

La capacidad en los negocios sobre inmuebles

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA CAPACIDAD NEGOCIAL Y SUS MODALIDADES.—II. LA LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD.—III. LA CAPACIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES.—IV. LA INHABILITACIÓN DE CONCURSADOS, SUSPENSOS Y QUEBRADOS.—V. NEGOCIOS JURÍDICOS: § 1. APODERAMIENTO: A. *Capacidad para apoderar*. B. *Capacidad para ser apoderado*. § 2. ARRENDAMIENTO. § 3. COMPRAVENTA. A. *Capacidad para vender*. B. *Capacidad para comprar*. § 4. CONSTITUCIÓN DE COMUNIDAD: A. *Capacidad para pactar la constitución*. B. *Capacidad para pactar la disolución*. § 5. CONSTITUCIÓN DE UN EDIFICIO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. § 6. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA. § 7. DONACIÓN: A. *Capacidad para donar*. B. *Capacidad para aceptar y renunciar donaciones*. § 8. HERENCIA. A. *Aceptación*. B. *Repudiación*. C. *Partición*. D. *Conmutación de la legítima del cónyuge viudo*. E. *Ejecución testamentaria por albacea y contador-partidor*. § 9. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA. A. *Capacidad para constituir hipotecas*. B. *Capacidad para adquirir hipotecas*. C. *Capacidad para cancelar hipotecas*. § 10. MODIFICACIONES HIPOTECARIAS. § 11. NEGOCIOS SOBRE EL RANGO HIPOTECARIO. § 12. TRANSACCIÓN.—VI. RÉGIMEN DE LA INEFICACIA Y CALIFICACIÓN REGISTRAL: § 1. INCAPACIDAD NATURAL. § 2. DEFICIENCIA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL. § 3. FALTA DE AUTORIZACIÓN O APROBACIÓN JUDICIAL. § 4. RESTRICCIONES DE LA CAPACIDAD DE OBRAR. § 5. FALTA DE LEGITIMACIÓN. § 6. VULNERACIÓN DE PROHIBICIONES LEGALES. § 7. INHABILITACIÓN DE CONCURSADOS, SUSPENSOS Y QUEBRADOS. § 8. AUSENCIA E INSUFICIENCIA DE PODER. § 9. INCURSIÓN EN INCOMPATIBILIDAD DE INTERESES.

I. INTRODUCCIÓN: LA CAPACIDAD NEGOCIAL Y SUS MODALIDADES

En materia de capacidad negocial suele distinguirse entre una capacidad para actos de administración o conservación y una capacidad para

actos de disposición o enajenación (1). Pero la claridad de esta clasificación es engañosa: primero, porque no existen actos que por su intrínseca naturaleza sean de administración o de disposición, sino que se clasificarán como tales según la finalidad perseguida (2); segundo, porque la exigencia de contrato y tradición, para que se produzca el efecto traslativo de derechos reales, obliga a reconocer que para realizar un acto *con efecto* dispositivo basta con tener capacidad para actos de administración (3); tercero, porque existen actos de disposición que no son de enajenación, por lo que la *summa divissio* que distingue entre actos de administración o conservación y actos de disposición o enajenación no agota todos los supuestos —atendiendo a la finalidad de los actos y la capacidad requerida para ellos— (4).

A las anteriores dificultades, que vienen a desvirtuar la aparente sencillez de la dicotomía acto de administración o conservación-acto de disposición o enajenación, hay que añadir la pluralidad de expresiones que la doctrina utiliza, atribuyéndoles, además, sentidos no siempre concidentes: actos de simple administración, actos de ordinaria administración, actos de extraordinaria administración, actos de mera administración, actos de administración provisional, actos de gestión, actos de conservación, actos modificativos, actos reconocitivos.

En ocasiones, la disparidad de términos lleva consigo sistematizaciones opuestas: para la generalidad de los autores, los actos de disposición engloban los actos de riguroso dominio, mientras que para el Código Civil —y la jurisprudencia que lo interpreta (señaladamente la sentencia de 22 de junio de 1966)— los actos de riguroso dominio engloban, como una de sus subespecies, los actos de disposición.

(1) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. 2, Madrid, 1987, pág. 164.

(2) Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I. Madrid, 1994, pág. 492. En la misma línea dice GITRAMA (*El acto de administración en el Derecho civil*), AAMN, t. XIX, 1976, pág. 337: «Todo acto jurídico de alcance patrimonial puede ser acto de administración, como puede serlo de disposición [...]. Es que el acto ha de ser contemplado no tanto en sí mismo, cuanto en la función que en concreto realiza en el seno o en el conjunto de un patrimonio y en conexión con todo éste».

(3) Como advierte ALBALADEJO, sólo la tradición es un acto de disposición; la compraventa es un acto obligatorio, para el que sólo se exigiría capacidad de administración: «no provoca por sí la pérdida o gravamen de un derecho, sino que simplemente se limita a prepararla, mediante la constitución del deber (obligación) de transmitir» (*Derecho civil*, t. I, vol. II, Barcelona, 1991, pág. 163).

(4) Dos ejemplos: los actos para los que el art. 1.713 CC exige poder *expreso* no son sólo los actos de disposición (y por supuesto, no son los actos de administración, para los que rige la regla opuesta, la del párrafo 1.^o); los actos para los que el menor emancipado necesita consentimiento de sus padres o su curador no son —dicho en términos negativos— *todos los que no son de administración*.

La sistematización de la capacidad negocial podría hacerse del siguiente modo —y en el sentido que a continuación se expone utilizo los términos en las páginas que siguen:

a) Acto de administración es el que tiene por finalidad la conservación y explotación —obtención de rendimientos— del inmueble.

b) Acto de disposición, en sentido amplio, es el que excede de esa finalidad, y tiene por objeto:

a) un efecto traslativo o constitutivo, de manera que otra persona adquiere un derecho del titular anterior (acto de disposición en sentido estricto; p. ej.: compraventa, donación, constitución de hipoteca, constitución de comunidad por agrupación de fincas de distintos propietarios, negocios sobre el rango hipotecario, la transacción en ciertos casos...);

b) un efecto de modificación físico-jurídica, o exclusivamente jurídica, en los que el acto que lo produce es unilateral (acto de riguroso dominio; p. ej.: modificaciones hipotecarias, constitución en régimen de propiedad horizontal, cancelación registral, ...).

A lo largo de este trabajo se dedica, en relación con diversos negocios sobre inmuebles, un apartado propio al incapacitado sujeto a curatela. Si no se hace referencia en ningún momento a los menores emancipados y a los pródigos sujetos a esta institución de guarda, es porque la capacidad de los primeros es la misma que la de los emancipados cuyos padres viven y no están impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley; y la capacidad de los segundos será la que determine la sentencia, que debe indicar los actos que el pródigo no puede realizar sin consentimiento del curador.

Se estudia, en relación con diversos actos, la capacidad de los menores sujetos a patria potestad, pero no se hace referencia a los mayores incapacitados cuyos padres viven, porque en este caso caben dos regímenes distintos, aunque no estén explícitamente diferenciados en el Código: que se prorrogue la patria potestad (art. 171 CC), o que se prorrogue la función asistencial, cuando la incapacidad, «atendiendo al grado de discernimiento» (art. 287), solo haga necesaria la asistencia o intervención —pero no la representación— de los padres. En el primer caso, para determinar el ámbito de capacidad del incapacitado y las facultades representativas de los padres, habrá de estarse «a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación» (art. 171), y subsidiariamente, a las reglas aplicables a los menores sujetos a patria potestad. En el segundo caso, habrá de atenderse a la enumeración, que haga la sentencia, de los actos en que deba ser necesaria la intervención de los padres; si la sentencia de incapacitación no especifica tales actos, habrá de aplicarse el art. 290 *in fine*: no podrá

realizar, sin asistencia de sus padres, ninguno de los actos para los que el tutor requiere aprobación judicial (5).

En la duda de si exponer el régimen de la capacidad para los negocios inmobiliarios desde una perspectiva subjetiva u objetiva —es decir, partiendo de las personas (menor sujeto a patria potestad, menor emancipado, sujetos a tutela, cónyuges...) o de los negocios (compraventa, donación, constitución de hipoteca...)— he optado por la segunda, no sólo por razones sistemáticas, sino también por razones prácticas, y quizá también por hábito profesional: a la vista de una escritura de constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal, no interesa tanto saber qué capacidad tiene, en general, una persona sujeta a curatela —por ejemplo—, sino quiénes son o no capaces de otorgarla.

He incorporado las novedades introducidas, en materia de capacidad y representación legal, por la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por la Ley 30/1994, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General y su Reglamento aprobado por el RD. 316/1996.

Para terminar la introducción, una precisión final. El texto de este trabajo es, en un aspecto, más amplio, y en otro, más restringido de lo que su título anuncia: se abordan no sólo cuestiones de capacidad, sino también de representación, e incluso, en algunos casos, de requisitos legales para la validez de ciertos negocios inmobiliarios; pero, por otro lado, las cuestiones de capacidad se abordan sólo desde la perspectiva del Derecho común.

II. LA LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD

La capacidad se rige por la ley personal (art. 9, 1 CC), y por capacidad ha de entenderse no sólo la capacidad jurídica, sino también la capacidad obrar, incluyendo en ella la capacidad jurídica especial, «la propia de cada acto» (6). La eliminación de la expresión «capacidad legal», que empleaba

(5) No creo que exista un paralelismo entre la patria potestad prorrogada (art. 171) y las reglas de la patria potestad (arts. 162 a 168), de un lado, y la asistencia paterna prorrogada (no regulada en el CC) y las reglas sobre asistencia paterna al menor emancipado (art. 323), de otro. La razón es que el CC distingue entre curatela de los emancipados y curatela de los incapacitados, señalando actos distintos que no pueden hacer sin asistencia. Y esa distinta enumeración (288 y 290 *in fine*) no depende de quién lleve a cabo la asistencia o intervención, si no de la gravedad de la limitación de capacidad: la ley considera mayor la limitación del incapaz que la limitación del incapacitado.

(6) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. II, Madrid, 1952, pág. 56.

el Código Civil en la redacción del Título Preliminar anterior al D. de 31 de mayo de 1974, trata de evitar una interpretación restrictiva, que reduzca el concepto genérico de «capacidad» (7). No duda la doctrina internaciona- lista que el art. 9, 1 CC se refiere tanto a la capacidad general como a la capacidad especial para la realización de determinados actos jurídicos (8). El Reglamento hipotecario conforma esta interpretación, al hablar de «la capacidad legal necesaria para el acto» (capacidad especial, por tanto) y la «capacidad civil» de los extranjeros (capacidad de obrar). En el mismo sentido entiende el precepto la R. de 17 de enero de 1951.

La ley personal viene determinada, a su vez, por la nacionalidad (art. 9, 1 CC), si se trata de extranjeros, o por la vecindad (art. 16, 1, 1.º CC), si se trata de españoles. No habiendo cambio de ley personal, la capacidad vendrá determinada siempre por la misma ley: no cabe elección de ley aplicable; no hay, en esta materia, autonomía conflictual. «Al extranjero [y al que tiene una determinada vecindad civil, cabría añadir] le acompaña su capacidad», como ha dicho reiteradamente el Tribunal Supremo (SS de 1 de mayo de 1919, 4 de diciembre de 1935...).

Cualquier duda que pudiera haber sobre la extensión del art. 10, 5 CC — regulador de las «obligaciones contractuales» — a cuestiones de capacidad — capacidad especial — ha quedado disipada por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que ha desplazado las reglas de aquél apartado 5 (9) —y este efecto se ha producido también en la función que las normas de Derecho internacional privado tienen como normas de resolución de conflictos internos (10)—. Según su art. 2, «no se aplicarán [las disposiciones del Convenio]

(7) Vid., en este sentido, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. ALBALADEJO, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, pág. 179.

(8) AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *ibidem*, FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho Internación*, al Privado. Parte especial, (GONZÁLEZ CAMPOS y otros), Madrid, 1995, pág. 101, entre otros. También SIMÓ SANTONJA, «Normas sobre bienes», en *Estudios sobre el título Preliminar del Código Civil*, AMN, Madrid, 1977, vol. II, pág. 144, y parece que MARÍN LÓPEZ, *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid, 1977, pág. 433. Limita sin embargo la regla del art. 9, 1 CC a la capacidad de obrar, AMORES CONRADI, *Comentario del Código Civil*, Min. Justicia, Madrid, 1993, pág. 78. PÉREZ VERA y otros (*Derecho Internacional Privado*, vol. II, Madrid, 1994, pág. 32) sostienen que «la mayoría de los ordenamientos (entre los que se cuenta el español) establecen capacidades, distintas a la prevista con carácter general, para la realización de determinados actos jurídicos [...] que, en principio, parece adecuado que se rijan por la ley aplicable acto de que se trate».

(9) Como escribe VIRGOS SORIANO, «el Convenio de Roma de 1980 es un Convenio cuyas normas se aplican sin condición de reciprocidad. Tiene carácter universal. No es preciso que el otro Estado vinculado con el contrato sea parte del Convenio. El art. 10, 5 CC sólo sigue en vigor para las materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio» (*Comentarios*, dir. Albaladejo, t. I, vol. 2, pág. 623).

(10) VIRGOS SORIANO, *ibidem*, pág. 626.

a la capacidad de las personas físicas [...]». Por otra parte, aunque se ha sostenido que, por paralelismo con el art. 10. 1 CC, los contratos relativos a bienes inmuebles se rigen por la ley del lugar de situación (11), no hay duda que ese precepto no alcanza a las cuestiones de capacidad (12). Quedarían, sin embargo, en el ámbito de ese art. 10, 1 CC las prohibiciones impuestas por la *lex rei sitae* en relación con negocios determinados —cuando tales negocios recayeran sobre inmuebles—, porque las prohibiciones responden a razones objetivas, y nada tienen que ver con la capacidad.

