El Registrador apreció conflicto de interés en la formación del inventario y liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que entendió necesaria la intervención del defensor judicial. La calificación de la «cautela socini» quedó, por tanto, al margen. La DGRN puso de manifiesto la excepcional importancia del inventario, relativizando, para este caso, la citación del artículo 1.057 del Código Civil, por apreciar el cambio de naturaleza que la

conurrencia de los herederos opera en la partición, transformándola, en la mayoría de los casos, «en un verdadero contrato particional», de manera que la finalidad de la citación no aparece tan nítida cuando a la actuación del contador se superpone simultáneamente la de todos los interesados en la herencia, que aprueban todos sus actos, haciendo suyas sus declaraciones y actuaciones. En este caso, hay que reconocer que el contador no realiza por sí mismo ninguna operación testamentaria, sino que son los mismos herederos, en unión del contador-partidor, los que formalizan el inventario, avalúo, liquidación y adjudicación correspondiente.

La DGRN aplica su doctrina, pero situándose ya en el plano propiamente contractual, estimando ausencia de conflicto en un inventario en el que la naturaleza de los bienes está previamente determinada y la adjudicación se realiza por cuotas indivisas, declarando: «en cuya situación la proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes», idea esta que ya había encontrado eco y expresión en anteriores Resoluciones.

Por lo que respecta al usufructo, agrega que «esta situación se mantiene aunque la adjudicación, en la parte que afecta a la herencia, se realice en nuda propiedad y pro indiviso a los herederos y en usufructo vitalicio al cónyuge viudo, según lo dispuesto en el testamento».

La cuestión que voy a entrar a examinar está referida a la problemática de si la citación, para formación de inventario, ha de hacerse a los coherederos menores de edad en la persona de su representante legal, por no existir conflicto de intereses entre ambos —tal como se hizo en el supuesto que estoy analizando— o si, por el contrario, al concurrir contraposición o incompatibilidad de intereses entre el progenitor-representante legal y el menor, la citación ha de hacerse al defensor judicial del menor, expresamente nombrado para estos fines.

Naturalmente, la disyuntiva pasa por apreciar si, efectivamente, existió, o no, conflicto de intereses entre el progenitor y su hijo menor de edad, punto este de examen y atención que, lógicamente, requiere ser muy cuidadosos, porque están en juego los intereses de un menor y su beneficio, hay que insistir en este extremo, debe ser prioritario.

Según ha puesto de relieve JUAN PABLO GONZÁLEZ DEL POZO (6), no se puede dar por sentado que en todos los casos en que intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un hijo menor haya de existir siempre una contradicción de intereses. Y, en concreto, en los supuestos de cónyuge que concurre a la herencia del premuerto con hijos

(6) GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO, «Inexistencia de conflicto de intereses entre un menor y su representante legal a efectos del nombramiento de defensor judicial a aquél: El supuesto contemplado por la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 1995», en *Diez años de abogados de familia, La Ley*, Madrid, 2003.

menores comunes, si la partición se realiza adjudicando a los herederos cuotas indivisas de cada uno de los bienes en la proporción fijada en el testamento, o en nuda propiedad y en pro indiviso a los herederos y en usufructo vitalicio al cónyuge viudo, no será necesario nombrar defensor judicial a los menores al no implicar tales operaciones particionales contradicción de intereses alguna, en cuanto si los bienes se adjudican en comunidad romana la situación de proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes, el cual sí podría producirse en caso de adjudicarse bienes concretos como consecuencia de las distintas valoraciones que se atribuyeran a cada uno de ellos, sea sobrevalorando el bien o bienes adjudicados al menor, o bien infravalorando los restantes.

Tal como insiste la Resolución últimamente citada, la partición de la herencia, en la forma antes descrita, impide introducir desigualdad en las adjudicaciones de los coherederos y supone, en todo caso, una operación sin trascendencia económica, que solamente va a suponer la transformación de la comunidad germánica en una comunidad romana sobre cada uno de los bienes, no envolviendo peligro o riesgo alguno de perjuicio o lesión para el hijo menor, ya que las deudas que, hipotéticamente, pudieran existir, se mantienen, ex artículo 1.984 del Código Civil, y el posible perjuicio ante unas eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* de los herederos es común a todos los interesados, sin que pueda dar ocasión a una ventaja o beneficio de la madre sobre el hijo.

