

La renuncia de los derechos en relación con los menores

I. Con motivo de la reciente presentación en el Registro de una escritura de partición de bienes otorgada en Barcelona en 1977, en la que una madre representante legal de su hija menor de edad renunciaba a cuantos derechos legitimarios le pudieran corresponder en la herencia de su abuelo, me vino a la mente la idea de escribir estas líneas para poner de relieve el importante cambio operado por la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, en materia de facultades de disposición por parte de los padres titulares ahora conjuntamente de la patria potestad sobre las que tenían con arreglo al sistema anterior.

En un primer momento me pareció buena la solución de inscribir la aludida escritura, pero, pensándolo mejor, encontré cierto apoyo doctrinal y jurisprudencial para rechazar la inscripción, y todo ello sobre la base de estudiar profundamente la naturaleza jurídica de la legítima catalana y las diversas resoluciones de la Dirección que han reconocido esta facultad de repudiar al titular de la patria potestad, sin necesidad de autorización judicial. Pero en todos los casos, como veremos a continuación, se trataba de repudiación de herencias, pero no de renunciar a la legítima catalana que tiene una naturaleza y un régimen jurídicos peculiares. Por ello, me incliné por una solución intermedia consistente en que la menor entonces, ahora mayor de edad, compareciera ante Notario para confirmar la renuncia, solución que le pareció aceptable al Notario, y así resolvimos el asunto.

Para llegar a esta decisión tuve que hacer un recorrido por los artículos del Código Civil anteriores y posteriores a la reforma y por las resoluciones de la Dirección General sobre la materia y a alguna que otra sentencia del Tribunal Supremo. Analicemos este proceso de reflexión, empezando por el examen de las normas contenidas en el Código Civil.

El artículo 166 del Código Civil, en la nueva redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y que supone, como apunta LACRUZ, un cierto acercamiento a los regímenes forales aragonés y navarro, establece:

«Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.»

El segundo párrafo continúa diciendo:

«Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado diferidos al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el Juez denegase la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado, herencia o donación. La aceptación de la herencia se entenderá hecha, en todo caso, a beneficio de inventario.»

El tercero y último párrafo dice:

«No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiera en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios, siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.»

El antiguo artículo 164 del Código Civil decía:

«El padre o la madre, en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad, y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal, salvas las disposiciones que en cuanto a los efectos de la transmisión establece la Ley Hipotecaria.»

Es decir, el antiguo artículo 164 dejaba excluidos de la necesidad de autorización judicial a los bienes muebles de toda clase, cualquiera que fuese su valor, lo que pugnaba con el artículo 2.011 LEC, que sí la exigía, aunque en la práctica predominaba el criterio del artículo 164 del Código Civil, que tácitamente derogaba el precepto de la LEC.

De las normas reseñadas se desprende claramente que en el régimen jurídico anterior ni el padre ni la madre podían enajenar ni gravar los bienes inmuebles de los hijos en que les correspondía el usufructo o la administración, sino por causas justificadas de necesidad o utilidad y

con la autorización del Juez del domicilio, oído el Ministerio Fiscal. Hoy, por el contrario, el legislador se nos presenta bastante más riguroso y pretende extender hasta sus últimos límites la protección judicial en el campo patrimonial de los menores al establecer que los padres, titulares conjuntamente de la patria potestad, no sólo no podrán enajenar ni gravar los bienes inmuebles, sobre los que únicamente recaía antes la necesidad de la autorización judicial, como se ha dicho, sino que ahora se extiende esta necesidad a los actos de disposición sobre establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, debiendo concurrir las mismas circunstancias de necesidad o utilidad y previa siempre la autorización del Juez del domicilio, previa audiencia del Ministerio Fiscal.

En suma, los padres sólo podrán, en adelante, enajenar o gravar libremente los bienes muebles no preciosos de los hijos bajo su potestad, así como los valores mobiliarios, siempre que reinviertan su importe en otros bienes o valores seguros. Igualmente podrán disponer sin limitaciones del derecho de suscripción preferente de acciones. LACRUZ señala que también podrán enajenar gratuitamente estos bienes al no estar literalmente excluida esta facultad.