La aplicación de la ley personal a la capacidad tiene dos excepciones: el *orden público* y el llamado *interés nacional*. Por virtud de la primera (consagrada en términos generales en el art. 12 CC), no cabe aplicar en España una norma extranjera que discrimine, en materia de capacidad, por razón de sexo, o por razones raciales, religiosas o políticas; por virtud del segundo, cuando la ley española sobre capacidad sea más favorable que la ley personal del extranjero, se aplicará aquélla y no ésta. Según el art. 11 del Convenio de Roma de 1980, «en los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte». Es necesario hacer dos precisiones inmediatas:

a) La «incapacidad» a que se refiere ese art. 11 del Convenio de Roma debe interpretarse en sentido amplio, es decir abarcando también las limitaciones a la capacidad de obrar —derivadas de los estados civiles— y la falta de capacidad especial —exigida para negocios concretos—.

b) Por efecto del art. 16 CC, esa regla será igualmente aplicable en conflictos interregionales (13) sin que le alcance la no aplicación, a esos conflictos, del concepto de orden público, porque no se trata de tal, sino de interés nacional (14). De manera que, p. ej., un menor de edad emancipado,

(11) VIRGOS SORIANO, *Comentario*, Min. Justicia, pág. 119.

(12) Vid., BOUZA VIDAL, *Comentario*, Min. Justicia, t. II, pág. 109, y ORTIZ-ARCE *Comentarios a las reformas del Código Civil. El nuevo Título Preliminar*, vol. I, pág. 508.

(13) Un examen extenso de la aplicabilidad de la noción de interés nacional en los conflictos interregionales puede verse en MEZQUITA DEL CACHO, «Conflictos de leyes en materia de capacidad y representación legal», en *Ciclo de conferencias sobre el nuevo título preliminar del Código Civil*, Colegios de Abogados y Notarial de Barcelona y Acad. Jusripr. de Cataluña, Barcelona, 1975, págs. 225 y ss.

(14) En uno de los trabajos preparatorios privados más importantes que precedieron a la reforma de 1974, el realizado por el II Congreso Jurídico Catalán de 1971, se establecía explícitamente la extensión del interés nacional a los conflictos interregionales.

de vecindad común, podrá vender inmuebles en Aragón —tanto si los inmuebles radican o no en este territorio (el convenio de Roma no contiene una excepción semejante a la del art. 10, ap. 8, inciso final CC)— sin asistencia de sus padres o curador, pues según el art. 5 de la Compilación de Aragón, «tendrán la consideración de mayores los menores de edad desde el momento en que contraen matrimonio». Queda, naturalmente, a salvo la aplicabilidad del fraude, que sí tiene aplicación en el ámbito interregional: art. 16, 1, 1, 2.^a CC en relación con el art. 12, 4 CC.

Para los supuestos residuales, el art. 10, 8 CC dispone que «serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de incapacidad no estuviese reconocida en la legislación española». Quizá las diferencias más llamativas entre la norma de origen interno y la norma de origen convencional sobre interés nacional radican en la indiferencia de aquélla sobre la buena fe del contratante capaz, y su exigencia de que el contrato sea oneroso.

La Dirección de los Registros ha aplicado la noción de interés nacional en la R. de 4 de marzo de 1981, en la que ha puesto manifiesto:

a) «Que la nueva redacción del texto articulado del Título Preliminar del Código Civil, de 31 de mayo de 1974, si bien ha mantenido en el artículo 9, 1, el criterio tradicional de ser la ley nacional la que rija la capacidad y el estado civil de las personas físicas, ha introducido una importante excepción a este principio general en el artículo 10, 8, al objeto de procurar una mayor protección de la seguridad jurídica de la contratación y del tráfico jurídico, ya que ordena que se aplique la ley española cuando concurran las circunstancias señaladas en el mencionado artículo 10, 8, a saber, que se trata de un contrato oneroso celebrado en España que no tenga por objeto inmuebles situados fuera del territorio español, y que en el que, si el extranjero es incapaz con arreglo a su ley nacional, la causa de esta incapacidad no esté reconocida en concreto en la legislación española.

b) «Que al acoger el Código Civil reformado esta norma correctora de la ley personal en materia de capacidad, no ha hecho sino seguir las modernas orientaciones y enseñanzas del Derecho Comparado, y si bien las diferentes legislaciones pueden ofrecer un alcance y unos presupuestos de aplicación distintos, coinciden siempre todas ellas en la competencia de la ley territorial y el consiguiente rechazo de la ley nacional del extranjero que provoque la ineficacia del contrato».

c) «Que en el presente caso se dan las circunstancias establecidas en el artículo 10, 8 del Código Civil, ya que se trata de un contrato oneroso —Sociedad— a la que no se ha aportado por el socio extranjero inmueble alguno que esté situado fuera de España, y si este socio es capaz con arreglo

a la ley española, nuestro ordenamiento reconoce validez al acto realizado, por lo que en aplicación del principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 98 del Reglamento para su ejecución, la capacidad del extrenjaro habrá de ser calificada por Notarios y Registradores, en estos supuestos especiales, con arreglo a la ley española, y de ahí que no sea necesario la aseveración exigida en el artículo 9 del Reglamento del Registro Mercantil, ya que este precepto reglamentario hay que entenderse derogado en este punto ante la posterior disciplina de mayor rango legal, por lo que se sufiere en consecuencia el juicio general de capacidad hecho por el defatario».

La capacidad del menor se edad, del menor emancipado y del incapacitado se determinarán, aplicando la regla general del art. 9, 1, por la ley personal, que determinará también la representación y la asistencia paterna, pues según el art. 10, 11 CC, «a la representación legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante», y según el art. 9, 4 CC, «las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley personal del hijo». La Dirección de los Registros y del Notariado ha afirmado, en esta misma línea, que «debe prevalecer la aplicación de la ley del menor en cuanto a su capacidad, representación legal y facultades del representante» (R. de 14 de julio de 1965). En cuanto a las facultades representativas del tutor y asistenciales del curador, debe aplicarse también la ley personal del incapaz, incapacitado o limitadamente capaz, pues según el art. 9, 6 CC, «la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste».

Aplicando el principio *semel maior, semper maior*, que recoge la generalidad de los ordenamientos europeos, el art. 9, 1, párr. 2.^º CC establece que «el cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal». La generalización de una misma edad determinante de la mayoría ha reducido la aplicación práctica del precepto. Tampoco en el ámbito interregional —al que indudablemente se extiende, por efecto del art. 16, 1 CC— será aplicable, aunque cabe imaginar algún supuesto en que sí lo sea: p. ej., el del menor aragonés casado que adquiera vecindad común por residencia de dos años y manifestación (art. 14, 3, 1.^º CC) o por opción (art. 14, 2, inciso 2.^º CC). La mayoría de edad del art. 4 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón no es una figura análoga o semejante a la mayoría de edad del art. 315 CC, sino auténtica mayoría, como se ha demostrado con muy sólidos argumentos (15).

(15) SANCHEZ REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, comentario al art. 4 en *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dir. por LACRUZ, vol I, Zaragoza, 1988, págs. 301 y ss. Además de los argumentos de carácter histórico —que esos autores analizan exhaustivamente—, es decisivo otro que apuntan a continuación: el de la DA

Por último, la capacidad —y las prohibiciones— para donar vendrán determinadas por la ley nacional —o de la vecindad, si se trata de españoles— del donante: los arts. 10, 7 y 9, 1 CC llevan a la misma conclusión (16). La capacidad del donatario vendrá determinada por su ley nacional; como se ha dicho con carácter general respecto del art. 9, 1 CC, será ella la que rija la capacidad de obrar y también la capacidad especial, de manera que la regla del art. 626 —capacidad para aceptar donaciones condicionales u onerosas— no se aplicará a quienes, con arreglo a su ley personal puedan aceptarlas por sí (17).

De la calificación registral de la capacidad de los extranjeros se ha ocupado en diversas ocasiones la Dirección de los Registros. En la R. de 15 de julio de 1965 (reiterando doctrina ya sentada en la R. de 17 de enero de 1951, y que luego reiteraría la de 28 de marzo de 1974) ha puesto de relieve que al Registrador no le obliga la máxima «iura novit curia»; no está obligado a conocer el Derecho extranjero. Si lo conoce, puede aplicarlo, y si no lo conoce, puede pedir que se le acredite; como ha afirmado, sistemáticamente, la R. de 14 de diciembre de 1981, «de la lectura del vigente art. 36 RH se deduce: a) que si el notario o cónsul español no asevera por falta de conocimiento directo la capacidad del otorgante, puede el Registrador prescindir de cualquier medio si conoce suficientemente la legislación extranjera y lo hace constar en el asiento correspondiente; b) mientras que si no la conoce puede acudir, a falta de juicio de capacidad por el fedatario, a los restantes medios que señala el art. 36 y especialmente a la aseveración o informe del cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable; y c) en caso de discrepancia con el juicio de capacidad emitido por los funcionarios indicados, manifestar el punto concreto de su disenso al igual que sucede en el ámbito del Derecho interno español».

Otras resoluciones han precisado el ámbito de la calificación cuando se trata de adquisición por extranjeros de inmuebles en zonas de acceso restringido; debe comprobar el Registrador, de manera especial, si aquélla se ha

Ir^a de la Constitución —fruto de la llamada «enmienda aragonesa»—, que aparece formulada como excepción al art. 12 CE —«Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años»—: por tanto, esas «situaciones amparadas por los derechos forales», a que se refiere la DA, son también —aunque distintas— mayorías de edad. Como escriben los prof. SANCHO Y DE PABLO, «no se trata [...] de que, como en el régimen del Código Civil, el matrimonio produzca la emancipación, sino, estrictamente, la mayoría de edad y ello cualquier que sea la que tengan los esposos» (*ibidem*, pág. 311).

(16) Y la doctrina es unánime, probablemente porque de ambos artículos se deduce la misma consecuencia: vid. AMORES CONRADI, *Comentario*, Min Justicia, t. I., pág. 124, y autores que cita.

(17) Vid., en este sentido, BORRAS RODRÍGUEZ, *Comentarios*, dir. ALBALADEJO, t. I, vol. 2, pág. 710.

producido o no sobre «núcleo urbano», «zona de ensanche» y «zona urbanizada», y si los Planes Urbanísticos han sido favorablemente informados o no por el Ministerio de Defensa. La R. de 30 de julio de 1986 señala la forma de acreditar estas circunstancias; y la equivalencia de los conceptos urbanísticos empleados por la legislación de zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional con los empleados por la legislación urbanística.

III. LA CAPACIDAD DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

No se alude en estas páginas a la capacidad de las sociedades en relación con cada uno de los negocios que se examinan, porque la capacidad de la sociedad es general (la sociedad «tiene capacidad general para realizar actos como sujeto de derecho», dice la R. de 2 de febrero de 1966): la sociedad puede realizar toda clase de negocios jurídicos, y tanto si constituyen una actividad propia del objeto como si son ajenos a él («el objeto social no limita la capacidad de la sociedad», dice la R. de 2 de octubre de 1981).

En cuanto a la representación, pueden los administradores actuar, en la consecución del fin común (lucro), realizando negocios dentro del ámbito del objeto social. Para apartarse del objeto social o del fin común, necesitan los administradores autorización de la junta general (18).

Pero el objeto social no constituye ya —tras la adaptación del Derecho mercantil español a las directivas societarias de la Unión Europea— un límite a la eficacia externa de la representación de los administradores. «La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe (19) y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social», dice el art. 129, 2 LSA. Esta regla procede, a través de la directiva 68/151, del Derecho alemán. La diferencia entre el régimen derogado y el vigente —de origen germánico— queda, curiosamente, explicada en la R. de 2 de octubre de 1981, aunque su perspectiva era —por razones cronológicas— la inversa a la que se adoptaría hoy. «Todo lo expuesto anteriormente —dice la resolución, refiriéndose a la incidencia del objeto en las

(18) Cuando ésta haya de autorizar un acto que quede fuera del objeto social, ha de adoptar el acuerdo por mayoría ordinaria. Tiene que tratarse, desde luego, de autorizaciones para negocios concretos. Si se trata de autorizaciones generales, el acuerdo está encubriendo un cambio de objeto, que ha de decidirse por mayoría cualificada.

(19) «Buena fe» significa aquí no sólo desconocimiento del objeto social (y sin que la publicidad registral del objeto desvanezca el desconocimiento), sino también desconocimiento de la conexión del acto con el objeto. Vid. ESTEBAN VELASCO, *VOZ Representación de la Sociedad Anónima*, en *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, 1995, vol. IV, pág. 5.826.

facultades representativas de los administradores, y a la existencia de actos neutros— no significa que a la regulación estatutaria del objeto social se le atribuya un alcance meramente interno, como sucede en el Derecho alemán y en la mayoría de los Derechos europeos, en el sentido de que los administradores que hubiesen desatendido o se hayan extralimitado en su función, serían responsables por los daños ocasionados a la sociedad al ejercer una actividad extraña al objeto social, y sin que afectara para la a su actuación a la validez del acto [..]». Pues bien, hoy habría que invertir la perspectiva de este razonamiento: «En el Derecho español —debe leerse hoy esa resolución—, al igual que en el Derecho alemán y en el resto de los Derechos europeos...».

La cuestión tiene una incidencia evidente en la calificación registral. Si los actos que exceden del objeto social son eficaces *ex lege*, ¿cabe que se les niegue el acceso al Registro? La respuesta sólo puede ser negativa, como la ha expresado ya un sector autorizado de la doctrina (20). Cuestión distinta son los actos que quedan fuera del régimen del poder de representación de contenido típico. La legalidad de estos actos —en los que afecta a las facultades de los administradores, y en todos los demás aspectos— sí es, naturalmente, objeto de calificación. Se incluyen en esta categoría (21) «las medidas jurídico-corporativas en sentido estricto (modificaciones de estatutos, aumento y reducción del capital [...]) que quedan absolutamente fuera del ámbito y disciplina de la representación, y aquellos actos que por su trascendencia económica, repercutan o no en la estructura jurídico-formal de la sociedad, inciden en la actuación representativa en la medida en que sólo son eficaces en las relaciones externas si se ha tomado la decisión por el órgano competente (adquisiciones onerosas posfundación, emisión de obligaciones, fusión, escisión, etc.)». También implican una cuestión distinta los actos prohibidos a determinadas sociedades, que nada tienen que ver con la capacidad, y quedan también dentro del ámbito de la calificación registral (22).

(20) ESTEBAN VELASCO, VOZ *Representación de la Sociedad Anónima*, en *Enciclopedia Jurídica Civil*, t. IV, pág. 5.826; POLO, com. al art. 129, en *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dir. por URÍA, MENÉNDEZ Y OLIVENCIA, t. VI, Madrid, 1992, pág. 185; SAENZ GARCÍA DE ALBIZU, *El objeto social en la Sociedad Anónima*, Madrid, 1990, pág. 237; RUANO BORRELLA, *El gobierno de la Sociedad Anónima*, en *Estudios sobre la reforma de la legislación de las sociedades mercantiles*, t. I, pág. 330; SÁNCHEZ Rus, «Objeto social y poder de representación en la sociedad anónima», en *Homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, t. IV, págs. 2.421 y ss.