La doctrina que sostiene esta importantísima Resolución no es, sin embargo, nueva. En todo caso, hay que elogiarla por su claridad expositiva y por dejar sentado un principio del que hay que partir siempre: la imposibilidad de atenerse a criterios genéricos o formulaciones generales a la hora de establecer una solución, justa y conveniente, para el hijo menor de edad cuando éste se ve inmerso en una comunidad hereditaria. A priori, hay que resaltar que sobran las generalizaciones y que, por el contrario, habrá que ponderar las circunstancias y factores concurrentes en cada supuesto, a efectos de que el interés del menor quede incólume.

Una Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de enero de 1987 ya estableció, en su doctrina, que los menores representados por su madre en la partición hereditaria del padre de aquéllos no necesitan defensor judicial, siempre que no se adjudiquen a los herederos bienes concretos, sino partes alícuotas de conformidad con las proporciones fijadas en el testamento. Esta Resolución fue dictada a propósito del recurso gubernativo que planteaba la cuestión, única, de si era necesario o no el nombramiento de defensor judicial para tres menores de edad en una escritura, calificada por el Notario como de manifestación y aceptación de la herencia.

Los Fundamentos Jurídicos de esta Resolución insisten en que el nombramiento de defensor judicial es imprescindible siempre que, en algún asunto,

el padre o la madre tengan un interés opuesto al del hijo menor de edad no emancipado, ya que esa oposición de intereses puede redundar, como es obvio, en perjuicio del hijo sujeto a patria potestad y, por ello, debe entonces usar la representación legal ordinaria conectada a esta institución, que daría lugar a una autocontratación fuera de los límites admitidos, y surge una representación extraordinaria, ocasional y limitada al asunto concreto, encomendada al defensor judicial.

Reconoce la mencionada Resolución que, de acuerdo con la doctrina científica y con reiterada Jurisprudencia, existe contradicción de intereses en una partición de herencia en la que aparezcan interesados como copartícipes el cónyuge viudo y sus hijos menores. Pero es necesario descender de esta afirmación general, al examen del caso específico, en el que únicamente se unifica la aceptación de la herencia y la adjudicación de dos fincas hereditarias en las mismas cuotas indivisas que se corresponden con la proporción fijada por el testador.

La Resolución continúa declarando que «la aceptación de la herencia por los padres en nombre de los hijos menores (aunque no se entendiera como hecha a beneficio de inventario)... no implica aquí oposición de intereses, porque supone una actuación paralela entre la madre, que también ha aceptado pura y simplemente, y sus hijas; no hay desigualdad de régimen entre una y otras y el hipotético perjuicio ante unas eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* de los herederos, es común a todas ellas, sin que pueda dar ocasión de una ventaja o beneficio de la madre sobre las hijas. Además, si la madre podía en aquel momento, sin ningún requisito especial, haber aceptado, en nombre de sus hijas, pura y simplemente, la herencia de un extraño, no hay razón para que, respecto de la herencia del marido y padre, no pudiera, en el régimen de igualdad expresado, aceptar pura y simplemente esta herencia, como actitud la más respetuosa con la memoria del difunto y con los deberes morales hacia el esposo y padre».

La Resolución llega a una afirmación contundente cuando expresa que la adjudicación pro indiviso de las dos fincas heredadas es una operación sin trascendencia económica y que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, supone solamente que la comunidad sobre todo el patrimonio hereditario activo y pasivo —comunidad germánica o en mano común—, se transforme en una comunidad romana o por cuotas indivisas sobre cada uno de los bienes de la herencia. Esta transformación no envuelve peligro alguno de lesión o perjuicio para las hijas, manteniéndose las deudas de la herencia que pudieran existir sin variación, y lo mismo ocurrirá con otros bienes de la herencia que, quizá, no hayan sido incluidos, los cuales habrán de engrosar el caudal hereditario para luego ser repartidos en la misma proporción fijada por el testador. Hace, asimismo, hincapié esta Resolución en que la madre, como consecuen-

cia de la adjudicación, podrá disponer de su cuota concreta sobre cada una de las fincas, cosa imposible antes de esa adjudicación. Pero también es cierto que la madre podía, ya antes, enajenar su cuota hereditaria y que los derechos y garantías de sus hijas son muy semejantes antes y después, con la posibilidad de pedir la división a través de la *actio familiae erciscundae* o de la *actio communi dividundo*.

