

II. Resoluciones de la Dirección General

POR ANGEL VALERO FERNÁNDEZ
y FRANCISCO JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

NO ES NECESARIA LA APROBACION JUDICIAL DE LA PARTICION HEREDITARIA HECHA POR DEFENSOR JUDICIAL EN CASO DE CONFLICTO DE INTERESES ENTRE PUPILO Y TUTOR (RESOLUCIÓN DE 23 DE JULIO DE 1990).

HECHOS

I

El día 23 de septiembre de 1988, ante don Juan Carlos Caballería Gómez, Notario de Madrid, doña María Puente Paradela, doña María Luz Martín Puente y doña María del Carmen Juez Puente otorgaron escritura de manifestación y aceptación de herencia, interviniendo las dos primeras, esposa e hija del causante, por sí, y haciéndolo la segunda, además, en representación como tutora de su hermano, incapaz, don José María Martín Puente, mayor de edad, que fue declarado incapaz en virtud de Sentencia de 8 de mayo de 1986, dictada en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Madrid, y designada tutora aquélla por Auto de fecha 23 de febrero del mismo Juzgado; y doña María del Carmen Juez interviene como defensora judicial del indicado incapaz, designada como tal por Auto del Juzgado de Primera Instancia número 23, de fecha 31 de mayo de 1989.

Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad número 3 de los de Madrid fue calificada con la siguiente nota: "Se suspende la inscripción del precedente documento, ya que sometido a tutela el hijo mayor de edad, la partición de la herencia requiere aprobación judicial. Artículo 271-4.º CC, precepto aplicable a quien por sustitución asume las funciones tutelares, defecto subsanable. Contra la presente nota cabe interponer recurso gubernativo ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Madrid, en el plazo de cuatro meses.—Madrid a 28 de junio de 1989.—El Registrador.—Firma ilegible.—Firmado: Jesús González-Ducay López".

III

El Notario autorizante del documento interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: Que parece ser que la calificación registral está

fundada en la Circular de la Fiscalía General del Estado número 2, de 25 de abril de 1985, que mantiene la existencia de una antinomia entre los artículos 1.060 y 271-4.º del Código Civil, dando preferencia a este último por ser la norma posterior. Que se considera que la figura del defensor judicial mantiene dentro del Código Civil características diferenciales de las del tutor y, por tanto, tiene plena vigencia el artículo 1.060 del Código Civil que no distingue a la hora de excluir el requisito de la aprobación judicial. Para ello hay que fundarse en los siguientes argumentos:

1.º En el carácter de representante legal de menores e incapaces que ostenta el defensor judicial. Que el defensor judicial del menor incapaz es un auténtico representante legal y, por tanto, le sería en principio aplicable el artículo 1.060 del Código Civil, y así se deduce del artículo 163 que está contenido dentro del capítulo II del libro I del Código Civil, bajo la rúbrica "La representación legal de los hijos", de la doctrina civil, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1933 y de 28 de junio de 1962, de la Resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 1951 y, por último, de la propia Circular de la Fiscalía General del Estado, antes citada. 2.º Los artículos 1.060 y 271-4.º del Código Civil que según el artículo 1.060 del Código Civil se entiende que en las particiones donde intervenga defensor judicial no precisan la aprobación judicial. Con la nueva redacción hecha por la Ley de 24 de octubre de 1983, fue dada al artículo 271-4.º de dicho texto legal, los defensores de la tesis de la necesidad de la aprobación judicial se fundan en dicho precepto, entresacando dos argumentos: a) que existe una antinomia entre los artículos 1.060 y 271-4.º, que debe resolverse en favor de este último por ser norma posterior que deroga la anterior; b) que el defensor judicial no puede ostentar mayores facultades que aquel a quien sustituye ni el Juez se las puede conceder. Que estos argumentos no tienen validez o fuerza definitiva, por las siguientes consideraciones: 1.ª, no existe antinomia alguna entre los citados preceptos. Pues bien, la interpretación más lógica, con arreglo al artículo 3.1.º del Código Civil, no puede ser otra que considerar que el artículo 1.060 es la norma general y el artículo 271-4.º es la norma especial para las participaciones en que intervenga tutor, lo que es congruente con el sistema vigente antes de la Ley de 24 de octubre de 1983. Que las figuras del tutor y el defensor judicial son distintas y, desde luego, la reforma de la tutela por la Ley de 24 de octubre de 1983, no ha pretendido unificarlos. En efecto: 1.ª, el defensor judicial tiene las facultades que el Juez estime concederle en la resolución judicial, según lo establecido en el artículo 302 del Código Civil; 2.ª, consecuencia de lo anterior nada impide que el Juez conceda facultades superiores al defensor judicial, atendiendo a su naturaleza casuística; 3.ª, ninguna actuación del defensor judicial está sujeta a la aprobación judicial. La ley no quiere que se aplique a aquél las limitaciones establecidas para los tutores; 4.ª, cuando la ley quiere imponer una limitación al defensor judicial lo hace expresamente; por ejemplo, en el artículo 302, antes citado, y 5.ª, por último, el artículo 1.060 del Código Civil no distingue cuando a quien nombra defensor judicial es un menor o incapaz.