(21) ESTEBAN VELASCO, *Modalidades de atribución y ejercicio del poder de representación*, en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, pág. 307.

(22) Por ejemplo, la prohibición impuesta por la reciente Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que prohíbe a las

Esa irrelevancia del objeto respecto de las facultades representativas de los administradores hace que la doctrina antigua del acto neutro deba desligarse de la relación entre negocio y objeto, y deba reconducirse a la relación entre negocio y fin común (lucro). Es llamativo que en todas las resoluciones de la Dirección de los Registros y del Notariado en que se planteaba el problema de los actos neutros, esos negocios incidieran también en el fin común, lo que hace que la doctrina de la Dirección conserve, en gran parte, la vigencia que tenía antes de la incorporación del principio germánico-comunitario de la irrelevancia —externa— del objeto.

«Reconvirtiendo» la jurisprudencia registral, habría que entender hoy que actos neutros son los de dudosa incardinación en el fin común. Como afirma la R. de 2 de octubre de 1981, estos actos no pueden definirse o enumerarse *a priori*, porque el calificarlos como neutros depende de su relación con el objeto social (léase «fin común»). La Dirección mantiene, de todas formas, un criterio amplio respecto de los actos neutros: hay que considerar como tales a los negocios que no sean *claramente contrarios al objeto social* (frec-tius, fin social) (R. cit. de 1981). Y así ha afirmado que es acto neutro la constitución de hipoteca en garantía de deuda ajena (R. cit. y R. de 12 de mayo de 1989). Es posible que todos los ejemplos que cita la R. de 2 de febrero de 1966 —regalos propagandísticos, gastos extraordinarios (art. 105 de la LSA de 1951), remuneración en cuantía no exorbitante a un antiguo empleado— deban considerarse «actos neutros». También el «avaluar a un tercero» se considera acto neutro (R. de 16 de marzo de 1990).

No tiene relevancia que el acto concreto cuya naturaleza se discute (si es o no neutro) figure entre las facultades de los administradores; porque, como advierte la R. cit. de 1990, «la enumeración de las facultades en la escritura resulta de todo punto innecesaria, toda vez que no añade nada. Si las actividades están cubiertas por el objeto social [por el fin común —podía leerse—], el apoderamiento [la resolución emplea este término en sentido amplio, porque se trataba de un administrador] para realizar tales actividades existe con independencia de su consignación [...]».

Cuando la Junta haya de autorizar un acto que quede fuera del fin común (lucro), ha de actuar por unanimidad. La realización «normal y habitual» de

entidades seguras el ejercicio de cualquier actividad comercial y la prestación de garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora (art. 5, 1 b)), bajo sanción de nulidad de pleno derecho. Como escribe GÓMEZ GALLIGO («Principales incidencias en el ámbito del Registro de la Propiedad de la LOSSP de 8 de noviembre de 1995», *BCRE*, n.º 12, febrero de 1996, pág. 336), «No se trata sólo de una norma limitativa del objeto social de las entidades aseguradoras, sino del propio ejercicio de tales actividades por la administración de las compañías aseguradoras. Así, por ejemplo —añade—, deberá denegarse la inscripción en el Registro de la Propiedad de los préstamos hipotecarios y de los leasings inmobiliarios que pudieran conceder tales entidades [...]».

actos a título gratuito —dice la R. de 2 de febrero de 1966— «constituye una contradicción con la misma esencia del contrato societario». Pero «actos aislados con carácter de liberalidad» pueden hacerlos: en el caso concreto de la resolución citada, la Dirección considera que la ratificación por acuerdo unánime convalida la extralimitación de los administradores. Debe tratarse, lógicamente, de «actos aislados»; lo contrario implicaría una modificación del requisito esencial de la sociedad, que es el interés común de los socios, y requeriría una recontractación, realizada por unanimidad (23).

En cuanto a los representantes voluntarios de las sociedades mercantiles, si bien es cierto que se rigen por las normas de la representación voluntaria y no por las de la representación orgánica (como advierte la R. de 9 de junio de 1986), también es cierto que la Dirección General de los Registros ha establecido una radical y trascendental diferencia entre la representación voluntaria de las sociedades mercantiles y la representación voluntaria de las demás personas jurídicas y de las personas físicas. Se trata de la interpretación del ámbito del poder —lo que en definitiva redunda en el ámbito mismo del poder—. Donde esa diferencia se pone de manifiesto con mayor claridad es en el R. de 24 de octubre de 1986: «La doctrina reiterada de este Centro Directivo es que en la interpretación de los poderes debe acentuarse el celo y rigor, a fin de evitar extralimitaciones perjudiciales al derecho del poderdante; sin embargo, debe tenerse en cuenta el carácter civil o mercantil de aquéllos, pues así como el apoderamiento civil concebido en términos generales no incluye los actos de riguroso dominio, que debieran ser nominativamente indicados en el correspondiente instrumento (art. 1.713 del Código Civil), en el ámbito mercantil, los poderes generales incluyen toda clase de actos u operaciones que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la empresa o establecimiento (artículos 281, 283 y 286 del Código de Comercio)». Reiteran la inaplicabilidad del art. 1.713 al poder otorgado por una sociedad mercantil las R. de 31 de marzo de 1979 y 4 de marzo de 1985.

IV. LA INHABILITACIÓN DE CONCURSADOS, SUSPENSOS Y QUEBRADOS

Los que se encuentran en situación de concurso de acreedores, suspensión de pagos o quiebra no son incapaces ni incapacitados; aunque el art. 1.914 afirma que «la declaración de concurso incapacita», es más preciso el art. 878 C de c al decir que «declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabi-

(23) PAZ-ARES, «Com. al art. 1.665», en *Comentario del Código Civil*, Min. de Justicia, t. II, Madrid, 1993, pág. 1.323.

litado». Que esas tres situaciones no afectan a la capacidad lo prueba: a) que pueden realizar negocios, quienes se encuentran en ellas, con plena libertad y eficacia, sobre los bienes inembargables —a los que no afectan las situaciones de insolvencia—; b) que esas situaciones no alcanzan nunca a la esfera extrapatrimonial —a los derechos personalísimos y de familia—; c) que puedan los acreedores, a través del convenio, determinar el ámbito de las facultades del insolvente; d) que la rehabilitación del concursado y del quebrado deriven de razones ajenas a la situación personal de uno y otro, y lo mismo puede decirse del sobreseimiento del expediente de suspensión de pagos.

La diferencia fundamental que existe en la eficacia de las tres situaciones de insolvencia radica en que el concurso y la quiebra inhabilitan para administrar (arts. 1.914 CC y 878 c de c) y por tanto para disponer (S. de 19 de junio de 1912), correspondiendo a los síndicos del concurso y de la quiebra la gestión y liquidación de la masa patrimonial, mientras que la suspensión de pagos no inhabilita al suspenso para administrar y disponer, aunque debe contar con «el acuerdo e intervención» de los interventores (art. 6 LSP). El concurso y la quiebra implican un desapoderamiento del deudor, mientras que la suspensión de pagos no lleva consigo desapoderamiento. El desapoderamiento propio del concurso y la quiebra hacen necesario el nombramiento sucesivo de depositario y síndicos; en el caso de la suspensión de pagos, al no existir una necesidad inmediata de administración, no existe la figura del depositario.

El depositario del concurso está encargado de «la conservación y administración de los bienes ocupados al deudor» (art. 1.173, 2.ª LEC) y tiene, en concreto, como atribuciones, «1.ª administrar los bienes del concurso, custodiarlos y conservarlos, de suerte que no sufran menoscabo; 2.ª cobrar los créditos que tuviese a su favor el concursado; 3.ª proponer al juez la enajenación de los bienes muebles que no puedan conservarse» (art. 1.181 LEC). Que el depositario no puede enajenar bienes inmuebles ni siquiera con autorización judicial lo confirma la R. de 19 de septiembre de 1921. Por la misma razón de que se trata de la simple formalización de actos anteriores, ha considerado la Dirección de los Registros que puede el depositario cancelar una hipoteca, cuando le obliga a ello una sentencia (R. de 3 de junio de 1876) y otorgar la escritura de una venta celebrada con anterioridad por el concursado (R. de 26 de noviembre de 1892). Mayores son las facultades de los síndicos del concurso, que, además de representar al concursado, administrar sus bienes y cobrar créditos pueden «enajenar y realizar todos los bienes, derechos y acciones del concurso» (art. 1.218), y por tanto, también los bienes inmuebles. De la facultad —y obligación— de enajenar los bienes quedan exceptuados: 1.ª Los bienes respecto de los cuales se halle pendiente demanda de dominio promovida por un tercero,

en cuyo caso se esperará a que recaiga sentencia firme; 2º Los inmuebles que por hallarse hipotecados especialmente hayan sido embargados en ejecución acumulada al concurso (art. 1.234 LEC).

El depositario de la quiebra, además de estar encargado de la administración provisional, puede realizar ventas urgentes, con previo «permiso» del Comisario, que habrá de darlo mediante «providencia formal»; las ventas sólo pueden tener por objeto los «efectos» de la quiebra (art. 1.353 LEC), y no, por tanto, bienes inmuebles (cfr. con la enumeración —«efectos mercantiles, bienes muebles de otra clase y bienes raíces»— que hace el art. 1.358 LEC). Los síndicos procederán a la venta de bienes muebles e inmuebles (ex art. 1.98 C de c de 1829, vigente por la remisión del art. 1.358 LEC).

Tanto las enajenaciones que realicen los síndicos del concurso, como las que realicen los síndicos de la quiebra, han de hacerse en pública subasta (arts. 1.236 LEC y 1.088 C de c de 1829, vigente a estos efectos por la remisión del art. 1.319 LEC). En cuanto al título inscribible en el Registro de la Propiedad han de hacerse dos precisiones, la primera referida al concurso y la segunda a la quiebra: a) Aunque el art. 1.236 LEC remite a «la vía de apremio del título ejecutivo», y en esa vía el art. 1.514 —tras la reforma de la L 10/1992, de 30 de abril— considera «título bastante [...] el testimonio [...] comprensivo del auto de aprobación del remate [...]», el art. 1.240 sigue estableciendo que «los Síndicos otorgarán la correspondiente escritura de remate», b) Nada dice el C de c de 1829 sobre el título inscribible —el art. 1.087 se limita a decir que «la venta de los bienes raíces [...] se hará en pública subasta con todas las solemnidades de derecho»—, por lo que la ausencia de norma específica habrá de suplirse con la aplicación analógica de ese mismo art. 1.514 LEC.

Los síndicos de la quiebra no pueden adquirir —para sí ni para otra persona— los bienes de la quiebra (art. 1.089 C de c de 1829 vigente por la remisión del art. 1.319 LEC); pero no hay una norma paralela respecto de los síndicos del concurso (aunque la LO 1/1996 ha dado mayor amplitud al n.º 1 del art. 1.459 CC, esa prohibición no los alcanza).

Sin embargo, las tres situaciones privan a los que se encuentran en ellas de la «libre disposición» o de la «libre administración y disposición» de sus bienes; por tanto, ni el concursado, ni el suspenso, ni el quebrado pueden:

- a) Aceptar ni repudiar herencias (art. 992 CC).
- b) Pedir la partición (art. 1.052 CC) ni intervenir en ella (art. 1.058 CC).
- c) Acordar la disolución de la comunidad (art. 406 CC).
- d) En cuanto a la celebración de transacciones, dispone la LEC, respecto del concurso, que los síndicos necesitan autorización de la Junta de acreedores —previa a esa celebración, aunque cabe la aprobación posterior, por la

primera junta que se celebre o se convoque para ello— y aprobación judicial —posterior a haberse celebrado— (art. 1.241); y respecto de la quiebra, que los síndicos necesitan la previa autorización judicial, en cuyo auto se fijen las bases de la transacción (art. 1.360). En cuanto a la suspensión de pagos, podrá transigir el suspenso con acuerdo de los interventores (requisito que se extiende a «todo contrato» por el art. 6, párr. 1, regla 2.ª LSP).

Parece excesivamente rigurosa la R. de 9 de enero de 1903, que ante el diverso ámbito del art. 1.809 CC —que alude a la transacción que evita un pleito o pone fin al comenzado— y el art. 1.360 LEC —que sólo contempla la transacción que pone fin al pleito comenzado—, niega que los síndicos de la quiebra puedan transigir «no existiendo pleito pendiente», y exige que la enajenación se haga en subasta pública.

No obstante, la inhabilitación del suspenso es la que presenta un ámbito más variable. Frente a la rigurosa inhabilitación del concursado y del quebrado, derivada del desapoderamiento, debe tenerse en cuenta, respecto del suspenso:

a) Que antes del convenio, y por virtud de la providencia de admisión de la suspensión de pagos, puede ser «suspendido y sustituido» (art. 6, párr. 1 LSP) el comerciante o empresario, lo que supone que será el administrador judicial quien celebre negocios sobre el patrimonio de aquél.

b) Que después del convenio, si en éste no se nombra una Comisión de vigilancia o control, sino una Comisión liquidadora, puede estar investida de facultades dispositivas sobre el patrimonio del deudor, sin necesidad de poderes expresos (R. de 29 de junio de 1988). Y, como advirtió la R. de 6 de abril de 1987, el agotamiento del plazo previsto para que actúe la Comisión liquidadora, no traslada ni al conjunto de los acreedores ni al suspenso la facultad dispositiva, sino que es necesario un nuevo acuerdo entre uno y otro.

V. NEGOCIOS JURÍDICOS

§ 1. APODERAMIENTO

A. *Capacidad para ser poderdante*

1. Menores emancipados

Como la capacidad para apoderar será la requerida, en cada caso, para realizar el acto que se autorice realizar a través del poder, el menor emancipado no podrá conceder poder para realizar alguno de los actos señalados en el art. 323 CC. Esta es la doctrina que subyace en la R. de 10 de enero

de 1894, y también en la STS de 28 de septiembre de 1968: «la facultad para conferir un poder está íntimamente relacionada con las facultades que en el poder se confieren, pues el mandante en tal acto transmite al mandatario el derecho para realizar lo que aquél puede realizar por sí, nunca una facultad que no está en el mandante y no es, por tanto, transmisible». Si concurren los padres —o, en su caso, el curador— al otorgamiento, y prestan su asistencia, podrá otorgarse el poder, pero éste habrá de referirse entonces a actos perfectamente determinados, porque, como ha declarado el TS en S. de 4 de noviembre de 1925, «el consentimiento del art. 317 [hoy 323] ha de prestarse de modo concreto y singular, y con expresión determinada de los bienes y demás circunstancias esenciales que integran la materia del contrato, para que surja la eficacia de éste», y, como ha afirmado la S. de 28 de septiembre de 1968, «el consentimiento paterno, dado al menor emancipado para la venta de sus bienes inmuebles, en forma general, no tiene validez, porque con el mismo no se cumplen las finalidades de protección del menor emancipado».