Pero es que el rigor de la norma va más allá. A partir de la reforma los padres tampoco podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares. Esta innovación respecto del régimen jurídico anterior, que nos parece de extraordinaria importancia, se apunta en el párrafo 1.º y se complementa en el párrafo 2.º, que establece que los padres deberán recabar igualmente la autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el Juez no autorizase la petición deberá entenderse automáticamente aceptada la herencia, legado o donación, aunque la aceptación de la herencia se entenderá hecha, en todo caso, a beneficio de inventario.

Al final de la norma hay una matización importante, consistente en que los padres podrán enajenar o gravar bienes inmuebles o establecimientos mercantiles o industriales y renunciar a derechos, herencias, legados y donaciones sin precisar de la autorización judicial, siempre que el menor haya cumplido dieciséis años y consienta tales actos en escritura pública.

El régimen anterior a la modificación era bastante más permisivo, y así el artículo 164 del Código Civil sólo exigía la autorización judicial en los casos de enajenación y gravamen de bienes inmuebles, y el artículo 1.060 del Código Civil, sin entrar en profundidades, y en línea con la norma anterior, establecía que la partición no necesitaba de la intervención ni de la aprobación judicial cuando los menores de edad,

sometidos a la patria potestad, estuviesen representados por el padre o, en su caso, por la madre. Tratándose de menores sujetos a tutela, la representación en la partición venía atribuida al tutor debidamente autorizado por el Consejo de Familia, según disponía el artículo 269, 7, del Código Civil, sin que tampoco se requiriera la aprobación judicial, como reconoció la Resolución de 30 de octubre de 1943. El artículo 271, números 2, 3 y 4, según la redacción dada por la Ley de 1983, de 24 de octubre, ha cambiado sustancialmente las cosas, y dispone que:

«El tutor necesitará autorización judicial:

2.º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos, o realizar actos susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

3.º Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

Y 4.º Para realizar la partición de la herencia o la división de una cosa común, las cuales, una vez practicadas, requerirán además la aprobación judicial.»

Como criterio general, la Resolución de 13 de julio de 1911 declaró que el artículo 164 del Código Civil debía interpretarse siempre restrictivamente, concretándolo a los contratos que en él se determinaban. Sin embargo, pocos años después, la Dirección, en Resolución de 19 de julio de 1922, declaró que la cancelación de hipoteca debía entenderse comprendida igualmente en el artículo 164 del Código Civil, y para ello, como señala PUIG BRUTAU (t. IV, 2, p. 211), se apoyó en el precedente del artículo 2.030 de la LEC, sin que se utilizase como argumento en contra del artículo 1.180 del Código Civil, porque en la cancelación generada por consignación judicial se actúa dentro de un procedimiento en el que la actuación del Juez conjura todo peligro para los derechos de los menores, al extremo de no hacer precisa una nueva intervención judicial. El artículo 2.030 de la LEC dispone:

«Para hipotecar o gravar bienes inmuebles, o para la extinción de derechos reales que pertenezcan a menores o incapacitados, se observarán las mismas formalidades establecidas para la venta, con exclusión de la subasta.»

Esta posición de la Dirección llevó al legislador del Reglamento Hipotecario a dedicar varios apartados especiales al tema, en el artículo 178, que han merecido nueva redacción en la reforma introducida por el Decreto de 12 de diciembre de 1982, y que es la siguiente:

«1. A los efectos del párrafo primero del artículo 82 de la Ley, los representantes legales de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación necesitarán, para proceder a su cancelación, obtener las autorizaciones y observar las formalidades legales exigidas para la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos.

2. Para la cancelación por pago de la hipoteca que garantice créditos a favor de un menor, bastará el consentimiento del padre o padres que ejerzan la patria potestad.

3. Podrán practicarse las cancelaciones otorgadas exclusivamente por los menores emancipados o que hubieran obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.»

La circunstancia de la menor edad de los padres no fue tomada en cuenta por el legislador para negarles la representación legal sobre sus hijos, como se manifestó en la Resolución de 29 de noviembre de 1901. El antiguo artículo 165 establecía una salvedad para el caso de que el padre o la madre no pudieran representar a sus hijos menores de edad por existir entre ellos oposición de intereses, supuesto en el que procedía el nombramiento de defensor judicial. Discutiéndose arduamente, en estos casos, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si era necesaria o no la aprobación judicial, entendiéndose la Dirección, en las Resoluciones de 18 de diciembre de 1983, 9 de octubre de 1901 y 25 de mayo de 1906, que sí era necesaria dicha autorización judicial, por considerar que regía entonces no el artículo 1.060 del Código Civil, sino el artículo 1.049 de la LEC.