IV

El Registrador de la Propiedad, en defensa de su nota, informó: Que no se puede afirmar que el defensor judicial sea una figura autónoma independiente

sin relación alguna con la institución de protección del menor o incapaz, a la que sustituye por las siguientes razones: 1.^a, lo establecido en el número 2 del artículo 299 del Código Civil; 2.^a, que del inciso 1.º del número 1 del artículo 299 citado, resulta claro que el defensor judicial será el representante legal cuando sustituya al tutor, pero no cuando el sustituido sea el curador; 3.^a, en este mismo sentido se manifiesta la doctrina; 4.^a, igual opinión mantiene la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985 y 5.^a, por último, a mayor abundamiento hay que citar lo establecido en el artículo 301 del Código Civil. Que, por consiguiente, el defensor judicial no es una figura autónoma de protección de los menores e incapaces. Con carácter general, el Código establece que tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, que dependerán de la institución de protección a la cual se sustituye. El Juez autoriza al defensor para que apruebe la partición, autorización que es abstracta y debe entenderse en el sentido de aquel defensor judicial y los herederos mayores de edad (en el caso que se estudia) han de realizar la participación conforme a lo establecido en los artículos 1.061 y 1.062 del Código Civil. En cualquier caso, el Juez no puede ceder al defensor competencias que por ley le corresponden, como es la necesidad de aprobación judicial, acto que se califica de imperativo e indispensable por la Circular de la Fiscalía General del Estado. Que efectivamente las normas deben interpretarse para que produzcan efectos, pero esta regla no resulta del artículo 3.1 del Código Civil, sino de las reglas generales de interpretación de los contratos. Que la autoridad judicial se convierte en eje fundamental de la tutela de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que fue instruida por el artículo 39 de la Constitución Española. En este punto hay que destacar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de mayo de 1982 y la Resolución de 30 de julio de 1982. Que, en conclusión, puede entenderse que el artículo 1.060 del Código Civil no fue modificado por la reforma de la tutela por la razón de que quedaba circunscrito a la actuación de los padres en ejercicio de su patria potestad; por el contrario, el artículo 271, número 4, de dicho texto legal, al centrar el eje de la reforma en el principio de autoridad judicial, es aplicable a todos los supuestos de tutela.

V

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en que al suplir el defensor judicial la imposible intervención del tutor, habrá de referirse por el régimen jurídico establecido para la tutela; de ahí la inexcusable aplicación del artículo 271-4.º del Código Civil.

VI

El Notario recurrente apeló el Auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el defensor judicial no sustituye al tutor, sino que es designado por el Juez en caso de oposición de intereses entre tutor y tutelado, así se deduce de los artículos 299 y siguientes del Código Civil. Que no puede decirse que el defensor judicial sustituya al tutor, sino que es designado de nuevo y para un supuesto concreto por el Juez, esta es la diferencia entre una y otra figura y, por tanto, debe aplicarse sin restricción del artículo 1.060 del Código Civil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Vistos los artículos 163, 215, 216, 220, 271, 301 y 1.060 del Código Civil; el artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 4 de abril de 1986.

I

En el presente recurso de debate en torno a la inscribibilidad de una partición hereditaria no aprobada judicialmente, habida cuenta de que está interesado en ella un incapaz sujeto a tutela que es representado por un defensor judicial nombrado específicamente para ese acto ante el conflicto de intereses existentes entre los del pupilo y el tutor; en el Auto de nombramiento se faculta al defensor judicial para que represente al incapaz en la práctica y aprobación de las operaciones particionales del caudal relicto por fallecimiento de su progenitor.