Se ha escrito que «toda vez que quien lleva a cabo un acto por medio del representante busca la producción de los mismos efectos jurídicos que si realizara el acto por si mismo, la capacidad para celebrar actos y negocios jurídicos por medio del representante deber ser la misma y tener la misma extensión que la capacidad para realizar tales actos y negocios jurídicos por sí mismo. De aquí se deduce que el representante debe ser una persona plenamente capaz para poder conferir a otro su representación» (24), criterio compartido por la jurisprudencia: según la cit. S. de 1968, «a quien no le era posible hacer un acto válidamente *per se*, tampoco podría encomendar su realización a un apoderado, porque 'nemo dat quod non habet'», lo que aplicado al menor emancipado supone que éste «no puede otorgar toda clase de poderes para que, en su nombre, ejecute el poderado cualesquiera actos de índole patrimonial que rebasen la esfera de administración de bienes, pues solamente estará autorizado para ejercitar, por medio de apoderado, aquellos actos que podría realizar *per se*». Pero cabe una interpretación más flexible* en el caso del menor emancipado, que no elude los requisitos legales. Así, cabría entender también (25) que puede el menor emancipado

(24) Díez-PICAZO, *La representación en el Derecho privado*, Madrid, 1979, pág. 69. En el mismo sentido, CAPILLA RONCERO, *Derecho de obligaciones y contratos*, dir. VALPUESTA, Valencia, 1994, pág. 691. LACRUZ considera, en esta misma línea, que el menor emancipado no podría siquiera conferir mandato no representativo, pues en todo caso el mandatario actúa por cuenta suya (del mandante) (*Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. II, actualizado por SANCHO, LUNA, DELGADO, RIVERO Y RAMS, Madrid, 1995, pág. 230).

(25) En este sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. I, vol. 2, pág. 361; JORDANO FRAGA, *La capacidad general del menor*, en *La tutela de los derechos del menor*,

conceder, por sí solo, poder para alguno de los actos mencionados en el art. 323, pero debiendo entonces obtener el apoderado el consentimiento de los padres —o curador— del poderdante para el acto concreto que vaya a celebrar en nombre de éste.

Este fue el criterio que sostuvo una antigua R. de 20 de marzo de 1897 (26), afirmando que el contrato de mandato no le está prohibido al menor emancipado por el art. 317 CC [hoy 323 CC], y puede por tanto otorgarlo para realizar actos que no podría realizar por sí mismo, debiendo entonces el padre comparecer ante el Notario para ratificar expresamente el poder y autorizar la venta (27).

2. Representantes legales

La posibilidad de que los representantes puedan ejercer su función tuitiva —en el ámbito patrimonial— a través de apoderados ha sido admitida, con restricciones, por la jurisprudencia. Ya la R. de 18 de diciembre de 1900 puso de relieve que «ningún precepto legal vigente exige que el tutor ejecute por sí mismo o personalmente todos los actos inherentes al ejercicio de su cargo», y que «entre las prohibiciones que el art. 275 de este Código impone al tutor, no se encuentra mencionada la de autorizar a un tercero para que comó mandatario del mismo pueda ejercer alguno de los actos concernientes al ejercicio de la tutela»; pero este inciso «algunos actos» es determinante del fallo: se trataba de un poder especial para cancelar hipotecas. La R. de 5 de agosto de 1912 reconoce, indirectamente, la validez los poderes otorgado por los tutores. Las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1898 y 18 de diciembre de 1900 admiten que pueda encomendarse a un tercero la *ejecución* de un acto determinado.

El poder concedido por un representante legal ha de ser, por tanto, concreto y específico. Ha de entenderse que «no obstante ser personalísimos los derechos de la patria potestad [y de las demás representaciones legales], puede el padre [u otro representante legal] conceder 'poder especial' a favor

Córdoba, 1984, pág. 250; y AVILA NAVARRO, *La representación con poder*, Madrid, 1992, pág. 41.

(26) Resolución dictada por la Dirección General de Gracia y Justicia, Administración y Fomento, del Ministerio de Ultramar, que tenía encomendadas las mismas funciones que la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con las cuestiones registrales de las provincias americanas.

(27) Esta doctrina fue duramente criticada por la STS de 28 de septiembre de 1968, que recuerda, además, la crítica que suscitó en la doctrina, que la consideró «inconcebible»; no parece ser ésta, sin embargo, la opinión de los autores modernos que citan la R. de 1897 (dando a entender, por cierto, que procede de la DGRN).

de tercero en un caso concreto, actuando el representante más bien como *nuncius*, que como verdadero apoderado» (28).

A pesar de que los contadores-partidores no son representantes legales —aunque tienen en común con éstos el ser titulares de derechos-deberes sobre un patrimonio ajeno—, cabe indicar aquí que el Tribunal Supremo ha considerado que pueden conceder poderes para actos concretos comprendidos en su función, sin que quepa la delegación íntegra y absoluta del cargo (S. de 2 de junio de 1962). Aunque el Tribunal Supremo haya sostenido reiteradamente que el contador es un «mandatario» o «mandatario *post mortem*» (SS. de 3 de junio de 1950, 2 de junio de 1956, 11 de abril de 1967, 27 de mayo de 1968, entre otras; la de 24 de febrero de 1905 habla de incluso de «verdadero mandato, a cuyas condiciones debe consiguientemente acomodarse en todo lo que no se halle particularmente regulado»), esa afirmación no deja de ser analógica o figurada, por lo que no cabe la sustitución prevista en el art. 1.721.

La DGRN, en R. de 17 de marzo de 1930, sostiene un criterio más restrictivo, en el sentido de que sólo cabe que el contador-partidor encomiende a terceros actuaciones profesionales, ni jurídicas; ha de considerársele «autorizado para encomendar a los técnicos o peritos cuyos conocimientos científicos, artísticos o prácticos le parezcan necesarios, los trabajos previos de inventario, valoración y división u otros análogos». Y es el criterio que suele seguir la doctrina, en base al carácter «personalísimo» (R. de 15 de junio de 1943) del cargo (29).

B. Capacidad para ser apoderado

1. Menores emancipados

Se permite al menor emancipado ser apoderado, con independencia de si ha de celebrar contratos incluidos o no en el art. 323 CC, en nombre del poderdante. Ex art. 1.716: «El menor emancipado puede ser mandatario» [...] (30). Según la S. de 17 de enero de 1903, las limitaciones impuestas al menor emancipado se refieren solamente a los intereses personales y priva-

(28) CHICO ORTIZ, «Sustitución en la representación legal», *BICNR*, n.³ 54, 1970.

(29) Entre otros, LACRUZ, *Elementos*, t. V, pág. 127; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, t. V, vol. 3, pág. 405.

(30) «[...] pero el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores», termina el art. 1.616. La extraña contraposición de los dos incisos ha de interpretarse como una excepción a la regla de capacidad del menor emancipado (LACRUZ, *Elementos*, II, vol. II, pág. 231): el emancipado responde ante el mandante por las operaciones realizadas como si fuera un menor.

dos del menor, pero no a los actos que ejecute con la autorización y bajo la responsabilidad de otro. En igual sentido, la S. de 28 de septiembre de 1968.

Extremando la idea de que los efectos del acto hecho en representación se producen en el representado, y no en el representante, y considerando que el art. 1.716 es una regla de la relación de mandato —subyacente o no a la representación—, se ha sostenido que, para ser apoderado, basta con tener la capacidad natural —la del menor con voluntad y juicio suficientes—. Podría pensarse que el riesgo de anulabilidad —que podría en algún caso hacerse efectivo por los representantes legales del menor, pero no por el representado ni el tercero— es incompatible con la exigencia de inscribir en el Registro de la Propiedad actos plenamente válidos. Pero no puede olvidarse que la Dirección de los Registros, frente a una calificación que aducía falta de capacidad de obrar —art. 1.263, 1.^o—, ha formulado una teoría general sobre la capacidad de los menores —y, lo ha hecho, como no podía ser de otra manera, desde la perspectiva de la inscribibilidad registral de sus actos—, en la R. de 3 de marzo de 1989, resolución que va más allá del problema que se trataba de resolver: «En torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro Ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados. No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa (vid. art. 162, 1.^o CC); y, por otra parte, el artículo 322 del Código Civil debe ser valorado en conexión con la técnica del Código Civil de fijar, con ocasión de la regulación de actuaciones jurídicas concretas, la edad requerida para su válida conclusión (vid. arts. 26, 443, 662, 992, 1.246 y 1.263 CC y 2 LEC, etc.), lo que permite afirmar que si a partir de los dieiocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 CC), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad».

Contrasta con la capacidad de los menores emancipados para ejercer la representación voluntaria, el que no puedan ejercer la representación orgánica. Pero la razón de esta limitación no es tanto la falta de capacidad para

el ejercicio del comercio —argumento central de la R. de 24 de febrero de 1986—, como la amplitud de las facultades representativas de los administradores, ilimitables en la esfera externa —art. 129, 1 LSA y art. 63, 1 LSRL—, y desvinculadas incluso, frente a terceros, del giro o tráfico de la empresa —art. 129, 2 LSA y art. 63, 2 LSRL.

Cuando el menor emancipado sea, no representante voluntario, sino legal, tampoco le afectan las limitaciones del art. 323, sino que puede realizar en nombre del hijo (no del pupilo, porque el emancipado no puede ser tutor: art. 241 CC y su interpretación en R. de 24 de febrero de 1986) todos los actos que no podría realizar en nombre propio. Como dice la R. de 29 de noviembre de 1901, «los artículos que cita el Registrador [hoy habría citado los arts 316 y 323] no tienen aplicación al presente caso [se trataba de una madre menor de edad], porque se refieren a los actos ejecutados por los menores de edad por sí mismos y respecto de sus propios bienes o de los de la sociedad conyugal, pero no a los que se verifiquen en representación de sus hijos y que hagan relación a los bienes de éstos».

§ 2. ARRENDAMIENTO

1. Menores sujetos a patria potestad

a) Los padres pueden dar en arrendamiento bienes de sus hijos menores por un plazo de seis años, o inferior, sin autorización judicial; y por plazo superior, obteniendo la previa autorización judicial. Así debe interpretarse el riguroso art. 1.548—«Los padres •[...], respecto de los bienes de los menores [...] no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años»— si se pone en relación con el art. 271 CC —que permite al tutor arrendarlos por más de seis años con autorización judicial— y con el art. 166 CC —que permite gravar los inmuebles del menor con autorización judicial—(31).

(31) El art. 1.548 CC no debe interpretarse en el sentido de que por ser simplemente inscribible el arrendamiento necesiten obtener los padres obtener autorización judicial (como ha escrito CLEMENTE MEORO, *Derecho de familia*, dir. V.L. MONTES y E. ROCA, Valencia, 1995, pág. 483), y creo que no puede sostenerse ese criterio ni antes ni después de la reforma del art. 2, 5.ª LH por la LAU de 1994. Es evidente —como se ha dicho tantas veces— que la inscripción no puede transformar la naturaleza del derecho. En nada puede afectar la inscribibilidad a la naturaleza del derecho arrendaticio ni a la capacidad para celebrar el contrato de arrendamiento. Por el hecho de que el arrendamiento se inscriba —lo que hará que sea mayor protección del derecho arrendaticio (prioridad, oponibilidad, legitimación y fe pública)— no se convierte en un acto de disposición (como sostiene VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 1994, pág. 619).

Probablemente por un efecto involuntario de la Ley reformadora de 24 de octubre de 1983, ha de considerarse excluido de la necesidad de autorización el arrendamiento por más de seis años concluido por los padres en representación del hijo sobre el que desempeñan la patria potestad prorrogada o rehabilitada.

El hecho de que los padres —o sólo uno de ellos— sean cotitulares —incluso mayoritarios—, juntos con el hijo, en el inmueble, no les exime de la exigencia legal de obtener autorización judicial para arrendarlo, cuando esta autorización sea necesaria (STS de 26 de junio de 1989).

b) Si existe oposición de intereses (los padres arriendan a su favor un inmueble del hijo menor de edad, p. ej.), será necesario nombramiento de defensor judicial (art. 163), que deberá obtener autorización judicial en los mismos casos que los padres.

c) En el caso particular de los arrendamientos rústicos sujetos a la LAR, los padres no pueden dar en arrendamiento las fincas de los menores sujetos a su patria potestad por tiempo superior al que falte a los menores para alcanzar la mayoría de edad. Nada dice la Ley sobre la posibilidad de que los padres pueden, con autorización judicial, constituir el arrendamiento por un tiempo superior; pero el TS, en S. de 51 de diciembre de 1943 lo admitió.

2. Menores emancipados

Pueden celebrar contratos de arrendamiento por sí solos, cualquiera que sea la duración que pacten. Arrendar es un acto de administración (32); el hecho de que su régimen registral sea muy próximo al de los derechos reales (arts. 1.549 y 1.571 CC, y especialmente arts. 13 y 14 LAU) no incide en la naturaleza del derecho arrendaticio; el legislador hipotecario ha querido únicamente —porque no podía querer ni hacer otra cosa— tratarlo registralmente como un derecho real (33). No puede deducirse rotundamente del Código Civil una regla general según la cual concertar arrendamientos por plazo superior a seis años sea un acto de disposición o de gravamen (34); sin embargo, del art. 1.548 CC se ha

(32) Porque el arrendamiento es un derecho personal u obligatorio, lo que sólo un sector minoritario —aunque con serias razones— pone en duda: VALLET DE GOYTISOLO, *Hipoteca del derecho arrendaticio, especialmente de empresas y locales de negocio*, Madrid, 1951, pág. 2 y otras; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1986, pág. 21; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Madrid, 1995, pág. 101.

(33) Vid. PAU PEDRON, *La protección del arrendamiento urbano*, Madrid, 1995.