Por último, esta Resolución pone de manifiesto que la adjudicación realizada en la escritura tiene un carácter provisional, que supone, desde luego, una actuación paralela entre madre e hijas menores, totalmente respetuosa con la voluntad del causante, y que 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.

Como se aprecia, no hubo ningún pronunciamiento en lo que respecta al ejercicio de la «cautela», que no fue calificado como defecto en la nota, por lo que tendría que quedar al margen del recurso gubernativo. En todo caso, este silencio tiene una indudable utilidad práctica, teniendo en cuenta el carácter no unilateral, sino contractual que se atribuye a la partición. Desde el momento en que los tres hermanos mayores aceptaron el gravamen, la no aceptación de éste en nombre del menor representaría la mayor penalidad de la «cautela», privándole de la participación en el tercio de mejora y, si la hubieran rechazado todos, la conservarían para sí o, cuando menos, para sus descendientes, según la redacción de la «cautela». En consecuencia, la aceptación del gravamen podía considerarse como la actuación más ventajosa para el menor, habida cuenta, como expresa CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (7), que la elección de sus hermanos condiciona la cuantía de los derechos que su propia elección le pudiera proporcionar. Por ello, en este supuesto, el verdadero perjuicio estaría en el rechazo del usufructo universal, que supondría dejar reducida la institución a favor del menor a su legítima estricta en beneficio de sus hermanos mayores de edad.

No obstante, al tratarse de la aceptación de un gravamen sobre la legítima, podría parecer aventurado generalizar casos concretos, entendiendo que siempre que no hubiera problema de inventario y las adjudicaciones fueran pro indiviso, no sería necesario el nombramiento de defensor judicial.

El artículo 166.2 del Código Civil, que no es de interpretación extensiva, sólo exige que el padre (o la madre) cuente con autorización judicial para repudiar herencias dejadas al hijo menor de edad, por lo que, *a sensu contrario*, podrá aceptar, sin ella, la herencia o legado deferidos al hijo.

Para renunciar a derechos de los que sean titulares los hijos, como, por ejemplo, el derecho a la legítima, los padres deberán contar con autorización

(7) CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, JOSÉ, «La patria potestad», en *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo IV, Familia, Vol. 1.º, Editorial Civitas, Madrid, 2001.

judicial, que se concederá por causas justificadas de utilidad o necesidad, ex artículo 166.1 del Código Civil.

Sin embargo, tal como ha apuntado ALICIA REAL PÉREZ (8), no parece que entrañe verdadera renuncia de derechos elegir una u otra de las alternativas que al llamado se le presentan cuando existe cláusula Socini. Si se elige la legítima estricta, desde luego no se renuncia a ella. Y, si se opta por respetar el usufructo universal, tampoco se renuncia a la legítima, porque el llamado recibe más de lo que estrictamente le correspondería, a pesar de que lo recibe gravado con el usufructo universal, ya que su situación patrimonial irá robusteciéndose a media que aumente la edad del usufructuario, para consolidarse, a la muerte de éste, la plena propiedad o pleno dominio sobre una porción hereditaria más sustanciosa, de manera que el legitimario no sólo no pierde su derecho a la legítima, sino que, a la larga, obtiene más.

Es interesante reseñar una importante Resolución dictada por la DGRN en fecha 10 de enero de 1994, en relación con un expediente en el que se planteaba la cuestión de si era inscribible una escritura de liquidación de la sociedad de gananciales y aceptación de herencia, en la que la única compareciente, la viuda del matrimonio, lo hacía por sí y en nombre de su hijo menor, designado heredero universal por su difunto padre, o, por el contrario, si 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. Hay que resaltar que los bienes incluidos en el inventario tenían todos el carácter de privativos al haber sido adquiridos por el difunto con posterioridad a la sentencia de divorcio con su cónyuge compareciente, salvo uno que se adjudicó 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.

El Fundamento Jurídico Segundo de esta Resolución reconoce que, efectivamente, en aquellas materias en las que pueda estar implicado un menor, se hace preciso actuar con la debida cautela a fin de que no sean mermados sus derechos e intereses, que nuestra Ley sustantiva trata de defender con el máximo rigor y, de ahí, las medidas adoptadas por el Código Civil en su defensa, lo que hay que interpretar con la necesaria amplitud para impedir que resulte inaplicable por criterios extremadamente restrictivos, aunque no siempre ello suponga que haya que ver, en todo caso concreto, una contradicción de intereses.