II

Sostiene el Registrador calificador que puesto que dicho defensor actúa en sustitución del tutor deberá quedar sujeto a las mismas exigencias y limitaciones que afectan a la actuación representativa de este último y, por tanto, de conformidad con el artículo 271-4.º del Código Civil, se precisará la correspondiente aprobación judicial de la división practicada.

Esta razonable posición, que además tiene a su favor el argumento lógico de la igualdad de trato para todas las hipótesis en que los menores o incapaces son representados al margen del instituto de la patria potestad (legalmente conferida a los progenitores); sin embargo, no puede ser admitida.

III

La delimitación del ámbito de aplicación del actual artículo 271-4.º del Código Civil no puede hacerse a espaldas de la evolución del tratamiento jurídico dispensado a las particiones contractuales en que estuviere interesado un menor o incapacitado. Es de observar cómo el criterio del artículo 1.049 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exigía la aprobación judicial en todo caso, fue primero excepcionado para la hipótesis en que el menor estuviere representado por su padre, madre o tutor (artículos 269-7.º y 1.060 del Código Civil originario), y luego totalmente superado al prescindirse de tal aprobación judicial siempre que el menor o incapacitado estuviere legalmente representado, ya por sus padres, ya por el defensor judicial, ya por el tutor o protutor debidamente autorizados por el Consejo de Familia (artículo 1.060 del Código Civil tras la reforma de 13 de mayo de 1981). En este orden, el artículo 271-4.º del Código Civil, introducido tras la reforma de 24 de octubre de 1983, al exigir nuevamente aprobación judicial para la partición hecha por el tutor (exigencia que parece obedecer a la necesidad de hallar una vía de control sustitutiva de la anterior autorización del Consejo de Familia), no puede reputarse sino como excepcional y, por tanto,

sujeta a interpretación estricta, no siendo aplicable a aquellas otras instituciones de protección y defensa de menores o incapacitados dotadas de entidad propia y con perfiles jurídicos diferenciados (*vid.* artículos 215, 216, 220, 301 y 302 del Código Civil, así como el tratamiento en capítulos independientes de la tutela, de la curatela y el defensor judicial) por el solo dato de que los mismos sean desempeñados por personas ajenas a la relación paterno filial, máxime cuando no se trata de defensor nombrado con carácter general, como el tutor, sino de un nombramiento específico para un acto concreto que el Juez ha de valorar al efectuarlo, al objeto de fijar las atribuciones del designado (artículo 302 CC). Ello es además coherente con la necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico reduciendo sus costes en la medida en que queden debidamente salvaguardados los intereses de menores e incapacitados.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso interpuesto, revocando el auto apelado y la nota del Registrador.

COMENTARIO

Para responder a la pregunta a que se refiere la resolución que estudiamos, es decir, de si requiere aprobación judicial la partición hereditaria en que interviene defensor judicial en lugar del tutor, es necesario partir de la determinación del contenido del cargo del defensor judicial, y de cuales son sus facultades y limitaciones.

Dicho contenido se determina a través de tres vías distintas: En primer lugar y genéricamente, el contenido es determinado *ex lege* por el art. 299 CC, al señalar que el defensor judicial será nombrado para que “represente y ampare” los intereses de quienes se hallan en alguno de los supuestos en aquel artículo relacionados. En segundo lugar, las atribuciones del defensor son concedidas por el Juez (art. 302 CC) y, en tercer lugar, existen unos límites institucionales que son precisamente los mismos a los que están sometidos los cargos principales sustituidos, si bien, como luego veremos existe la excepción del art. 1.060 CC, y sin que ello implique el asumir el mismo contenido que la ley otorga a los otros sistemas protectores.

La locución “represente y ampare” de que habla el art. 299 CC se refiere tanto a los intereses patrimoniales como a los personales, familiares o morales, y tanto a la esfera judicial como extrajudicial, y en cuanto a su significado existen tres posturas doctrinales principales: 1.^a, la que considera que la expresión legal debe entenderse en un sentido general y amplio y no técnico, es decir, que dicha expresión indica la legitimación legal para intervenir en la guarda y protección de la persona y bienes o sólo de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, según los casos (opinión de Lete del Río); 2.^a, la que considera que la locución “representación” indicará los supuestos en que el defensor judicial sustituye a los padres o al tutor, que son los únicos que ostentan la representación legal del menor o incapacitado, y la de “amparo” designará aquellos en que sustituya al curador a los padres del menor emancipado, es decir, cuando sólo es necesario una asistencia o complemento de la capacidad para obrar (opinión de Puig Ferriol); 3.^a, la que estima que “representación” indicará que la actuación del defensor versa sobre actos jurídicos, mientras que “amparo” designará esta actuación cuando verse sobre actos extrajurídicos o materiales, cualquiera que sea el cargo sustituido (opinión de Florensa Tomás).