(34) Sucede algo parecido a lo que se dice en V, § 12, c): de los arts. 271, 3.², 1.713, 1.810 y 1.811 CC no se puede deducir la regla general de que transigir sea un acto de disposición.

querido deducir que el menor emancipado sólo puede arrendar por plazo inferior a seis años (35).

3. Sujetos a tutela

a) Los tutores pueden arrendar los bienes de los pupilos por plazo de seis años, o inferior, sin autorización judicial; si lo hacen por plazo superior a seis años han de obtener autorización judicial. Según el art. 271 CC, «El tutor necesita autorización judicial: *I*^o Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años».

b) Si existe conflicto de intereses, será necesario el nombramiento de defensor judicial (art. 299, 1.^o CC), que necesitará autorización judicial en los mismos casos que el tutor. No puede considerarse incluido el arrendamiento de un inmueble del pupilo en favor del tutor —ni el arrendamiento de un inmueble del tutor en favor del pupilo— en la prohibición del art. 221, 3.^o CC, porque el arrendamiento no implica «adquisición» del bien (36).

c) En el caso de los arrendamientos rústicos sujetos a la LAR, los tutores no pueden dar en arrendamiento inmuebles de los pupilos menores de edad por un tiempo superior al que falte a éstos para llegar a la mayoría de edad (37) (art. 12, 2 LAR). Si se trata de pupilo incapacitado, la exigencia de capacidad para enajenar (art. 12, 1 LAR) permitiría a los tutores dar en arrendamiento inmuebles del pupilo con autorización judicial —ex art. 271, 12.^o—, cualquiera que sea la duración por la que se pacte el arriendo; y cabría entender, por analogía con el art. 21, 2 LAR (38), que, recuperada la capacidad (art. 269, 3.^o CC) y dejada sin efecto la incapacitación (arts 212 y 213 ce), se extinguen o resuelven tales arrendamientos.

4. Incapacitados sujetos a curatela

Tanto si la sentencia de incapacitación incluye el arrendamiento entre los actos que no puede realizar por sí sólo el sometido a curatela, como si

(35) LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 3, Madrid, 1979, pág. 88; en la revisión de este capítulo, en ediciones posteriores, se pone en duda, sin embargo, que al menor le afecte la limitación de los arrendamientos de larga duración (t. II, vol. 2.^o, Madrid, 1995, pág. 123).

(36) Vid. HUALDE SÁNCHEZ, *Comentario del Código Civil*, Min. Justicia, t. I, pág. 690 y los autores —LETE y BADOSA— citados por él.

(37) Ya se ha señalado que la S. de 15 de diciembre de 1943 consideró posible que los padres constituyeran el arrendamiento por un plazo superior con autorización judicial; no se refería a tutores, lo que plantea el problema de la posible extensión a éstos de la doctrina jurisprudencial.

(38) LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 2.^o, cap. actualizado por LUNA, pág. 164, nota 3.

nó especifica cuáles sean esos actos (esto último ex art. 290 en relación con el art. 271, 7.^o CC), el incapacitado no podrá ceder bienes en arrendamiento por un tiempo superior a seis años sin la asistencia o intervención del curador. Podrá, sin embargo, el incapaz pactar arrendamientos por plazo inferior por sí solo.

En el caso de conflicto de intereses entre el incapacitado y el curador, la intervención en el contrato de arrendamiento celebrado por aquél la prestará el defensor judicial (art. 299, I.^o CC). Si el arrendamiento es por plazo superior a seis años, el defensor deberá obtener autorización judicial (ex art. 271, 7.^o). No está prohibido al curador arrendar para sí bienes del pupilo, ni arrendar al pupilo bienes suyos: el art. 221, 3.^o CC, aunque es aplicable también a los curadores, no es aplicable al arrendamiento, que no implica «adquisición» o «transmisión» de bienes.

5. Cónyuges

a) Si se trata de inmueble ganancial, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges (ex art. 1.375 CC y 93, 2 CC).

b) Si se trata de inmueble adquirido por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales, o con carácter presuntivamente ganancial, podrá arrendarlo por sí mismo el cónyuge adquirente. Conforme al art. 1.384, «Serán válidos los actos de administración de bienes [...] realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren [...]». El art. 93, 4 considera suficiente el consentimiento del cónyuge titular registrar para los actos enumerados en el ap. 2 del art. 94 «y cualesquiera otros actos análogos», entre los que cabría incluir el arrendamiento (39).

A estos bienes se aplica también el art. 1.320 («[...] aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges»); por tanto, debe tenerse en cuenta lo que se indica, a continuación, respecto de los inmuebles privativos.

c) Si se trata de inmueble privativo, se plantea el problema de la aplicabilidad del art. 1.320 cuando lo que se transmite sea el derecho arrendaticio, problema que ha de resolverse afirmativamente: si se trata de arrendar la vivienda familiar, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges (40). El art. 1.320 habla de «disponer de derechos»; y aunque el arrendamiento no sea un acto de disposición, al arrendar se está transmitien-

(39) Sobre la posibilidad de considerar como acto de disposición los arrendamientos superiores a seis años, vid. lo que se dice en las notas 32 y 34.

(40) Sobre el problema que plantea la relación entre el consentimiento del art. 1.320 y el ámbito del poder, v. lo que se dice en el § 3, I, 5 b), al tratar la venta por uno de los cónyuges con poder del otro.

do del derecho de uso. La finalidad de ese precepto es mantener el alojamiento de la familia en el inmueble que ocupa.

6. Comunero

Para arrendar es suficiente con el acuerdo mayoritario de los comuneros. «El contrato de arrendamiento es un negocio jurídico calificado unánimemente por la doctrina como acto de administración y por consiguiente se rige [...] por el artículo 398 CC, que estatuye que son válidos y obligatorios los acuerdos de la mayoría» (S. de 19 de febrero de 1964; en el mismo sentido las SS. de 29 de mayo de 1976, 2 de noviembre de 1978).

No obstante, la STS de 28 de marzo de 1990 —con una doctrina que tiene precedentes en sentencias antiguas (8 de julio de 1902, 10 de marzo de 1905, 1 de julio de 1909)— afirma que «si bien, como se dice, el arrendamiento es un acto de administración, ello quiebra cuando, o bien por la naturaleza de la cosa, o bien, como en el presente caso, por el largo tiempo que se estipula, ocho años, puede constituir un derecho real a favor del arrendatario inscribible en el Registro de la Propiedad, por lo que al rebasar los límites de la pura administración, obligado es reconocer que no se hallaba facultada la demandada como condueña, aun representando la mayor suma de intereses, para dar en arriendo el piso común al exceder el plazo del arrendamiento de los seis años [...]».

7. Extranjeros

A los efectos perseguidos por la legislación de zonas de acceso restringido por razones estratégicas (LZEIDN de 12 de marzo de 1975 y su Reglamento de 10 de febrero de 1978) tiene escaso sentido la rigurosa distinción dogmática entre derechos reales y derechos obligacionales que hace el art. 18, b) de la Ley (41). Por tanto, y teniendo en cuenta la finalidad de la ley, también en el caso de arrendamientos de inmuebles en zonas estratégicas ha de comprobarse la concurrencia de las circunstancias señaladas en V, § 3, I, 6, b).

(41) Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, *Comentario del Código Civil*, Min. de Justicia, pág. 1.074: «[...] como si a los altos intereses militares les importara mucho en un mismo supuesto de derecho de disfrute de una finca que este derecho fuere real o personal».

8. Apoderado

El apoderado puede arrendar inmuebles por un plazo de seis años, o inferior, con un poder general, o con un poder para administrar. Pero para hacerlo por un plazo superior a seis años necesita poder especial. Según el art. 1.548, «los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años». La exigencia de que el poder sea especial supone la necesidad de se atribuya, simplemente, la facultad de arrendar, sin necesidad de que se precise el inmueble concreto que haya de ser objeto de arrendamiento (42). Ahora bien, la DGRN, en resoluciones antiguas —20 de noviembre de 1900, 26 de octubre de 1904, 29 de mayo de 1907— no ha considerado suficiente, para contratos de arrendamiento por más de seis años, un poder «para arrendar bienes por el tiempo que pareciera conveniente», o «por el tiempo, renta y condiciones que estime». A tenor de esas resoluciones, el poder «ha de autorizar *especialmente* al apoderado para arrendar por más de seis años».

§ 3. COMPRAVENTA

A. Capacidad para vender

1. Menores sujetos a patria potestad

a) Los padres pueden vender un bien del menor, obteniendo autorización judicial (art. 166 CC).

Si se trata de ventas judiciales forzosas de bienes de los hijos, no es necesario que los padres obtengan autorización judicial (STS. de 20 de enero de 1897 y R. de 23 de noviembre de 1899). Por igual razón no será necesaria la autorización cuando se trate de apremios administrativos o expropiaciones forzosas (43). Tampoco es necesaria autorización judicial para las retroventas de bienes de menores, que constituyen un simple «desenvolvimiento de una condición establecida en el contrato primitivo y coloca las relaciones patrimoniales en el mismo estado en que se hallaban cuando dicha enajenación se llevó a cabo» (R. de 27 de mayo de 1926). De la exigencia de autorización judicial hay que excluir la venta que se realice por efecto de un derecho de retracto legal o voluntario, por tratarse de un

(42) Mucius SCAEVOLA-BONET, *Código Civil*, t. XXVI, vol. 1, Madrid, 1976, pág. 820.

(43) En este sentido, GONZÁLEZ LAGUNA, *Bienes de menores*, pág. 1.186.

acto debido (44). ¿Habría que excluir también la venta como consecuencia del ejercicio de un derecho de opción de compra? A mi juicio sí: se trata de un acto igualmente debido; de un acto cuyo contenido estaba perfectamente determinado en el momento de concederse la opción —para la que fue necesaria autorización judicial—, y que ahora se desarrolla o desencadena a instancia del cesionario de ese derecho.

Si el inmueble que se vende lo adquirió el menor a título gratuito, ¿puede eludirse la autorización judicial porque el disponente —que sustrajo los bienes de la administración paterna, en base al art. 164, I.² CC— lo estableciera así? La Dirección General de los Registros, en resoluciones antiguas entendió que sí (RR. de 5 de noviembre de 1887, 16 de septiembre de 1890 y 25 de agosto de 1891). Los autores no mantienen un criterio uniforme (45).

La Dirección se ha planteado recientemente si ha de exigirse esa autorización judicial cuando el testador sustrae los bienes de la administración de los padres, pero no excluye expresamente el requisito de la autorización. En la R. de 1 de abril de 1993 declara que; cuando quien administra los bienes no son los padres, sino un tercero, debe cumplirse el requisito de la autorización judicial, sin que quepa excluirlo; «Si de la Ley se deriva algún criterio —dice la resolución— es, naturalmente, el de que inspira mayor desconfianza y exige mayores cautelas quien con el menor no tiene una relación paternofilial»; y añade «si no sólo los tutores, sino los padres mismos están sujetos en la enajenación de los bienes inmuebles a la necesidad de previa autorización judicial, habrá que entender que también lo están aquellos que, en la administración de ciertos bienes, hacen las veces de padres o tutores por disposición del testador o donante». No es contaría, por tanto, la resolución de 1993 a las anteriormente citadas: éstas reconocían eficacia a la exclusión de la autorización judicial; aquélla viene a afirmar —implícitamente— que, no habiéndose excluido por el testador, debe considerarse necesaria la autorización.

b) Si los padres tienen intereses opuestos a los del hijo, es necesario el nombramiento de un defensor judicial (art. 163 CC).

(44) Vid. BERCOVITZ, «Com. al art. 166», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. H, pág. 1.117.

(45) V., entre los que entienden que debe cumplirse estrictamente la voluntad del disponente, BERCOVITZ, com. al art. cit. en *Comentarios a la reforma del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pág. 1.107, y ALBALADEJO, *Derecho civil...* PRADA GONZÁLEZ, *La patria potestad tras la reforma del Código Civil*, AAMN, vol. XXV, Madrid, 1982, pág. 397; URIBE SORRIBES, La representación de los hijos, en el mismo vol., pág. 264; GARRIDO DE PALMA, *Derecho de la Familia*, Madrid, 1993, pág. 151, GÓMEZ GÁLIGO, *Resoluciones comentadas...*, Madrid, 1996, pág. 371; y CLEMENTE MEORO, *Derecho de familia*, dir. V.L. MONTES y E. ROCA, pág. 475 mantienen el criterio contrario: no cabe excluir la intervención judicial.

El defensor debe obtener autorización judicial. Aunque no se establece con claridad por las normas, parece necesaria la concurrencia de nombramiento y autorización, porque la finalidad de uno y otra es distinta: el primero es resultado de constatar la contraposición de intereses; la segunda es resultado de valorar la existencia de «causas justificadas de utilidad o necesidad». El hecho de que el nombramiento «señale las facultades» (art. 163, párr. 3 CC) que puede ejercer el defensor, no implica autorización. Una segunda razón para considerar que el defensor judicial debe obtener autorización deriva de que éste se limita a situarse, temporalmente, en la posición de los padres, y es precisamente el que estén situados en su posición lo que hace necesario que cumplan los requisitos exigidos a ellos (46). Ahora bien, nada impide que en un mismo expediente, el Juez nombre defensor y conceda autorización (47).

c) Si el hijo es mayor de 16 años, y consiente la venta en documento público, no es necesaria la autorización judicial (art. 166, párr. 3). Como la ley habla, genéricamente, de «documento público», puede ser el de compraventa u otro distinto. La actuación de los padres y el menor que ha cumplido 16 años es inversa a la de los padres y el menor emancipado; en aquella, los padres deciden, y el hijo consiente, mientras que en ésta, el hijo decide y los padres consienten. Y al igual que en esta segunda se exige que el consentimiento sea «concreto y singular» —STS de 4 de noviembre

(46) Como dicen MONTES y GAVIDIA, «no es necesario que [el art. 166] lo diga [que el defensor necesite la aprobación judicial posterior], porque el defensor, dentro de las facultades que el Juez le ha señalado, actúa como si fuese uno de los padres» (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, pág. 1.100). Ya Jerónimo González señalaba que «si ha de exigirse la autorización judicial al padre o la madre [...] con mayor motivo se ha de exigir cuando aquéllos estén [los hijos] representados por el defensor» (*Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. IJJ, pág. 263). En la misma línea, F. HERNÁNDEZ-GIL («Sobre la figura del defensor judicial de menores», *RDP*, 1961, pág. 201), y, con algunas dudas, MARTÍNEZ-PIÑEIRO («Representación paterna y oposición de intereses», *RDN*, 1984, pág. 239), FLORENSA I TOMÁS (*El defensor judicial*, Madrid, 1992, pág. 196: «Cuando éste [el tutor, pero en su razonamiento parece que también los padres] necesita de intervención judicial para un acto determinado, también en principio la necesitará el defensor judicial que le sustituye en su función, aunque en estos casos sería lógico pensar que como delegado que es del Juez —carácter que no concurre en los demás cargos protectores, en los que su contenido es determinado directamente por la Ley—, quizá no fuera necesaria tal intervención si se entendiera concedida implícitamente en la propia resolución judicial de nombramiento y atribución de facultades, no siendo necesaria otra intervención ulterior», y, sin expresar dudas, CLEMENTE MEORO (*Derecho de familia*, dir. por V.L. MONTES y E. ROCA, Valencia, 1995, pág. 461, que advierte además la aplicabilidad del régimen del consentimiento del menor (art. 166, párr. últ.) a la actuación del defensor judicial.