Sin embargo, en este supuesto, en el que el régimen matrimonial era el de gananciales, la Resolución cita, a su vez, la dictada el 14 de marzo de

(8) REAL PÉREZ, ALICIA, *El usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, citado en nota 5.

1991, que entendió la necesidad de nombramiento de defensor judicial, al haber comparecido en la escritura de aceptación de herencia y liquidación de la sociedad conyugal, solamente la madre-viuda por sí, en nombre de sus dos hijas menores de edad, adjudicándose aquélla una mitad indivisa de cada uno de los bienes en pleno dominio en pago de su cuota ganancial, y la otra mitad en usufructo, con facultad de disponer durante la minoría de edad de sus hijas, quienes recibían por iguales partes indivisas la nuda propiedad de esta mitad.

La Resolución fundamentaba su aserto en que la oposición de intereses tenía lugar en la misma determinación del inventario de los bienes que son gananciales, al plantearse, en su formación, un problema de determinación de masas patrimoniales, que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible y, por ello, al existir un conflicto de intereses, priva, en estas operaciones, a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea deferida a un defensor nombrado por el Juez.

Insiste esta Resolución en que es en el supuesto en que se adjudiquen bienes concretos, cuando, en realidad, puede producirse la contradicción de intereses, como consecuencia de la distinta valoración que se atribuya a cada uno de ellos, pero esta posibilidad decae si los bienes se adjudican en comunidad romana, en cuya situación la proindivisión elimina la posibilidad de perjuicio para cualquiera de las partes.

En el supuesto concreto, objeto de estudio, la única finca de carácter ganancial se adjudicó por mitad y proindiviso a los dos únicos interesados en la liquidación de la sociedad y, determinada ya la masa hereditaria, se adjudican íntegramente todos los bienes que la forman al menor representado por su madre. Estas operaciones no implican, por tanto, contradicción de intereses, al no haber desigualdad entre uno y otra, siendo, asimismo, la responsabilidad por deudas del causante de carácter *ultra vires*, sin que pueda dar lugar a una ventaja o beneficio de la madre sobre el hijo.

De acuerdo con la citada Resolución, la adjudicación de la única finca ganancial por mitad y pro indiviso es una operación sin trascendencia económica, que 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, por lo que respecta a las deudas que pudieran existir, se mantienen sin variación, ex artículo 1.084 del Código Civil y, en definitiva, la adjudicación realizada en la escritura calificada tiene carácter provisional, manteniéndose por la madre, respetuosamente, la voluntad de su ex esposo. Será más tarde, si durante la minoría de edad del hijo se produjera 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.

Hay que tener en cuenta que, por lo que se refiere al inventario, cuando el matrimonio formado por el finado y el cónyuge viudo estuviere sujeto al régimen económico de sociedad de gananciales, será preciso, en primer lugar, proceder, como paso previo para determinar posteriormente la masa hereditaria del difunto, a la liquidación de la sociedad de gananciales y, por ende, deberán ser examinados tanto el inventario del activo como el del pasivo de la sociedad conyugal disuelta, como el que se forme en relación con la herencia, pudiendo decirse, con carácter general, que existirá contradicción de intereses, en principio, siempre que se incluyan, como partidas del pasivo, créditos que el cónyuge supérstite ostente contra el patrimonio ganancial o la masa hereditaria o se hagan valer, al liquidar el consorcio conyugal, créditos personales contra el causante al amparo de lo prevenido en el artículo 1.405 del Código Civil.

Igualmente, se dará contradicción de intereses en la fase de formación del activo ganancial cuando se incluyan en el mismo bienes cuya ganancialidad se establezca en virtud del juego de la presunción del artículo 1.361 del Código Civil, ya que, al ser una presunción *iuris tantum*, puede ser destruida. En este sentido, cabe citar la Resolución de la DGRN de 6 de febrero de 1995, conforme a cuya doctrina, «cuando el régimen económico-matrimonial sea el de gananciales y los bienes que lo integran reciban aquella cualidad del título de adquisición (art. 1.347 del Código Civil), 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, sino que esa posibilidad sólo puede darse en el momento de las adjudicaciones».