El art. 302 CC establece: “El defensor judicial tendrá las atribuciones que le

haya concedido el Juez, al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida" y el art. 163 se expresa en los mismos términos. Estos artículos constituyen la norma —marco de la legitimación legal atribuible al defensor judicial, siendo el Juez quien deberá no sólo designar la persona del defensor, sino señalar también los límites y el contenido de su legitimación. Y ello se concreta en que la autoridad judicial fijará tanto su extensión, esto es, qué asuntos caerán en la órbita de aquella legitimación, como la intensidad de la misma, es decir, atribuyéndole funciones representativas, de asistencia o de pura gestión económica.

Pero se plantea el problema de si el Juez en esa designación de atribuciones tiene algún límite, y la respuesta es afirmativa, constituyendo dicho límite la propia naturaleza de la función principal suspendida, pues no parece admisible que se atribuya al defensor mayores atribuciones que las que tiene el cargo protector principal que suple temporalmente, debiendo estar, por consiguiente, sometido a las mismas limitaciones.

Lo expuesto hasta ahora es consecuencia de que si bien el defensor judicial es un cargo tutelar autónomo (así lo configura el art. 215 del CC) y unitario (la figura del art. 299 y del 163 CC es la misma), no tiene atribuido un contenido funcional propio, al contrario de lo que sucede con los demás órganos de protección.

Pues bien, dentro de este marco general, una de las cuestiones que más ha preocupado a la jurisprudencia y a la doctrina es la que se refiere a la necesidad o no de la intervención y aprobación judicial de la participación hereditaria cuando los menores o incapacitados han sido legalmente representados por el defensor judicial, en virtud de conflictos de intereses surgido con los padres o el tutor.

En un principio, en virtud de lo dispuesto por el art. 1.060 CC en su redacción anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981, se estimaba que, salvo los casos en que los menores de edad estuvieran representados en la participación por el padre o madre a quien correspondiera la patria potestad, la participación hereditaria requería para su eficacia la ulterior aprobación judicial, requisito exigido en base a dicho artículo interpretado "a contrario sensu", cuyo texto literal disponía: "Cuando los menores de edad están sometidos a la patria potestad y representados en la participación por el padre o, en su caso, por la madre, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial", y al art. 1.049 de la LEC que dispone: "las liquidaciones y particiones de herencias hechas extrajudicialmente, aunque lo hayan sido por contadores nombrados por el testador, deberán presentarse a la aprobación judicial siempre que tenga interés en ellas como heredero o legatario de parte alicuota algún menor, incapacitado o ausente cuyo paradero se ignore".

La reforma legal antes referida, modificó el texto expresado del art. 1.060 del CC cuya relación actual y vigente dice así: "Cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial", lo que inclinó a la mayoría de los autores a pensar que tanto si intervenían en la partición los padres, el tutor o el defensor judicial, no era nunca necesaria la aprobación judicial, y que al ser este artículo preferente al art. 1.049 de la LEC éste quedaba sin aplicación.

No obstante, Rey Portolés sin pronunciarse decididamente en contra, planteó en principio algunas reservas a la anterior afirmación destacando que en el Proyecto del Gobierno el art. 1.060 del CC decía: "Cuando los menores estén representados en la partición por los padres no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial", es decir, venía a mantenerse la regla de la redacción

anterior, y que fue la Ponencia del Congreso quien dio la redacción que se convirtió en ley, entendiendo Rey Portolés que con esta redacción se intentaba incluir los casos de representación por padres, tutor con autorización del Consejo de familia y los casos de representación por patria potestad prorrogada o rehabilitada, y que para evitar la enumeración casuística se optó por una fórmula más general.

Por otra parte, Rey Portolés indicaba una serie de dudas que plantea la solución general y que son las siguientes: la de si el cargo de defensor judicial es una genuina representación legal, la de si debe equipararse a los poderes una persona que si normalmente será aquella a la que corresponda la tutela letígima, también puede ser otro pariente más lejano o un extraño, la de si debe ser de mejor condición un defensor judicial que un tutor que necesitaba autorización del Consejo de familia, hay autorización judicial previa y ulterior, y la de si realmente puede decirse que no es necesaria la intervención judicial, en una partición donde para designar al defensor ya ha debido producirse necesariamente esa intervención. De su estudio nos ocuparemos al justiciar nuestra posición a la situación actual.

