

CONSULTA NUM. 2/1985

SOBRE SI ES NECESARIA LA APROBACION JUDICIAL DE LAS PARTICIONES CUANDO ALGUNO DE LOS HEREDEROS DECLARADO INCAPAZ ESTE REPRESENTADO POR UN DEFENSOR JUDICIAL

I

Somete V.I. a la consideración de esta Fiscalía Consulta cuyo supuesto es el siguiente: ante un Juzgado de Primera Instancia se inicia expediente de jurisdicción voluntaria cuya finalidad es obtener la aprobación judicial de la partición de una herencia en la que uno de los coherederos es persona mayor de edad declarada incapaz. Están acreditadas estas circunstancias: la declaración judicial de incapacidad, el nombramiento de defensor judicial para el incapacitado ya que el tutor es un hermano y coheredero, y que en los actos constitutivos de la partición representó al incapaz su defensor judicial nombrado para tal acto.

Ante hecho tan escueto formula la pregunta de si es necesaria la aprobación judicial de las particiones en las que un heredero incapacitado esté representado por su defensor judicial, pronunciándose en sentido negativo, esto es, que en supuestos como el extractado no es precisa la aprobación judicial para la eficacia de las particiones.

II

El tema objeto de la Consulta es uno de los tradicionalmente cuestionados en la doctrina y la jurisprudencia ante-

riores a la vigente normativa, quizá por la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de dos preceptos que parecen hallarse en contradicción. Uno es el artículo 1.049 de la ley de Enjuiciamiento Civil, declarativo de que las particiones de herencia hechas extrajudicialmente deberán presentarse a la aprobación judicial siempre que tenga interés en ella como heredero o legatario de parte alicuota algún menor, incapacitado o ausente. Y otro, el artículo 1.060 del Código Civil, en su redacción originaria, al disponer que cuando los menores de edad estén sometidos a la patria potestad y representados en la partición por el padre, o en su caso por la madre, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial.

Aunque la Consulta no especifica la modalidad de partición extrajudicial, deducimos que se trata de una partición hecha por los coherederos; ello debe ser así porque la necesidad de la autorización judicial no se plantea para las particiones practicadas directamente por el testador ante la terminante declaración del artículo 1.056 del Código Civil —«se pasará por ella»— y porque las particiones realizadas por comisarios son equiparadas en la jurisprudencia a las llevadas a cabo por el testador.

Relacionado con el tema que nos ocupa, en las particiones practicadas por los herederos vamos a distinguir dos etapas. Una anterior a las leyes de 13 de mayo de 1981 y 24 de octubre de 1983 y otra posterior a estas disposiciones.

A) Si entre los herederos existe algún incapacitado sometido a tutela ¿quién interviene en su nombre en las operaciones particionales? Por supuesto el representante legal (artículo 262 del Código Civil), el tutor, tras haber obtenido autorización del Consejo de familia (artículo 269, 7.º del Código Civil), a no ser que entre el tutor y su representado medie incompatibilidad de intereses, en cuyo caso en la división de la herencia interviene el protutor (artículos 236, 2.º y 264, 6.º del Código Civil y sentencias de 8 de marzo de 1956 y 10 de junio de 1958). Pero en la hipó-

tesis referida ¿se requiere además la aprobación judicial? Una antigua sentencia —muy criticada, por lo demás— de 1 de febrero de 1906, sostuvo que era necesaria la aprobación judicial a tenor de lo prescrito en el artículo 1.060 del Código Civil —sólo se excluye la aprobación judicial cuando la representación deriva de la patria potestad— ya que la autorización del artículo 269,7.º no tiene mayor trascendencia que la de habilitar al tutor para gestionar en representación de los menores o incapaces. Más la generalidad de la doctrina entendió que no era necesaria la aprobación judicial para las particiones en que estén interesados los sujetos a tutela, porque el Código Civil ha concedido a las personas que integran los distintos órganos de la tutela, (tutor, protutor, Consejo de familia) todas las facultades que la legislación anterior atribuía a la autoridad judicial en orden a la autorización de aquellos actos que traspasen los límites de la simple administración.

B) La Ley de 13 de mayo de 1981, modificó sustancialmente el texto del artículo 1.060 del Código Civil. Este precepto dice ahora que «cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial». Las diferencias con la formulación legal precedente son manifiestas. Por lo pronto el círculo del anterior artículo 1.060 se circunscribía a los *menores* sometidos a la patria potestad, en tanto que su contenido actual comprende también a los *incapacitados*.

a) El primitivo artículo 1.060 se interpretó, correctamente a nuestro juicio, en el sentido de que la innecesariedad de la aprobación judicial de las particiones se reducía al supuesto de que los menores estuvieran representados en ella por los ejercientes de la patria potestad; pero era necesaria la aprobación judicial cuando, conforme al artículo 165 del Código Civil, interviniera en la partición un defensor judicial representando al menor por tener los padres intereses inconciliables con los del hijo. Así, la intervención directa de los padres en la partición eliminaba el

requisito posterior de la aprobación judicial, mas ésta era ineliminable si participaba en las operaciones divisorias el defensor judicial de los herederos menores sometidos a la patria potestad. En el actual artículo 1.060 basta para excluir la necesidad de la aprobación judicial con que los menores estén legalmente representados en la partición, y esta condición se cumple tanto si intervienen en ella los padres como el defensor judicial de menores, pues si éste es un representante legal para la conclusión de un acto concreto (artículo 163 del Código Civil) es claro que a la partición en que intervenga representando al menor no debe seguir como presupuesto de eficacia la aprobación judicial.