Por lo que respecta a las fases de avalúo y adjudicación, la contraposición de intereses sólo podrá darse cuando se adjudiquen bienes concretos e individualizados, o se atribuyan por cuotas partes indivisas, pero desiguales, al ser posible entonces la irrogación de perjuicios al menor como consecuencia de valoraciones de los bienes no ajustadas a la realidad.

GONZÁLEZ DEL POZO ofrece, a mi juicio, una solución, bastante acertada, al poner de relieve que, siempre que existan dudas razonables en torno a la existencia de contradicción de intereses entre un menor y su progenitor cuando éste deba representarle en un acto o negocio jurídico particional, parece conveniente y aconsejable para el Letrado a quien se le hubiere encomendado el asunto, acudir al Juez de Primera Instancia competente —que será el Juez de Familia—, donde lo hubiere, y pedir, en Expediente de Jurisdicción Voluntaria, con exposición detallada de las operaciones que se pretenden realizar, que se declare la inexistencia de intereses contrapuestos entre el menor y su representante legal, para que éste intervenga en nombre de aquél, en dichas operaciones, con el *petitum* subsidiario de que se nombre defensor judicial del menor a la persona a quien corresponda, en caso de estimarse que se da contraposición de intereses. Obtenida la Resolución Judicial que así lo

declare, la Escritura Pública otorgada, entre otros, por el progenitor en nombre del menor, será inscribible en el Registro de la Propiedad, con independencia de que el Registrador aprecie la necesidad de nombramiento de defensor judicial al menor. A través de esta solución, es decir, acudiendo, en primer lugar, a la vía judicial, se otorga la posible oposición de intereses al Juez y se le sustrae al Registrador, consiguiendo la garantía de que la no intervención del defensor judicial del menor en el otorgamiento de la escritura pública no constituirá un defecto insubsanable que motive la denegación de la inscripción de aquella en el Registro (9).

En consecuencia, y sintetizando sobre este espinoso problema, hay que decir que los padres no van a necesitar autorización judicial para aceptar la herencia deferida al hijo menor, pero tampoco para proceder a la elección reseñada anteriormente. Es decir, que optar por respetar el usufructo universal legado no implica una auténtica renuncia de derechos, por lo que si el padre o madre supérstite toma esa decisión por el hijo, no va a precisar, para ello, de autorización judicial.

Por lo que respecta a la problemática que plantea la conmutación del usufructo del viudo, ex artículo 839 del Código Civil, la doctrina ha venido entendiendo que estamos ante un acto particional y no dispositivo, de modo que la autorización judicial no es necesaria. Pero sí cabe que surja conflicto de intereses entre el cónyuge viudo y sus hijos menores, por lo que, en estos casos, será necesario el nombramiento de defensor judicial. Hay que reseñar, en este sentido, que el artículo 839 del Código Civil permite tres formas de pago: renta vitalicia, productos de determinados bienes o capital en efectivo, pero no incluye la adjudicación en pleno dominio de bienes inmuebles. Pensemos en el supuesto en que se pretenda precisamente esta adjudicación en pleno dominio, alterando, así, el régimen normal de propiedad de los bienes. Aquí, estamos, efectivamente, en el marco de un acto dispositivo, que va a exigir autorización judicial. No obstante, una sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de junio de 1962, dejó abierta la posibilidad de que todos los bienes hereditarios o la mayor parte de ellos fueran improductivos, considerando, en este último supuesto, suficiente la intervención del defensor judicial y no precisar la autorización judicial.

En todo caso, no obstante, hay que precisar que la aceptación de un gravamen sobre la legítima, como lo es, efectivamente, la «cautela socini», es, cuanto menos, compleja y delicada, por lo que habría que examinar los supuestos, uno por uno, para poder entrar a valorar si es preciso, o no, el nombramiento de defensor judicial. A mi juicio, siempre que haya intereses contrapuestos entre el menor y el padre o la madre, habría que estimar nece-

(9) GONZÁLEZ DEL POZO, JUAN PABLO, *Inexistencia de conflicto de intereses entre un menor y su representante legal...*, citado en nota 6.

saría la actuación del defensor judicial. La existencia de intereses contrapuestos en un asunto, negocio o pleito, se producirá cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo. Y, ante esta situación, según una sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de marzo de 1968, el padre o madre, «para proveer a la defensa de sus intereses, se ve compelido a limitar la participación útil del hijo», pudiendo «perder la ecuanimidad necesaria para tutelar, a nivel de los suyos propios, los intereses de los hijos».