(47) Sostienen esta opinión PEÑA BERNALDO DE Qumós, *Derecho de familia*, pág. 542, nota 88; PUIG FERRIOL, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, pág. 783; y AVILA NAVARRO, *La hipoteca*, pág. 16.

de 1925—, en la primera debe serlo también; no cabe que el menor que ha cumplido 16 años consienta, con carácter general, la actuación que los padres realicen en representación suya.

d) ¿Qué alcance tiene, en relación con la calificación registral, el art. 156, párr. 3 CC («[...] Respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro»)? Según la R. de 20 de enero de 1989, ninguna. Aunque la Dirección reconoce que la interpretación de ese precepto «dista de ser sencilla», sostiene que no puede inscribirse un negocio realizado por uno sólo de los progenitores en representación de su hijo menor de edad sin acreditar que le corresponde el ejercicio de la patria potestad. Por otro lado, aunque la resolución afirma que «ahora no se prejuzga la interpretación de la expresión 'ejercicio ordinario de la patria potestad'» (5.⁹ Fundamento de Derecho), lo cierto es que sostiene que no puede considerarse comprendida en el contenido ordinario y habitual del ejercicio de la patria potestad toda actuación que «altera la composición objetiva del patrimonio del menor (3 Fundamento), por lo que quedarían excluidas siempre del art. 156, párr. 3, entre otras actuaciones, las compras y las ventas.

Pero esta interpretación restringe, sin suficiente fundamento, no sólo el ámbito, sino también la eficacia ex lege del acto realizado exclusivamente por uno de los cónyuges. Es posible que la redacción del párr. 3 del art. 156 CC sea defectuosa (48). Pero la Dirección General acierta al imaginar cuál ha sido la voluntad del legislador, aunque no la adopta, por considerar que «su plasmación carece de la precisión deseada». Y efectivamente, la voluntad del legislador no puede ser otra que la imaginada por la Dirección: «Considerar que no se trata de una pura presunción procesal, sino de una afirmación legal (49) que solamente decaería en caso de mala fe del tercero, supondría relegar la regla de actuación conjunta al ámbito interno y aceptar

(48) Lo que se explica por su origen; no figuraba en el proyecto aprobado por el Gobierno, sino que introdujo durante la tramitación parlamentaria de la Ley 30/81, de 7 de julio. Pero como advierte PEÑA, «pensaron [...] en dar una regla que, respetando el principio de actuación conjunta, diera eficacia a la actuación de uno solo, en beneficio del tercero de buena fe, de modo que así quedara fortalecida la seguridad del tráfico». (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, pág. 515).

(49) Que el art. 156, párr. 3 es una «ficción» legal lo sostienen Suárez SÁNCHEZ-VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ («LOS actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil», *RDP*, 1981, pág. 856). Es un evidente error —que carece de sentido— que el legislador utilice la palabra «presunción»; porque en todo caso habría de tratarse de una presunción *inris et de iure*, como sostiene PRADA («La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *AAMN*, t. XXV, pág. 369), y BERCOVITZ («Com. al art. 156», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, pág. 1.067). Pero el legislador, al redactar ese precepto, no ha tenido en cuenta el art. 1.251 CC.

en las relaciones con terceros, la solidaridad, salvo en los casos de mala fe». La regla del art. 156, párr. 3.^o CC es muy semejante a la del art. 129, 2 LSA, que se ha examinado, páginas atrás, al tratar la capacidad de las sociedades mercantiles.

2. Menores emancipados

a) El menor emancipado requiere, para vender, consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su curador (art. 323 CC).

b) Si existe conflicto de intereses entre el menor emancipado y los padres o el curador, es necesario el nombramiento de defensor judicial (aunque esta regla no deriva, en realidad, en cuanto a los primeros, ni del art. 163 CC —que se refiere a intereses opuestos al de los hijos no emancipados— ni del art. 299, 1.^o CC —que refiere únicamente a conflictos entre los menores y sus representantes legales, y los padres, en este caso, no lo son, y a los conflictos entre el curatelado y el curador—).

c) Si el inmueble pertenece también (en algún tipo de comunidad) al cónyuge del menor emancipado, y este es mayor de edad, basta con que ambos presten consentimiento para la venta. Si el cónyuge es menor, deben concurrir, además, los consentimientos de los padres o tutores de uno y otro (art. 324 CC).

Ahora bien, si el menor emancipado tiene un interés contrapuesto al de su cónyuge o al de alguno de los representantes contemplados en el inciso final del art. 324, sí será necesario el nombramiento de defensor judicial (ex art. 299, 1.^a).

3. Sujetos a tutela

a) El tutor puede vender inmuebles del pupilo, previa autorización judicial (50) (art. 271, 2.^o).

Si se trata de enajenaciones forzosas —judiciales o administrativas— o de expropiaciones administrativas, parece que hay semejanza de supuestos e identidad de razón para aplicar la jurisprudencia de la DGRN relativa a bienes de menores sujetos a patria potestad (qué se ha expuesto anteriormente).

b) Si existe conflicto de intereses entre el tutor y el pupilo, es necesario el nombramiento de defensor judicial (art. 299, 1.^o). El nombramiento

(50) Por la doctrina de los negocios complejos, parece que el tutor, que puede comprar inmuebles sin necesidad de autorización judicial, podría también, sin ella, constituir hipoteca en garantía del precio aplazado.

de defensor judicial no elude la necesidad de autorización judicial, por las razones que se han expuesto (51).

Si el conflicto consiste en que el tutor compra un inmueble del tutelado, no cabe salvarlo con nombramiento de defensor judicial: «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona alguna intermedia [...] el tutor [...] los bienes de la persona o personas que estén bajo su tutela» (art. 1.459, I.⁹). La misma prohibición existe, en general, para adquirir bienes del pupilo por título oneroso (art. 221, 3.⁹).

Ahora bien, estas prohibiciones —como toda prohibición— deben interpretarse restrictivamente, y por tanto ha de considerarse permitida la tradición que tenga por título un contrato anterior a la tutela (52). Pero la interpretación restrictiva no puede excluir una interpretación finalista del precepto: por eso creo que debe considerarse incluida en la prohibición la concesión de un derecho de opción —que implica una posible adquisición futura del bien (53)—, incluso si su ejercicio se subordina a que se haya aprobado definitivamente la gestión del tutor (art. 221 ce). Y tanto si la opción se concede a favor del tutor sobre bienes del pupilo (ex art. 1.459, I.⁹ y 221, 3.⁹ inciso inicial) como si se concede a favor del pupilo sobre bienes del tutor (art. 221, 3.⁵ *in fine*). La finalidad de los arts. 1.459, 1.^a y 221, 3.⁹ es evitar el posible abuso del tutor en la fijación de las condiciones del negocio, y esas condiciones están predeterminadas al conceder la opción. Naturalmente, la prohibición no jugaría si se tratase de transmisión por ejercicio de una opción concedida antes de constituida la tutela; en ese caso el tutor podría libremente adquirir el bien del pupilo, o el pupilo el bien del tutor.

En cuanto a la concesión de un derecho de retracto, realizada por el tutor a su favor sobre bienes del pupilo, o favor del pupilo sobre bienes del tutor, creo que no cae dentro de la prohibición del art. 221, 3.⁵, porque al

(51) A los autores señalados en la nota...habría que añadir aquí a PUIG FERRIOL, que parece restringir la necesidad de que el defensor obtenga autorización judicial al caso de que sustituya al tutor, por incompatibilidad de intereses de éste y el pupilo (*Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, pág. 782).

(52) En este sentido, PEÑA, pág. 593, nota 95. Coincide en este punto con la STS de 20 de febrero de 1967, según la cual, la cualidad personal prevista en el art. 1.459 (tutor, mandatario...) ha de tenerse en el momento de la percepción de la compraventa, no en el de su consumación.

(53) PEÑA sostiene sin embargo —o al menos así creo entenderle— que el tutor puede transmitir bienes al tutelado por la vía de una opción concedida al mismo sobre bienes del propio tutor, y tanto si la opción es anterior como posterior a la constitución de la tutela —con lo que, además, ésta admitiendo la posibilidad de que el tutor conceda un derecho de opción sobre bienes propios, a favor del pupilo— (*Derecho de familia*, pág. 593, nota 95).

conceder ese derecho no se determinan las condiciones de la venta —y es en la fijación de esas condiciones por el tutor en lo que desconfía el legislador—. La concesión del derecho de retracto tendría que ser, naturalmente, onerosa, porque de lo contrario se trataría de una «liberalidad» prohibida por el número primero de ese mismo artículo. Tampoco caería dentro de la prohibición de los arts. 1.459, I.⁹ y 221, 3.⁹ CC la adquisición por el tutor de bienes del pupilo en ejercicio del derecho de retracto, ni caería dentro de la prohibición del art. 221, 3.^a *in fine* la adquisición, en nombre del pupilo, y en virtud de derecho de retracto, de bienes propios del tutor. Sin embargo, si caería en el ámbito del art. 271, 2.^o CC la concesión de un derecho de retracto sobre un inmueble del pupilo a favor del tutor, por tratarse de un acto que tiene carácter dispositivo y es susceptible de inscripción; por tanto, necesitaría el tutor autorización judicial. La concesión de un derecho de retracto sobre un inmueble del tutor a favor del pupilo no sería ni acto prohibido ni acto sometido a autorización judicial.

c) No es necesario que los inmuebles del pupilo se vendan en pública subasta, como establece el art. 2.015 LEC. La derogación del art. 272 CC, que la exigía, por la Ley 13/1983, ha de entenderse como eliminación del requisito, y no como una voluntad de rehabilitar —en una materia que es propia de la ley civil— el precepto de la ley procesal (54).

d) Aunque el tutelado menor de edad (no incapacitado) hubiese cumplido los dieciséis años, no puede, con su prestación de consentimiento en escritura pública, hacer innecesaria la autorización judicial que la ley exige al tutor. No hay, en relación con la tutela, una norma paralela a la del art. 166, párr. 3.^o, probablemente porque este precepto se basa en la confianza que al legislador inspira la patria potestad —y que no le inspira por igual la tutela— (55).

4. Incapacitados sujetos a curatela

Tanto si la sentencia de incapacitación incluye expresamente la venta entre los actos que no puede realizar el incapacitado sometido a curatela la

(54) Vid. sobre esta cuestión la razonada y convincente exposición que hace RODRÍGUEZ LÓPEZ en *Dictámenes*, pág. 133. No puede silenciarse, sin embargo, que no es esta una posición unánime. LETE DEL RÍO opina que sigue vigente la exigencia de subasta (com. al art. 271 en *Comentarios*, dir. ALBALADEJO, t. IV, pág. 394), y también GIL RODRÍGUEZ (com. al art. 271 en *Comentario*, Min. de Justicia, t. I, pág. 801), aunque considera que debe admitirse la venta hecha por el tutor si se ajusta a las condiciones y circunstancias de la autorización.

(55) Vid., en este sentido, PEÑA, *Derechos de Familia*, pág. 589, nota 77.

compraventa de inmuebles, como si no contiene una enumeración de actos (esto último ex art. 290 en reí, con art. 171, 2^a CC), el incapacitado no podrá vender inmuebles sin la intervención del curador.

En caso de incompatibilidad de intereses entre incapacitado y curador, se nombrará defensor judicial (art. 299, 1.^a). El defensor podrá no podrá actuar cuando el incapacitado pretenda vender al curador un inmueble de su propiedad, porque está prohibido a todos los que «desempeñen algún cargo tutelar» (arte. 1.459, 1.^a y 221, 3.² CC) (56) —y por tanto al curador— «adquirir por título oneroso bienes del tutelado», y lo que no puede hacer el curador por sí no puede hacerse por la vía del defensor judicial, que se coloca en la situación jurídica de la persona a quien sustituye por incompatibilidad de intereses.

5. Cónyuges

a) Si se trata de bienes gananciales puros, de bienes adquiridos para la sociedad de gananciales o de bienes presuntivamente gananciales, es necesario el consentimiento de ambos (arts. 1.377 CC y 93, 2 y 4, y 94, 3 RH).

b) Si se trata de bienes privativos puros o privativos por confesión, basta con el consentimiento del titular.

Si se trata de bienes privativos por confesión y ha fallecido el cónyuge confesante, es necesario que concurra el consentimiento de los herederos forzosos de éste (art. 94, 4 RH).

Si el bien privativo es la vivienda habitual de la familia, es necesario el consentimiento de ambos cónyuges (57) (art. 1.320 CC). Este consentimiento para vender la vivienda habitual no debe considerarse implícito en el poder genérico para vender bienes del cónyuge poderdante (tampoco en el consentimiento genérico para vender bienes gananciales), porque se trata de un consentimiento específico, que nada tiene que ver con la legitimación para disponer, sino que tiene por finalidad el control sobre el uso de la vivienda

(56) Que este artículo se aplicaba a los curadores, antes de la reforma de la LO 1/1996, lo confirman PEÑA, *Derecho de familia*, pág. 601 y HUALDE SÁNCHEZ, *Comentarios del Código Civil*, Min. Justicia, t. I, pág. 690.