Conviene recordar que la autorización judicial debía y debe seguir obteniéndose para cada caso concreto sin posibilidad de que se otorgue con carácter general ni que se utilice para casos distintos del que fue tenido en cuenta para su concesión. La concesión de la autorización no es potestativa o discrecional por parte de los Jueces, sino que debe estar basada, como dice LACRUZ, en la apreciación de la necesidad o utilidad de cada situación.

En cuanto a la sanción que recae sobre el acto otorgado sin la necesaria autorización judicial, la doctrina, pese a ciertas vacilaciones, parece inclinarse por considerar nulas las ventas de bienes inmuebles por los titulares de la patria potestad, sin la autorización judicial, por lo que su falta no es subsanable *a posteriori*, y sin que prescriba la acción para que se pueda declarar la nulidad, criterio éste que parece no extenderse a las transacciones que, como dispone el artículo 1.810 del Código Civil, en su párrafo 2.º, el padre o, en su caso, la madre podrán transigir sobre los bienes y derechos del hijo que tuviesen bajo su potestad; pero si el valor del objeto sobre el que recaiga la transacción excede de dos mil pesetas, no surtirá ésta efecto sin la aprobación judicial. El criterio de

la nulidad aplicable a las ventas no rige, pues, para las transacciones que quedan perfeccionadas por el simple consentimiento de los padres titulares de la patria potestad, siendo la aprobación judicial sólo necesaria para su consumación.

II. Del estudio realizado en materia de repudiación de herencias y derechos interesa destacar las Resoluciones de 13 de julio de 1911, 25 de agosto de 1925 y 24 de mayo de 1930, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1906.

La Resolución de 13 de julio de 1911 sentó la doctrina de que los padres titulares de la patria potestad de sus hijos menores de edad podían repudiar las herencias a que fuesen llamados sus representados, sin necesidad de autorización judicial, por entender que los artículos 988 al 1.009 del Código Civil nada establecían en materia de repudiación de herencias, por lo que habían de estimarse bastantes las facultades que a los padres reconocen los artículos 154 y 159 del Código Civil, sin poder hacer extensiva a estos actos la limitación que fija el artículo 164 del Código Civil, pues dado el carácter de esta disposición ha de interpretarse en sentido restrictivo y no extensivamente y, por tanto, ha de concretarse a los contratos que en él taxativamente se determinen.

Por otro lado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1906, de 12 de junio, declaró igualmente válida la repudiación efectuada por los padres sin la autorización judicial, fundándose en que, no prohibiéndoles la ley la facultad de proceder por sí en tales casos, implícitamente les reconoce ésta, y aun cuando dicha sentencia se refiere a la legislación anterior al vigente Código, como no han variado las disposiciones relativas a este particular, ha de estimarse subsistente aquella doctrina después de la publicación del Código.

La Resolución de 25 de agosto de 1925 llegó al mismo resultado. En la misma se empezó reconociendo que en Derecho español la herencia comprende todos los bienes y derechos de una persona que no se extinguen con su muerte, formando todo ello una unidad patrimonial. El nuevo adquirente entra en las relaciones jurídicas transmisibles del *de cujus* una vez cumplidos los requisitos legales, entre los que figura la declaración del llamado por testamento o por ley de querer entrar en la herencia, declaración que no siempre lleva consigo el enriquecimiento del heredero, como la declaración contraria o repudiación puede implicar, a veces, la exoneración de cargas y gravámenes que pudieran arruinar al heredero si aceptare, y por todas estas razones ni aquel acto se halla sujeto a las normas específicas de la adquisición de los derechos ni el último puede equipararse a la enajenación de bienes inmuebles aun cuando los haya en la masa hereditaria.

Al conceder el artículo 1.060 a los padres facultades administrativas para representar a sus hijos menores de edad en las operaciones particionales, hasta el punto de hacer innecesaria la intervención o aprobación judicial, y al no existir precepto alguno que se ocupe de la repudiación de la herencia de los menores de edad sometidos a la patria potestad, debe acudirse al principio contenido en el artículo 155, 2, que impone al padre o a la madre el deber de representar a sus hijos en el ejercicio de todas las acciones que puedan favorecerles.