En cuanto al argumento de la "voluntas legislatoris", no es cierta la opinión de Rey Portolés, pues la nueva redacción del art. 1.060 de la Ponencia del Congreso fue motivada por la enmienda del "grupo socialista de Cataluña" que propuso la siguiente redacción: "No será necesaria la intervención ni la aprobación judicial cuando los menores estén representados por los padres en la partición o hubiere intervenido en ella defensor judicialmente nombrado". La motivación de la enmienda era evitar el absurdo sistema de duplicidad de nombramiento de defensor y aprobación judicial de la partición: o el Juez nombra a persona de su confianza, y en tal caso sobra la aprobación posterior, o si no lo es, es preferible que no lo nombre y que pase directamente a la aprobación de la partición.

Pero la cuestión se complicó con la Ley de Modificación de la Tutela de 24 de octubre de 1983, tras la cual el art. 271-4 del CC, establece que: "El tutor necesitará autorización judicial: para realizar la partición de la herencia o la división de una cosa común, las cuales, una vez practicadas, requerirán además la aprobación judicial", ya que se ha planteado la duda de dar al cargo de defensor judicial un tratamiento homogéneo tanto si sustituye a los padres o al tutor y no exigir la aprobación judicial de la partición por aplicación del art. 1.060 del CC, o atenerse al contenido del cargo protector sustituido, no exigiendo la aprobación si el defensor sustituye a los padres, y exigiéndola si sustituye al tutor.

La segunda postura fue la seguida por la Circular de la Fiscalía General del Estado de 25 de abril de 1985 la cual, siguiendo la teoría general del contenido y limitaciones del cargo de defensor judicial antes expuesta, dispuso: "El ámbito de la representación del defensor judicial no puede separarse del contenido y límites de la representación legal del tutor, de una parte, porque aún cuando el art. 302 establece que el defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, estas no podrán exceder de las que la ley confiere al tutor..., y de otra, porque en razón a su naturaleza, el defensor se configura como sustituto provisional del tutor en la representación para actos determinados (arts. 221-2, 299-1.ª y 2.ª) o en general (arts. 249 y 256) y lógicamente sus facultades no pueden exceder de las del transitoriamente sustituido".

También pareció seguir esta postura la DGRN en Resolución de 4 de abril de 1986, la cual, tras reconocer que cuando en la partición los menores sujetos a la patria potestad han estado representados por un defensor judicial no es necesaria

la aprobación judicial, añade: "... la indudable antinomia que ahora se produce entre el art. 271-4 y 1.060 hay que referirla exclusivamente al caso en que en la herencia se encuentre interesado un tutelado, pero no afecta al ámbito de representación del defensor judicial que actúa en nombre del menor sometido a la patria potestad".

La Resolución que comentamos de 23 de julio de 1990 se inclina, sin embargo, por la postura del tratamiento homogéneo, fundándose en que: "... el art. 271-4 del CC, al exigir nuevamente aprobación judicial para la partición hecha por el tutor, no puede reputarse sino como excepcional y, por tanto, sujeta a interpretación estricta, no siendo aplicable a aquellas otras instituciones de protección y defensa de menores o incapacitados dotados de entidad propia y con perfiles jurídicos diferenciados como el defensor judicial..., máxime cuando éste no es nombrado con carácter general, como el tutor, sino que se trate de un nombramiento específico para un acto concreto que el Juez ha de valorar al efectuarlo, al objeto de fijar las atribuciones del designado..."

Nosotros entendemos también que no es necesaria en el caso que tratamos la aprobación judicial por las siguientes razones, que constituyen una excepción a la regla general del contenido del cargo del defensor judicial:

1.^a La propia dicción del art. 1.060 del CC que habla de "menores e incapaces legalmente representados", y el defensor judicial es un representante legal, pues el art. 163 del CC está contenido dentro del cap. II del libro I del Código Civil que tiene la rúbrica "la representación legal de los hijos" y también será representante legal de los pupilos dada la naturaleza unitaria del cargo de defensor judicial y la dicción del art. 299 del CC que habla de nombramiento de un defensor judicial que "*represente y ampara*".