(57) No es necesario el consentimiento de ambos cuando lo que se venda es la cuota de un inmueble, según la R. de 27 de junio de 1994, porque «el carácter de vivienda habitual y familiar [...] no puede predicarse de la que ocupan simultáneamente las familias de los dos partícipes [...]». Tampoco, a mi juicio, cuando se vende la nuda propiedad, perteneciendo el usufructo a un tercero, porque la finalidad del art. 1.320 es la de proteger o asegurar la afectación del inmueble a vivienda familiar, que en este caso no podría cumplirse (sostiene la opinión contraria, es decir, que en el ámbito de ese precepto está incluida la transmisión de la nuda propiedad, AVILA ALVAREZ, *Comentarios a las reformas hipotecarias 1982-1984*, Madrid, 1985, pág. 106).

familiar (58). Como se ha escrito, muy acertadamente, el consentimiento para disponer sobre la vivienda habitual no puede inducirse de otro consentimiento que no tenga este específico objeto (59). Ahora bien, el consentimiento para disponer de la vivienda habitual no tiene que ir referido a una disposición concreta, puede ir incluido en un poder general que incluya una expresa autorización para realizar actos dispositivos, o puede incluirse en capitulaciones, como declaración unilateral de uno o de los dos otorgantes (60).

c) El consentimiento de uno de los cónyuges puede ser sustituido por autorización judicial (art. 1.377, párr. 2.^o). La autorización judicial, a diferencia de la aprobación, ha de ser previa. No cabe, por tanto, la autorización judicial posterior; sería necesaria nueva enajenación. La venta hecha por uno sólo de los cónyuges sólo puede ser confirmada por el cónyuge cuyo consentimiento fue omitido, pero no por aprobación judicial (61). Algún autor entiende, por el contrario, que al igual que el consentimiento del cónyuge puede prestarse con posterioridad, también la autorización puede ser posterior (62). La negativa judicial a conceder autorización no impide que el cónyuge cuyo consentimiento se omitió preste después su consentimiento; esa negativa judicial no puede considerarse como una declaración de insanabilidad del negocio (63).

d) En los mismos casos de actos debidos que se han examinado en IV, § 3, A, 1, a) —ventas judiciales forzosas, apremios administrativos, expropiaciones forzosas, retroventas, ventas como consecuencia del ejercicio de opción de compra— basta con el consentimiento de uno solo de los cónyuges, porque ambos estaban ya obligados con anterioridad a realizarlos.

e) «El marido y la mujer podrán venderse bienes recíprocamente» (art. 1.458 CC). La configuración —sustantiva y documental— de esta venta, cuando el bien es ganancial, la señaló la R. de 2 de febrero de 1983: ambos cónyuges venden, el cónyuge adquirente acepta, y la contraprestación es de naturaleza privativa, «lo que se acredita [con] un reconocimiento

(58) Lo que se acaba de afirmar en nada contradice la doctrina de la DGRN de que el apoderado puede manifestar que el inmueble que vende —en nombre del poderdante— no es la vivienda familiar de éste. Lo que no puede el apoderado, por el sólo hecho de tener un genérico poder «para vender», es enajenar la vivienda familiar. Para que el apoderado esté facultado para ello, el poderdante debe expresarlo específicamente en el poder.

(59) ALVAREZ-SALA, *Aspectos imperativos en la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular*, RDN, 1980, pág. 19.

(60) En cuanto a su inclusión en capitulaciones, ALVAREZ-SALA, *ibidem*, y HERRERO GARCÍA, «Com. al art. 1.320», en *Comentario*, Min. Justicia, vol. II, pág. 591.

(61) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia*, pág. 263.

(62) Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, pág. 204.

(63) Vid. GARCÍA CANTERO, en CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. V, vol. 1, Madrid, 1994, pág. 515, que se inclina, aunque con reservas, a no reconocer a la negativa judicial esa eficacia impeditiva de la confirmación por el cónyuge.

o afirmación de tal naturaleza no sólo por el cónyuge adquirente, sino también por su consorte»; «y no puede entenderse que se esté ante un supuesto de autocontratación no permitido al ostentar el esposo el doble concepto de vendedor y comprador, por faltar el presupuesto clave en la doctrina de este Centro Directivo sobre esta materia como es la falta de contraposición o conflicto de intereses».

6. Apoderados

Debe actuar el apoderado con poder expreso (art. 1.713 CC). Como dice la R. de 24 de enero de 1898, con una paronomasia, poder *expreso* es el que *expresó* que se podía enajenar.

En cuanto a la extensión del poder, la DGRN ha declarado:

a) El poder para enajenar autoriza para ceder créditos hipotecarios (R. de 18 de julio de 1899).

b) El poder para vender un inmueble que se dice adquirido por herencia no autoriza para realizar la liquidación de la sociedad de gananciales, dividir la masa hereditaria y aceptar las adjudicaciones consiguientes (R. de 3 de noviembre de 1908).

c) El poder para «enajenar, permutar, arrendar, vender por el precio y condiciones que estime y a las personas o entidad que le parezca, o cualquier otro acto de riguroso dominio» autoriza al apoderado para conceder una opción de compra (R. de 22 de junio de 1966).

d) El poder para «comprar, vender y permutar toda clase de inmuebles o derechos reales» no autoriza para hacer reconocimientos de dominio, por ser éstos declaraciones de dominio unilaterales y abstractas, carentes en sí mismos de virtualidad traslativa. Cuestión distinta —viene a decir la resolución, sin entrar a analizar si el poder facultaría o no para ello— sería «el reconocimiento de un concreto negocio traslativo anterior» (R. de 18 de octubre de 1989).

e) El poder para hacer particiones y ventas autoriza al apoderado para adjudicar bienes en pago de deudas a un extraño (R. de 10 de agosto de 1918).

f) El poder «para practicar operaciones de tipo registral o inmobiliario» no autoriza para vender (R. de 6 de septiembre de 1982).

g) El poder para vender faculta para «realizar, por el representado, las declaraciones que ordinariamente han de hacer los vendedores»: la expresión de si la casa constituye la vivienda habitual del representado; la designación de las cargas o gravámenes a que esté afecto el inmueble; la declaración sobre la situación arrendaticia de la finca vendida (R. de 17 de diciembre de 1987). Está emparentada esta doctrina con la que en alguna

ocasión ha sostenido la Dirección, de que el poder para realizar un negocio comprende «todos los actos englobados dentro de ese acto» (v., p.ej., R. de 31 de octubre de 1986).

7. Asociaciones

a) Las asociaciones (representadas por «el presidente [de la junta directiva], y en su caso quienes estatutariamente se determine» [art. 10, párr. 2.º D 1.440/1965, de 20 de mayo], o apoderados [que habrán de ser nombrados por los anteriores, y no por la asamblea general, sobre la base de las mismas razones que expresan las RR.de 26 y 28 de febrero de 1991]) pueden vender bienes inmuebles, previo acuerdo de la asamblea general, adoptado con las mayorías previstas en el art. 10, párr. 3.º del D 1.440/1965.

b) Las asociaciones deportivas sólo pueden vender bienes inmuebles, cuando la venta «no comprometa de modo irreversible el patrimonio de la entidad o su objeto social»; y necesitan autorización del Consejo Superior de Deportes cuando la venta tenga por objeto inmuebles financiados, en todo o en parte, con fondos del Estado (art. 36, 2 LD).

8. Fundaciones

a) El patronato (o sus delegados o apoderados: art. 14 LF) necesita previa autorización del protectorado, salvo que la venta se ajuste a los fines establecidos por el donante del inmueble que se vende (art. 19, 1 LF). No es necesario ya, tras la Ley 30/1994, que la venta se haga mediante subasta, como exigía el RD de 29 de agosto de 1923, complementario del RD y la Instrucción de 1899.

b) Excepcionalmente —señala el R.D. 316/1996 (art. 4, ap. 7)—, y cuando el fin o la actividad fundacional así lo aconsejen, el protectorado, a solicitud de la fundación interesada, podrá otorgar una autorización anual para enajenar en cualquier momento los bienes inmuebles que se relacionen en la solicitud o los que vengan a sustituir a aquéllos.

c) A pesar de la exigencia legal de que la autorización sea previa, el RD 316/1996 permite (art. 10, 3) que se haga la venta antes de haberse obtenido, pero en ese caso la escritura deberá someter el negocio a la condición suspensiva de que se obtenga la autorización en un momento posterior.

d) Si no se trata de inmuebles que formen parte de la dotación (64), ni de inmuebles directamente vinculados al cumplimiento de los fines fun-

(64) Son bienes dotacionales los incluidos en la escritura de constitución y las aportados posteriormente en concepto de dotación patrimonial (COBO GAL VEZ, «Com. al

dacionales, ni de inmuebles con valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación, el patronato no requiere autorización previa, pero ha de dar cuenta inmediata al protectorado (art. 19, 2 LF). El que esta notificación haya de ser *inmediata* mueve a considerar que ha de acreditarse para la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad.

B. *Capacidad para comprar*

1. Sujetos a patria potestad

No hay duda de que pueden los padres comprar inmuebles para los hijos, aunque ningún precepto lo establezca, y deba deducirse de la genérica facultad de representación del art. 154, párr. 2, n.º 2.º CC. En esta posibilidad se apoya la doctrina del negocio conexo, que admite que los padres —por sí solos, sin autorización judicial— graven de inmueble comprado en garantía de la parte de precio que se aplaza. Con igual fundamento habría de admitirse el pacto de una condición resolutoria en garantía del precio aplazado, y cualesquiera otras «condiciones gravosas»; como dice muy expresivamente el resumen oficial de la R. de 2 de julio de 1931 (65), «por gravosa que sea la condición impuesta a una compradora menor de edad, nunca puede justificar la exigencia de la autorización judicial».

2. Emancipados

Pueden comprar bienes inmuebles sin necesidad de consentimiento de los padres o del curador (ex art. 323 CC), incluso si se trata de bienes de los propios padres; pero no si se trata de bienes del curador, porque éste, al ejercer un «cargo tutelar», no puede «transmitirle [al «tutelado»] bienes por igual título [título oneroso]». Se trata de una prohibición, no de un conflicto de intereses que pueda salvarse con la intervención de defensor judicial.

3. Sujetos a tutela

Pueden los tutores, en nombre del pupilo, comprar bienes para él, sin necesidad de autorización judicial; pero nunca bienes de los propios tutores

art. 19», en *Comentarios a la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales*, Madrid, 1995, pág. 167).

(65) Vid. *Anuario de 1931*, Dirección General de los Registros y del Notariado, Madrid, 1932, pág. 193.

(aunque el art. 1.459, 1.^a CC se refiere a compras por el tutor, el art. 221, 3.^o CC prohíbe también a quien desempeñe algún cargo tutelar «transmitirle [al tutelado] bienes por igual título [título oneroso]»).

§ 4. CONSTITUCIÓN DE COMUNIDAD

A. *Capacidad para pactar la constitución*

La constitución de una comunidad entre inmuebles colindantes se realiza por agrupación (66) (v. art. 45, párr. 3 RH). En este caso, la agrupación es más que una simple modificación hipotecaria; se producen unas atribuciones patrimoniales. Esas atribuciones derivan, según la R. de 16 de mayo de 1979, de un innominado y atípico «contrato que crea una comunidad de bienes», sin que deba recurrirse a «la viciosa práctica de realizar una permuta de cuotas entre todos los propietarios». La agrupación no es por tanto, en este caso, un simple acto de riguroso dominio —como lo son las modificaciones hipotecarias—, sino que implica un acto de disposición, al que habrán de aplicarse las reglas de capacidad que rigen para la disposición de inmuebles.

La determinación de la «participación indivisa que a cada uno de ellos [los distintos propietarios de las fincas originarias] corresponda en la finca resultante de la agrupación» revelará, según los casos, atribuciones onerosas o gratuitas (67), lo que habrá de tenerse en cuenta a efectos de apreciar la capacidad. «Dependerá de que cada propietario reciba de la [finca] resultante de la agrupación una participación totalmente equivalente al valor de la propiedad aportada, o bien que alguno algunos reciban una participación mayor a su haber de aportación y otros una menor al suyo» (68).

Debe tenerse en cuenta que la constitución de comunidad es un acto de carácter dispositivo e inscribible, por lo que el menor emancipado necesitará el consentimiento de sus padres o del tutor; el tutor que aporte inmuebles del pupilo menor o incapacitado necesitará autorización judicial (art. 271, 2.^a, pues se trata de un acto «de carácter dispositivo y susceptible

(66) La opinión de ROCA SASTRE de que es imposible agrupar dos o más fincas pertenecientes por entero a distintos propietarios, sin ponerlas previamente en común, mediante un negocio jurídico de comunicación de bienes o de cesiones recíprocas o permutas de cuotas indivisas, ha sido rechazada por la doctrina (vid. CARRETERO GARCÍA, com. a la R. de 16 de mayo de 1979, *RCDI*, n.º 548, enero-febrero 1982, pág. 193, y los autores que cita).

(67) V. en este sentido MIQUEL GONZÁLEZ, comentario al art. 392 en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dir. por ALBALADEJO, t. V, vol. 2, Madrid, 1985, pág. 35.

(68) CARRETERO GARCÍA, *ib.*, pág. 1.225.

de inscripción»); y el incapacitado sometido a curatela necesitará la intervención del curador (art. 290), pero no autorización judicial.

B. *Capacidad para pactar la disolución*

Ante la conocida discusión doctrinal sobre la naturaleza de la disolución de la comunidad (69), se hace particularmente necesario atender a los criterios legales y jurisprudenciales, no siempre homogéneos. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que «serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia» (art. 406 CC).

1. Menores sujetos a patria potestad

Cuando los padres sean partícipes con el hijo en la misma comunidad, es necesario el nombramiento de defensor judicial. «[...] Será más tarde, si durante la menor de edad del hijo se procede a la disolución de la comunidad romana formada, cuando aparecerán claramente enfrentados los intereses de los comuneros, ante el peligro de que la madre, prevaleciendo de su representación legal, se lucre en perjuicio de su hijo» (R. de 10 de enero de 1994). No es necesario que los padres obtengan autorización judicial (R. de 25 de abril de 1924) ni aprobación judicial (esto último, ex art. 1.060 CC).

2. Sujetos a tutela

a) El tutor necesita obtener siempre (aunque no sea él también comunero) la aprobación judicial de la división realizada. «No necesitará autorización judicial [...] la división de cosa común realizada por el tutor, pero una vez raticada requerirá aprobación judicial» (art. 272 CC).

b) Si el tutor es también comunero, existirá conflicto de intereses, y será necesario el nombramiento de defensor judicial (ex art. 299 CC).