Parte el fallo de la Dirección, por otro lado, de la correlación que debe existir entre aceptación y repudiación, que obliga a entender que, cuando la ley no dispone otra cosa, debe presumirse que las regula de igual manera a fin de evitar las contradictorias situaciones jurídicas a que se llegaría si se concediese a una persona la facultad de aceptar y se negara la de repudiar.

En el Derecho histórico español el padre podía repudiar siempre la herencia del hijo menor, tanto para evitar la colación como para librarle de responsabilidades y gastos, o como decían las Partidas: «de los peligros y trabajos muy grandes, cuando eran dañosas las herencias por ser las deudas y mandas a pagar mayores e montar más de cuanto vale el heredamiento».

Los autores que aconsejaban como medida protectora del menor la aceptación a beneficio de inventario no tuvieron influencia decisiva en el caso de autos por varias razones, que señalaba la propia resolución: 1.º Porque el Código Civil pudo recoger los precedentes conocidos de los Códigos francés e italiano, y no lo hizo. 2.º Porque aun las legislaciones que imponen el deber de aceptar o repudiar, a beneficio de inventario, no exigen formalidades especiales; y 3.º Porque tal medida supone gastos cuantiosos en la venta de bienes muebles o inmuebles del menor, lo que le perjudica en vez de beneficiarle.

Por otro lado, si se negara al padre la facultad de repudiar la herencia y se concediera al tutor con el Consejo de Familia (art. 269, 10), se iría contra la moderna orientación legislativa que otorga al padre solamente todas las facultades representativas.

Finalmente, estima la Dirección, por el procedimiento establecido en el artículo 164 para la enajenación de bienes inmuebles del hijo cuya administración o usufructo corresponde al padre enajenante, como relativo a un objeto singular, es inaplicable a la repudiación de la herencia, que exigiría una especie de juicio universal en el que debería estimarse y contrapesarse no sólo las acciones, deudas y responsabilidades, sino las mil contingencias de la vida del causante, que habrían de reflejarse en el debe y haber de la masa hereditaria.

En la Resolución de 24 de mayo de 1930 se resolvió una situación en la que una señora catalana, después de instituir en su testamento heredero usufructuario a su marido, legaba una participación indivisa de una casa a un sobrino carnal, con la condición de que si el legatario llegare a tener uno o más hijos legítimos podría disponer libremente, y en caso contrario le sustituía por las Conferencias de San Vicente de Paúl. La madre del sobrino, menor de edad, como representante legal del mismo, repudió el legado por considerarlo aleatorio, que fue posteriormente repudiado por las Conferencias de San Vicente de Paúl. El Registrador denegó la inscripción de la nuda propiedad solicitada por el usufructuario por considerar insubsanable el defecto y entender que las citadas renunciaciones no se habían hecho con la correspondiente autorización judicial. La Dirección estimó que tenía razón el Notario autorizante por la siguiente doctrina: «que un legado todavía no aceptado no podía equipararse a una finca que forma parte del patrimonio del menor, que ni está autorizado para pedir la inscripción a su nombre siendo sólo titular de un derecho subordinado a la liquidación de la masa hereditaria. Tampoco puede decirse que haya de corresponder a la madre la administración y el usufructo de dicho inmueble usufructuado en la actualidad, sobre todo teniendo presente que la adquisición de la nuda propiedad se halla sometida a condición resolutoria. Por otro lado, las facultades de la patria potestad deben ser, por lo menos, tan amplias como las atribuidas al tutor con intervención del Consejo de Familia, declarando inscribible la escritura en cuestión.