Para VICENTE MONTES (10), la simple concurrencia de intereses no es suficiente para solicitar el nombramiento de defensor judicial, por lo que, cuando se habla de intereses opuestos, quedan excluidos los intereses concurrentes, que podrán ser coincidentes, paralelos o comunes e incluso distintos, siempre que sean compatibles.

Algunos autores, en el marco de la doctrina patria, han puesto de relieve que hay que partir de la presunción de que la actuación de los padres se orienta de modo natural al beneficio de sus hijos, por lo que el interés contrapuesto debería interpretarse de modo estricto o, en todo caso, se impondría una interpretación restrictiva, para evitar hacer de igual condición los intereses comunes y los opuestos. De este modo, en una comunidad hereditaria, por ejemplo, tal como hemos tenido ocasión de analizar en páginas atrás, habría un interés paralelo cuando el padre o la madre reclama para la herencia un crédito.

En cualquier caso, hay que resaltar que la concurrencia de intereses no siempre es tal y habrá que ser muy cuidadoso para saber discernir cuándo no hay, en realidad, contraposición de intereses entre el hijo y su progenitor. En algunos supuestos, está muy claro y es muy evidente que se produce una ganancia para el padre o la madre y un perjuicio para el hijo menor de edad. Y, en otros supuestos, hay, efectivamente, actos que no suponen tan siquiera, por sí solos, una modificación jurídica que conlleve desplazamiento patrimonial o alteración de un status previo. Este último supuesto ya lo he analizado al referirme a las particiones con adjudicaciones pro indiviso.

A la vista de las Resoluciones de la DGRN que he ido examinando a lo largo de la elaboración de este estudio, he podido llegar a la conclusión de que, en algunos supuestos, las operaciones particionales pueden implicar actos de enajenación y que, sostener lo contrario, podría llevar a hacer ilusoria la protección que el Código Civil establece respecto de determinados bienes y derechos de los hijos menores de edad, tal como ha puesto de relieve una Resolución de 27 de noviembre de 1986.

Es evidente, asimismo, que uno de esos actos necesitados de autorización judicial, conforme al artículo 166 del Código Civil, es la capitalización de

(10) MONTES PENADES, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia* (obra colectiva), Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

usufructo universal legado al viudo/a y adjudicación de inmuebles en pleno dominio en pago del mismo, y ello en base a que no se trata de un acto previsto por el testador e incluso se aparta de su voluntad, considerada como Ley de la sucesión, y tampoco está previsto por la Ley, al tratarse de un usufructo atribuido al cónyuge viudo basado en la voluntad del testador y que, aun en el caso de considerarse aplicable el artículo 839 del Código Civil, éste no prevé, entre sus posibilidades, la conmutación del usufructo por el pleno dominio de bienes inmuebles, que es un acto totalmente voluntario realizado por los herederos y que envuelve una enajenación de derechos de los herederos menores de edad que necesita autorización judicial. Esta misma Resolución citada pone de relieve que la capitalización del usufructo lleva a una doble consecuencia: de un lado, evitar la aplicación del artículo 166 del Código Civil y, de otro, producir una desigualdad cualitativa de los lotes y consiguiente infracción del artículo 1.061 del citado *corpus* legal.

Hay que resaltar que, con anterioridad a las reformas efectuadas en el Derecho de Familia, especialmente a la Reforma, crucial, del año 1981, se argumentaba que había que limitar el conflicto de intereses entre padres e hijos a la patrimonialidad de la situación. Sin embargo, si contemplamos los supuestos referidos a la excepción de la representación legal de los hijos por sus progenitores, parece evidente que también haya que incluir —y que, desde luego, no sea descabellado hacerlo— las cuestiones que recaigan o tengan una repercusión en el orden personal. De esta forma, se logra, en alguna medida, «despatrimonializar» la concepción del Derecho Civil, orientándolo, cada vez más y en dirección ascendente, hacia el conjunto global de las situaciones en las que una persona, en este caso un menor de edad, puede encontrarse. A mi juicio, se trata, en definitiva, de «desmercantilizar», en lo posible, el Derecho Civil.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA
Doctora en Derecho. Abogada