No es admisible negar al defensor judicial el carácter de representante legal, como alguien ha dicho, porque la investidura del cargo sea judicial. El Juez, dentro de las exigencias legales, pero con amplio arbitrio, confiere el cargo a la persona propuesta, pero es la ley la que, como dice Casasús Homet, establece la institución del defensor como representante, de modo análogo al que los herederos abintestato son "legales" llamados por la ley, aunque sea el Juez quien declare quiénes ostentan tal carácter.

2.^a La *ratio legis* del art. 271 del CC, pues si la ley en principio, como dice Florensa Tomás, atribuye al tutor unas facultades amplísimas, análogas a las otorgadas a los padres, resulta lógico que algunas, cuando deban ser ejercidas y por su transcendencia, estén sometidas a la intervención y aprobación del Juez, y a esto responde la norma del art. 271-4 del CC.

Por el contrario, la competencia del defensor judicial está limitada, en origen, y en virtud de su nombramiento a un asunto determinado (la partición), recibiendo de la autoridad judicial un poder concreto relativo a una acto asimismo concreto, por lo que no será necesaria aquella autorización requerida al tutor, pues el Juez al conferir el cargo debe haber sopesado las circunstancias concretas de la actuación que va a realizar el designado y ello podría equipararse a una aprobación judicial previa de lo actuado e implica, desde luego, la autorización.

3.^a La antinomia entre el art. 271-4.^a del CC y el art. 1.060 del mismo cuerpo legal, que debe resolverse en el sentido, no de que la norma posterior (art. 271-4.^a) deroga a la anterior, sino en el sentido que el art. 271-4 es una norma específica aplicable únicamente al tutor y debe interpretarse restrictivamente, y el art. 1.060 es la norma general aplicable a los demás cargos protectores que conlleven representación legal y, concretamente, al defensor judicial.

Si el legislador hubiera querido extender al defensor judicial las limitaciones establecidas para los tutores, hubiera, en la reforma de 24 de octubre de 1983, modificado el art. 1.060 del CC, o introducido una norma expresa para el defensor igual a la del art. 271-4 del tutor, o establecido una remisión como respecto a las causas de inhabilidad, excusa o remoción hace el art. 301; pero no hace nada de eso y se limita a exigir al defensor la rendición de cuentas de su gestión una vez concluida (art. 302) y, en ningún momento puede asimilarse esta rendición de cuentas a la exigencia de una posterior aprobación judicial, porque no afecta a la eficacia de los actos concluidos por el defensor judicial, sino únicamente a la posible responsabilidad de éste.

4.^a La necesidad de agilizar y simplificar el tráfico jurídico, pues como hemos dicho más arriba, al hablar de la enmienda del grupo "Socialistas de Cataluña", o el Juez nombra defensor a una persona de su confianza sin necesidad de aprobación ulterior, o si no es mejor que no la nombre y se proceda a una partición judicial, habiéndose inclinado el legislador por la primera al no modificar el art. 1.060 en la última reforma.

De todo lo expuesto podemos sacar las siguientes conclusiones:

1.^a En las particiones hereditarias en que los menores o incapacitados estén representados por sus padres o por uno de ellos, si la contraposición de intereses afecta sólo al otro, no es necesaria la aprobación judicial por aplicación del art. 1.060 del CC.

2.^a En las particiones hereditarias en que los menores o incapacitados estén sujetos a tutela, y representados por el tutor, sí es necesaria la aprobación judicial por aplicación del art. 271-4 del CC.

3.^a En las particiones hereditarias en que los menores o incapacitados estén representados por defensor judicial, tanto si es por contraposición de intereses con los padres o lo es con el tutor, no es necesaria la aprobación judicial, en el primer caso por aplicación del art. 1.060 del CC y en el segundo por aplicación de dicho artículo y de los argumentos ya expuestos.

Por último, conviene indicar, como hacen Lacruz Berdejo y Díez Picazo, que la no necesidad de aprobación judicial se refiere solamente a la "partición", entendiéndose por tal aquellas operaciones que la constituyen (inventario, avalúo, colación, fijación de haberes y adjudicaciones propiamente dichas), ya que lo que excediere del concepto pura y estrictamente particional (ej. adjudicaciones para pago de deudas, excesos de adjudicación abonados en dinero, etc.) estarían sujetos al requisito de la autorización judicial que el art. 166 del CC *in fine* exige a los padres y el art. 271 a los tutores, y que lógicamente debe exigirse también al defensor judicial, salvo que el Juez en uso de las atribuciones que le confiere el art. 302 del CC, al conferir el cargo de defensor le facultara expresamente para tales actos.

ANGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES
Registrador de la Propiedad