III. Hemos visto cómo el padre o la madre en el régimen anterior del Código podían renunciar sin más a las herencias y legados de sus hijos menores de edad; pero ¿podían renunciar a las donaciones hechas a los mismos? El artículo 626 del Código es terminante al establecer que las personas que no pueden contratar no pueden aceptar ni repudiar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes. El artículo 625 establece que podrán aceptar donaciones todos los que no estén expresamente incapacitados por la ley para ello. Sin embargo, el legislador del Reglamento Hipotecario de 1947 se ocupó de este tema, y cautelosamente introdujo en el artículo 178 un apartado, el segundo, que paladinamente sancionaba la innecesariedad de la autorización judicial prevista en el artículo 164 del Código Civil para los casos de renuncia de herencias o donaciones a favor de los hijos representados por el padre o la madre. No tenía sentido, sin embargo, pensar que el legislador autorizara a los padres a renunciar las donaciones hechas a sus hijos menores de edad y les sometiera, en cambio, a una rigurosa disciplina jurídica en cuanto a

los actos dispositivos sobre los bienes de esos mismos hijos. Por estas o parecidas razones, la jurisprudencia, de forma vacilante, fue creando una doctrina contraria a que los padres pudieran renunciar a los derechos a que eran llamados los hijos, y puede decirse que esta tendencia aparece representada por la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Segunda de 17 de diciembre de 1965, que mantuvo un criterio diametralmente opuesto al formulado en materia de repudiación de herencias y declaró la nulidad de la renuncia efectuada por la madre con patria potestad a la indemnización que correspondía a los hijos menores por razón del fallecimiento en accidente de su padre. El Supremo entendió que los padres son una especie de gestores que tienen las obligaciones propias de todo administrador, entre ellas, la de conservar sin menoscabo el peculio de sus hijos, y si bien la administración de aquéllos comporta la representación, como se infiere del artículo 155, solamente abarca los actos que puedan redundar en provecho de los hijos.

El considerando cuarto decía que la virtualidad de este principio capital se manifiesta singularmente en materia de actos de disposición que afectan a la sustancia del peculio, para alguno de los cuales proporciona normas especiales de control nuestro Código Civil, como las referentes a la enajenación de bienes inmuebles, y las relativas a transacciones sobre objetos cuyo valor exceda de 2.000 pesetas; mas la existencia de estas reglas específicas no significa ni puede suponer que fuera de los casos previstos expresamente en ellos queden totalmente excluidos del control judicial los demás actos dispositivos realizados por los padres, en representación de sus hijos menores, actos que no requerirán ciertamente para su validez la previa autorización o posterior aprobación, pero sí podrán ser objeto de una declaración jurisdiccional de ineficacia liberatoria cuando la impugnación del acto, fundada en haberse excedido el padre o la madre en el ejercicio del poder dispositivo representativo que le concede la ley, sea objeto secundario o principal de un proceso.

La renuncia de la madre al ejercicio de la acción civil, a cambio de una indemnización anterior a la sentencia penal, podía bien considerarse como un contrato de transacción, no pudiendo el Tribunal de lo Criminal en el ejercicio de la función que le incumbe ver limitadas sus facultades por una transacción efectuada por el administrador de los bienes de los hijos, aunque se trate del padre o de la madre con patria potestad.

Además, debe recordarse, dice PUIG BRUTAU, citando a CANO TELLO, que el artículo 111 LEC dice «que las acciones que nacen de un delito o falta pueden ejercitarse junta o separadamente», pero «mientras estuviere pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación

hasta que aquélla haya sido resuelta por sentencia firme». Por ello, si se ha ejercido la acción civil y luego se promueve la causa criminal por el mismo hecho, el artículo 115 LEC obliga a suspender el litigio civil, salvo la renuncia expresa del perjudicado. A su vez, la condena en juicio criminal da lugar a la correspondiente condena civil, salvo reserva expresa de la acción civil en la sentencia penal.

IV. Junto a esta contradictoria jurisprudencia, en materia de renuncia de derechos y de herencias, que, como hemos visto, había recogido la legislación de forma tímida e incompleta, procede que examinemos ahora la naturaleza jurídica de las legítimas y la situación de los legitimarios.

El legitimario es llamado por la ley a título de heredero, de tal modo que deviene forzosamente heredero de una cuota del caudal. En el Derecho anterior al Código Civil el causante, si testaba, debía instituir heredero al legitimario al menos en la cuota legal. Las consecuencias de no instituirse eran las propias de la preterición romana, es decir, la apertura de la sucesión *ab intestato* tras anular la institución de heredero viciada.

Promulgado el Código Civil, la doctrina sigue considerando al legitimario como heredero apoyada en el empleo constante por el legislador de la expresión «heredero forzoso».