b) Pero también expresa el artículo 1.060, tras la Ley de 13 de mayo de 1981, que cuando los *incapacitados* estén legalmente representados en la partición, no es necesaria la aprobación judicial. Luego cuando intervenga el tutor o en su caso el protutor en la partición en que esté interesado el declarado incapaz, es manifiesta la improcedencia de la aprobación judicial, dado que el tutor es el representante legal general y el protutor, aparte de su función de vigilancia, asume la representación legal excepcional del pupilo cuando haya intereses contrapuestos entre el tutor y el tutelado.

C) Todas las consideraciones anteriores, ajustadas a la estricta interpretación de las normas, nos llevarían a concluir que en el caso planteado en la Consulta, efectivamente, no es necesaria la aprobación judicial. Sin embargo, el tema se complica con la publicación de la Ley de 24 de octubre de 1983, para las particiones en que alguno de los coherederos incapacitados esté representado por el tutor o por el defensor judicial, nueva figura jurídica en el ámbito de la tutela a la que se destinan los artículos 299-302 del Código Civil.

Mas es preciso distinguir dos cuestiones: una general y otra particular.

a) Si relacionamos el artículo 1.060 del Código Civil con las normas generales de la Ley de 24 de octubre de

1983, llegaríamos a la conclusión de que la intervención del tutor o del defensor judicial en nombre del incapacitado es requisito suficiente para la validez del acto particional; la aprobación judicial de la partición la excluye el artículo 1.060 siempre que haya intervenido el representante legal del incapacitado, y es notorio que el tutor ostenta tal carácter (artículo 267 del Código Civil), cualidad que también concurre en el defensor judicial del incapacitado, porque según el artículo 299,1.º se nombrará defensor judicial que *represente* y ampare los intereses del incapacitado cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los incapacitados y sus representantes legales. Tan representante legal es el tutor como el defensor judicial, pues la función sustitutiva de éste tiene la misma calidad que la de aquél; la única diferencia es la provisionalidad del defensor judicial, en cuanto supone una suspensión limitada en el tiempo de la tutela para un determinado asunto en el que la ley prohíbe al tutor representar al tutelado (artículo 221,2.º del Código Civil).

b) Sin embargo, tras el análisis del artículo 271,4.º del Código Civil, se llega a conclusión distinta, pues a su tenor el tutor precisa autorización judicial para realizar la partición de herencia en que el tutelado se halle interesado, y la aprobación judicial una vez que se haya practicado. Esta es, concretamente, su literalidad: «El tutor necesitará autorización judicial para realizar la partición de la herencia o la división de la cosa común, las cuales, una vez practicadas, requerirán además la aprobación judicial».

Su antinomia con el artículo 1.060 es manifiesta, pero contraída a los representantes legales del incapacitado: tutor y, en su caso, defensor judicial. En los demás casos de representación legal el artículo 1.060 producirá sus efectos. Así, las representaciones legales derivadas de la patria potestad, ya sea la de los padres (artículo 162 del Código Civil) o la de los defensores judiciales de menores (artículo 163 del Código Civil), presentes en la partición no precisan que ésta sea aprobada judicialmente, pero el tutor y el

defensor judicial están sujetos al requisito de la aprobación judicial para que la partición en la que hayan intervenido representando al incapacitado sea válida y eficaz.

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 aun cuando el artículo 302 establece que el defensor judicial tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, éstas no podrán exceder de las que la Ley confiere al tutor, por lo que la necesidad de aprobación judicial es un acto imperativo, no dispensable; y de otra, porque en razón a su naturaleza, el defensor se configura como sustituto provisional del tutor en la representación para actos determinados (artículos 221,2.º, 229,1.º y 229,2.º) o en general (artículos 249 y 256) y lógicamente sus facultades no pueden exceder de las del transitoriamente sustituido.

Tal conclusión la juzgamos ajustada si atendemos además al fin inmediato de la norma y, sobre todo, al sistema tutelar adoptado por la Ley de 24 de octubre de 1983. Al haber pasado nuestro ordenamiento jurídico de un sistema de tutela de familia a otro de autoridad, la figura Juez adquiere un especial relieve en el plano del control, vigilancia y organización de la tutela, por lo que bien puede decirse que constituye el órgano fundamental de la institución, lo que explica que el tutor —o quien le sustituya en la representación legal para asuntos concretos— precise autorización judicial para realizar los actos más importantes que puedan afectar a la persona o al patrimonio del tutelado (artículos 271-272 del Código Civil), y que sea imperativa la audiencia del Ministerio Fiscal antes de que el Juez proceda a autorizar o aprobar los actos concluidos por el representante legal del incapacitado.

Madrid, 25 de abril de 1985.

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales Jefes de las Audiencias Territoriales y Provinciales.