SÁNCHEZ ROMÁN y VALVERDE mantienen que hay dos especies de herederos voluntarios y forzosos. Para ellos, éstos «lo son por el ministerio de la ley y está obligado el testador a reconocerlos en su testamento como herederos por imperativo de aquélla, que les otorga ese derecho, y es en realidad quien los instituye».

LACRUZ, por el contrario, considera la expresión «heredero forzoso» como una impropiedad del lenguaje favorecida por los precedentes históricos. El artículo 815 del Código Civil significa que la legítima no supone una atribución global a un título de herencia, ni un deber del causante de nombrar heredero al legitimario, sino un deber genérico de atribución que puede cumplir el causante *inter vivos* o *mortis causa*, y en particular en este segundo caso por cualquier título.

DE DIEGO califica la legítima como simple derecho de crédito contra el heredero, fundándose en la forma de pago al cónyuge e hijos naturales y en la posibilidad de que se perciba un suplemento en metálico en los supuestos de indivisión del artículo 1.062 del Código Civil.

Para ROCA SASTRE la legítima no es titularidad hereditaria ni creditual, ni *pars bonorum*, sino *pars valoris bonorum*, es decir, supone una titularidad sobre una parte del valor en cambio de los bienes que integran el *as hereditario* con la naturaleza propia del derecho real de reali-

zación del valor que afecta, a modo de garantía, a todo el patrimonio hereditario.

La doctrina atribuye, pues, al legitimario un derecho sobre el caudal que sin llegar a proporcionar necesariamente la cotitularidad plena de un heredero representa algo más que la mera garantía de un crédito fijado en el momento de la muerte del causante. La esencia del derecho del legitimario es la afección del caudal en garantía cuando no deviene heredero o partícipe del *relictum* o propietario del objeto legado.

En el Derecho catalán la legítima es definida en el artículo 122 de la Compilación como el derecho a obtener en la sucesión del causante un valor patrimonial que éste podrá atribuirles a título de institución hereditaria, legado, donación o de cualquier otra manera.

En general, el legitimario tiene derecho a recibir en pago de su legítima bienes de la herencia. Puede decirse, por consiguiente, que participa directamente en los bienes relictos, lo que no pocos autores explican diciendo que la legítima es *pars bonorum*. El legitimario no tiene derecho a recibir los bienes por título de heredero, y si es instituido tendrá la cotitularidad del caudal no como exigencia de su condición de legitimario, sino como consecuencia de uno de los varios títulos por los que podrá ser satisfecho.

En suma, la herencia forzosa queda como un derecho a percibir por cualquier título cierta cuantía del patrimonio del causante o su valor y, en cierta medida, a ser mencionado en el testamento. Las cualidades de heredero o legatario o acreedor las adquiere el legitimario o por voluntad del causante en relación con las posibilidades legales o bien por infracción de la legítima, pero siempre como algo ulterior a su condición de heredero forzoso.

En cuanto a la sucesión, a título de heredero, se ha tratado de explicar aludiendo a la continuación de la personalidad del causante o a la sucesión en la totalidad de un patrimonio; pero, como dice LACRUZ, ambas representaciones son inexactas, porque tratan de explicar, mediante imágenes, un fenómeno que se resiste a ser representado de esta forma. Lo que la ley dice es que el heredero ingresa de manera general en las relaciones transmisibles del muerto e incluso en algunas que le son personales; el heredero, si bien no sucede en una *universitas*, sí recibe a la vez bienes, derechos y obligaciones del causante, en su generalidad; y aun cuando no continúa la personalidad del causante, sí sirve de término activo y pasivo a relaciones de las que era titular el causante; la condición de heredero es personalísima y es independiente de la existencia de bienes en el patrimonio del causante.

Por todo ello, la escritura sometida a despacho ofrecía dudas en el

modo de inscribirla. Claro es que podía haberse inscrito, sin más, pero pareció más conforme con el momento en que se iba a inscribir someterla al acto confirmatorio señalado.

CONCLUSION

Así las cosas, y ante la falta de normas jurídicas que resolvieran los diversos supuestos que la realidad planteaba, la jurisprudencia, con los mejores deseos de cubrir tan importante laguna, pero sin mayor consistencia, iba dando soluciones que, como hemos tenido ocasión de ver a lo largo de este estudio, aun guardando una coherencia externa, sin embargo carecían de una sólida *ratio* interna. Resultaba claro que, así como los padres podrían renunciar a las herencias y legados a que eran llamados sus hijos menores de edad, no resultaba tanto que pudieran renunciar libremente a derechos que por vía contractual pudieran corresponder a sus representados. Esta imprecisa frontera, dibujada con tenaz esfuerzo por la Jurisprudencia, ha quedado definitivamente barrida, y hoy aparece con unos perfiles nítidos la esfera de competencia de los padres sobre el patrimonio de sus hijos menores de edad, que ven limitadas muchas de las facultades que podían realizar por sí mismos en el régimen anterior y que, de ahora en adelante, necesitarán acudir a la vía judicial para recabar la correspondiente autorización.

Sin embargo, y pese a este decisivo avance, sigue sin resolverse la ardua y espinosa cuestión de si los padres representantes legales de sus hijos pueden sin necesidad de autorización judicial extinguir situaciones de condominio. La naturaleza jurídica del acto divisorio de la cosa común ha dado lugar, entre los civilistas, a una añeja polémica. Hay quienes entienden que se trata de un acto traslativo, mientras que otros defienden que se trata de naturaleza simplemente declarativa. Esa vieja discusión, como reconoce el profesor Díez-PICAZO, es difícil de resolver, y acaso la única manera de solucionarla sea eludiéndola. Sin embargo, no cabe seguir la recomendación del aludido profesor, ya que las consecuencias que se derivan de una u otra posición se manifiestan con especial trascendencia en materia de capacidad de los titulares de la patria potestad para llevar a cabo la división de los bienes en que están interesados sus hijos menores de edad. Si se estima que la división es un acto simplemente declarativo, habrá que reconocer que los padres pueden llevar a cabo estos actos sin necesidad de autorización judicial. Por el contrario, si se ve en la extinción un acto de atribución patrimonial, habrá que concluir que los padres necesitarán de la pertinente autorización judicial. Acaso pudiera servir de pauta considerar que los actos que

los padres tienen que realizar para partir las herencias en nombre de sus hijos entrañan en la mayoría de los casos extinción de situaciones de comunidad, y el Código Civil les reconoce facultades bastantes para llevarlas a cabo *per se*, siempre que no exista entre ellos y sus hijos oposición de intereses. Continuaría, sin embargo, existiendo una diferencia fundamental consistente en que la comunidad hereditaria es una comunidad incidental no querida por los interesados y que se produce *ope legis* al fallecer el causante, mientras que las demás comunidades nacen siempre de actos soberanos de voluntad.

Tal vez con apoyo en esta consideración la doctrina y jurisprudencia venían estimando que los padres podían realizar estos actos extintivos en nombre de sus hijos sin necesidad de autorización judicial. Sin embargo, hoy las cosas, como acabamos de ver, han cambiado mucho, y no a favor de la libertad de movimientos de los padres. El haz de facultades que la ley les reconoce para obrar sin limitaciones en el campo patrimonial de los hijos menores ha quedado muy desvaído, y tal vez no dejen de existir argumentos para defender que no pueden llevar a cabo estos actos por sí solos. Pero, a pesar de ello, nosotros creemos y defendemos que los padres van a poder seguir dividiendo por sí solos en base a las siguientes razones:

1.º No aparece incluida esta limitación en el artículo 166 del Código Civil, a diferencia de lo que hemos visto ocurre en el caso de los tutores que, de acuerdo con el artículo 271, 4, requerirán, en todo caso, autorización judicial.

2.º Además, el artículo 1.060 del Código Civil, redactado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, aplicable a la división de la cosa común, por la remisión que el artículo 406 hace a las reglas de la división de la herencia, se refiere a menores y a incapacitados legalmente representados en la partición, que no necesitan de la intervención ni de la aprobación judicial, norma que, por otro lado, está en contradicción con el nuevo artículo 271, 4, del Código Civil, que sí exige esta autorización para aprobar las particiones realizadas por los tutores. Se produce así, dentro del mismo texto legal, una colisión de normas que debe salvarse con una interpretación favorable a la ley más moderna. En todo caso, esto es consecuencia de la modificación troceada y diferida en el tiempo de las instituciones reguladas en el Código Civil, que provoca con frecuencia situaciones como ésta que apuntamos.

ANTONIO MORO SERRANO
Registrador de la Propiedad