(69) Por citar sólo algunos autores: para ROCA SASTRE se trata de un acto declarativo (*Derecho hipotecario*, t. III, pág. 740), mientras a juicio de Díez-Picazo se trata de un acto dispositivo (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, Madrid, 1995, pág. 930). Prevalece hoy, sin embargo, la tesis que formuló hace más de medio siglo MARÍN LÓPEZ («Carácter y efectos de la partición de herencia», RDP, 1936, pág. 81), según la cual la partición —como la disolución de comunidad— es un acto determinativo o especificativo (ALBALADEJO, LACRUZ, COSSÍO...); es, como dice la STS de 3 de febrero de 1982, «la tesis mayoritaria en la doctrina más autorizada», y también «la que informa la moderna jurisprudencia», lo que repite literalmente la S. de 5 de marzo de 1991.

c) El defensor debe obtener aprobación judicial, no ex art. 1.060, párr. 2 CC, introducido por la LO 1/1996, sino porque, en general, el defensor debe obtener las mismas autorizaciones que necesita el tutor.

3. Menor emancipado

Puede participar por sí solo en la disolución de la comunidad, según R. de 21 de diciembre de 1929, que invoca «el principio jurídico que favorece la libertad personal y circunscribe las prohibiciones de disponer a sus rigurosos límites, así como los múltiples artículos del Código Civil que distinguen netamente la capacidad necesaria para vender, de la que exige para celebrar particiones hereditarias, el otorgamiento de uno y otro acto y los diversos efectos civiles e hipotecarios que produce cada uno de ellos».

§ 5. CONSTITUCIÓN DE UN EDIFICIO EN RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

1. Sujetos a patria potestad

Pueden los padres sujetar un inmueble del menor al régimen de propiedad horizontal, sin necesidad de obtener autorización judicial. Para los actos de riguroso dominio, salvo para la renuncia de derechos —y la constitución en régimen de propiedad horizontal tiene aquél carácter— no necesitan los padres autorización judicial (ex art. 166 CC, referido sólo a actos dispositivos —enajenación o gravamen—) (70).

2. Menor emancipado

El menor emancipado puede constituir un inmueble en régimen de propiedad horizontal sin la asistencia prevista en el art. 323, al no implicar este acto enajenación o gravamen del inmueble.

(70) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS considera que la constitución de un edificio en régimen de propiedad horizontal es acto dispositivo. «La constitución unilateral —escribe PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, pág. 244, nota 9— exige en el constituyente la capacidad y legitimación exigida para los actos dispositivos. Tal constitución es un acto dispositivo, pues por ella el dominio sobre el edificio queda modificado en cuanto se desintegra en tantos dominios como pisos o locales». Pero, cualquiera que sea el sentido que se dé a la noción de «acto de disposición» (y puede tener el de «acto de riguroso dominio», como es el sentido que tiene en el art. 271, 2.ª CC), no se deduciría de ello que los padres necesiten autorización judicial, porque no se trata de una «enajenación o gravamen de bienes inmuebles», que son los actos para los que el art. 166 exige autorización judicial.

3. Sujetos a tutela

El tutor necesita autorización judicial para sujetar un inmueble del menor al régimen de propiedad horizontal. La constitución de este régimen es un acto de riguroso dominio, que es precisamente el tipo de actos a los que se refiere el art. 271, 2º CC, aunque utilice la expresión «acto dispositivo», como resulta de la contraposición que ese número hace entre «enajenación y gravamen» y actos «que tengan carácter dispositivo». La introducción de esta expresión por la LO 1/1996 se ha hecho para evitar las dudas que se planteaban con anterioridad sobre la necesidad de obtener autorización judicial para ciertos actos —como la declaración de obra nueva o la adquisición de inmuebles— que eran inscribibles y, sin embargo, no eran «enajenación o gravamen» (antiguo 271, 2º CC); es decir, para introducir, en el ámbito de la autorización judicial, los actos de riguroso dominio.

4. Incapacitado sujeto a curatela

Si la sentencia de incapacitación incluye la constitución del régimen de propiedad horizontal, será necesaria la intervención del curador. Si la sentencia no especifica los actos que el incapacitado no puede realizar por sí solo, la relación entre el art. 290 y el art. 271, 2º obliga a entender que el incapacitado necesitará también en este caso la intervención del curador.

5. Cónyuges

a) Si se trata de bienes gananciales, será necesario el consentimiento de ambos cónyuges (art. 93, 2 RH).

b) Si se trata de bienes adquiridos por uno de los cónyuges para su sociedad de gananciales, y a pesar de tratarse de un acto de riguroso dominio, puede el cónyuge titular, por sí sólo, constituir el inmueble en régimen de propiedad horizontal (el art. 94, 4, que cita explícitamente «la constitución de edificios en régimen de propiedad horizontal» entre otros actos, que tienen todos ellos carácter de actos de administración). Se ha planteado (71) si queda dentro del ámbito del art. 93, 4, *in fine*, RH —y por tanto, también en el ámbito del 94, 2 RH— la modalidad de constitución de un inmueble en régimen de propiedad horizontal, en que surge *ab initio* entre varios propietarios la propiedad privativa de cada uno de ellos —la llamada «co-

(71) AVILA ALVAREZ, *Comentarios*, pág. 135.

munidad valenciana» (72), contemplada en la R. 18 de abril de 1988—; resulta indudable que en este caso, a la constitución del régimen de propiedad horizontal va una única adjudicación —sin el paso previo por una situación de cotitularidad de cada uno de los pisos o locales. Y esa segunda operación, por su carácter dispositivo, va más allá del acto de riguroso dominio que es la mera constitución del régimen. Por tanto, hay que concluir que queda fuera de los preceptos citados, y cae dentro del ámbito de los ap. 3 del art. 93, y 3 del art. 94 RH.

c) Si se trata de bienes privativos, la constitución del régimen de propiedad horizontal deberá realizarla el cónyuge adquirente. Si el inmueble es privativo por confesión, ¿deben los herederos forzosos del cónyuge premuerto concurrir con el supérstite para constituir el edificio en régimen de propiedad horizontal? La cuestión no es fácil de resolver: tanto el art. 95 como los artículos anteriores del Reglamento hipotecario utilizan la idea de «actos de disposición» como contrapuesta a la de «actos de administración», y por tanto, englobando los actos de riguroso dominio —como lo es la constitución del régimen de propiedad horizontal—. Pero, por otra parte, el Reglamento hipotecario parece considerar esa constitución como un acto de administración, al aparecer mencionada entre actos que sí lo son en el art. 94, 2 RH, aunque en ningún momento los llama explícitamente así, sino que, para referirse a todos ellos, se limita a hablar de «actos enumerados en el apartado 2» (art. 93, ap. 4 *in fine*).

6. Apoderado

El apoderado necesita poder expreso para constituir un inmueble en régimen de propiedad horizontal, por tratarse de un acto de riguroso dominio (art. 1.713). La R. de 17 de abril de 1970 lo advierte así —aunque no había sido incluida la cuestión como defecto en la nota de calificación—.

§ 6. DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA

1. Sujetos a patria potestad

Pueden los padres declarar las obras nuevas realizadas en inmuebles de los hijos, sin necesidad de autorización judicial. No es fácil imaginar la posibilidad de que en esa actuación pueda existir «oposición de intereses» que haga necesario el nombramiento de defensor judicial.

(72) Vid. CÁMARA ALVAREZ, *Estudios de Derecho civil*, Madrid, 1985, pág. 331.

2. Menores emancipados

Pueden declararlas por sí mismos, sin el complemento de capacidad exigido por el art. 323 CC, al no aparecer este acto mencionado en él, ni tratarse de un acto dispositivo.

3. Sujetos a tutela

La declaración de obra nueva sobre un inmueble del pupilo puede hacerla el tutor sin necesidad de autorización judicial. No puede considerarse comprendida tal declaración entre los «actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción» (art. 271, I.⁹ CC) —porque la declaración de obra nueva es acto de administración—, ni englobada entre los «gastos extraordinarios en los bienes» a que se refieren los n.ºs 2.^Q y 5.² del art. 271 CC.

4. Cónyuges

a) Si se trata de bienes gananciales, es necesario el consentimiento de ambos (art. 93, 2 RH). Aunque la R. de 21 de febrero de 1995, afirmando que la declaración de obra nueva es «la simple constatación de un hecho» (73), que la obra nueva «no pasa de ser un elemento físico que completa la descripción registral de la finca», y que el acto «queda al margen del régimen civil sobre los actos de disposición y de administración», permite que uno solo de los cónyuges declare la obra nueva realizada sobre un inmueble ganancial.

b) Si se trata de bienes adquiridos por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales, o de bienes presuntivamente gananciales, podrá otorgarlos por sí solo el cónyuge titular registral (art. 94, 2, que sujeta

(73) La afirmación de que la declaración de obra nueva es la simple constatación de un hecho, y por tanto no ha de aplicársele regla alguna de capacidad procede de LACRUZ (*Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, Zaragoza, 1957, págs. 94 y 96) y de él pasa a ROCA SASTRE (*Derecho hipotecario*, t. II, pág. 542). Pero como afirmó RAMOS FOLQUÉS con acierto, lo que se inscribe en el Registro en virtud de esa declaración es un derecho: el derecho a la construcción, que no puede inscribirse sin controlar su legalidad —que es, en definitiva, lo que se califica en base a la declaración de obra nueva («La regulación jurídico registral de la calificación», *RCDI*, 1954, pág. 856)—. Por tanto, no es admisible, como pretende ROCA, que se inscriba la declaración de obra nueva hecha por uno solo de los comuneros; siguiendo la tesis del «simple hecho», ¿porqué no se inscriben las declaraciones obra nueva a realizadas por el arrendatario, o del titular de cualquier derecho real limitado, o incluso por un mandatario verbal?

explícitamente al mismo régimen la constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal).

c) Si se trata de bienes privativos, se llevará a cabo exclusivamente por el cónyuge adquirente (art. 95, 3 RH).

5. Comuneros

La declaración de obra nueva ha de hacerse por la totalidad de los partícipes. Atendiendo a la naturaleza del acto, parecería en principio que habría de encuadrarse en el art. 398 CC; pero no hay paralelismo entre acto de administración y «administración de la cosa común» (art. 198 CC), de un lado, y acto de disposición —en sentido amplio— y «alteración en la cosa común» (397 CC), de otro. La razón reside en alcance de las «alteraciones» contempladas en este último precepto, que engloba también a las de carácter material, es decir, todas las que afecten no sólo al destino, sino también al uso, o sólo a la sustancia de la cosa, bien en su forma, bien en su materia (74). Y si, según el Tribunal Supremo, la demolición de construcciones exige unanimidad (SS. de 26 de octubre de 1977 y 9 de mayo de 1983), su levantamiento la exige también. La Dirección de los Registros ha sido rotunda: es necesaria la comparecencia de todos los comuneros para que pueda ser inscrita una obra nueva. «Si, según el artículo 397 del Código Civil, 'ninguno de los condueños podrá, sin consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ello pudieran derivar ventajas para todos', parece que tampoco uno solo de los comuneros podrá exigir la constancia registral de las alteraciones realizadas, bien por él mismo, bien por todos los comuneros o por algunos de ellos, y que se requiera que sean todos los copropietarios del solar quienes comparezcan en la escritura y describan la nueva obra realizada» (R. de 20 de febrero de 1969, cuya doctrina confirma la de 21 de febrero).

6. Apoderado

Si se considera que la declaración de obra nueva es un acto de administración —como explícitamente lo califica la R. de 21 de mayo de 1991—, será suficiente un poder «concebido en términos generales» (art. 1.713, párr. 1) o que autorice para administrar.

(74) MIQUEL GONZÁLEZ, «Com. al art. 397», en *Comentarios*, dir. Albaladejo, pág. 387.

§ 7. DONACIÓN

A. *Capacidad para donar*

1. Sujetos a patria potestad

Pueden los padres hacer donaciones en representación de los hijos menores, «por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del Juez, con audiencia del Ministerio Fiscal» (ex. art. 166). Aunque la donación no esté expresamente prevista, entiende la doctrina que debe incluirse en el régimen del precepto citado, porque no cabe negar a los padres lo que la ley permite a los tutores (v. art. 271, 9.ª CC) (75).

No se impone a los padres una prohibición paralela a la que el art. 221, I.º CC impone a los tutores. Por tanto, pueden recibir bienes de los hijos por vía de donación. Lo que sucederá es que en este caso siempre existirá contraposición de intereses, por lo que será necesario el nombramiento de defensor judicial, que deberá obtener autorización judicial. Con carácter general cabe afirmar que así como los tutores —y, en general, los titulares de una función tutelar (en el sentido amplio en que utiliza esta expresión el art. 220 CC y el nuevo 1.459 CC)— tienen prohibidos determinados actos (arts. 221, 1.459, I.º CC...), no existen, para los padres, actos prohibidos —en sí mismos considerados, con independencia de que exista oposición de intereses—, sino sólo actos sujetos a autorización judicial.

2. Menores emancipados

Pueden donar con consentimiento de las personas encargadas de prestarle asistencia —padres o curador— (art. 323 CC).

3. Sujetos a tutela

El tutor puede donar inmuebles del tutelado con autorización judicial (art. 271, 9.ª CC). La renuncia pura y simple del derecho de usufructo sobre

(75) Una exposición extensa sobre la duda interpretativa de si está absolutamente prohibido a los padres donar bienes de los hijos —y, en general, realizar actos a título gratuito, como hipotecar bienes de los hijos en garantía de deuda ajena— puede verse en CLEMENTE MEORO, *Derecho de familia*, dir. V.L. MONTES y E. ROCA, pág. 483. DÍEZ-PICAZO niega que los padres tengan facultad dispositiva a título gratuito («La reforma del Código Civil en materia de patria potestad», en *La reforma del Derecho de familia*, Sevilla, 1982, pág. 295), pero no plantea la cuestión en DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema*, vol. IV: vid. pág. 296.

un inmueble del pupilo equivale a una donación (R. de 19 de agosto de 1982).

Ahora bien, nunca podrá el tutor donarse a sí mismo bienes del pupilo, porque el tutor tiene prohibido «recibir liberalidades del tutelado, o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión» (art. 221, I.⁹). No cabe tampoco que las reciba, como es lógico, por intermedio de defensor judicial, que salvara la evidente contraposición de intereses.

4. Incapacitados sujetos a curatela

Si la sentencia incluye las donaciones, o no especifica los actos que el incapacitado no puede realizar por sí sólo (art. 290 en relación con el art. 271, 9.⁵), éste habrá de contar, para realizar donaciones, con la intervención del curador. No será necesaria autorización judicial.

5. Cónyuges

A diferencia de lo que sucede en las enajenaciones onerosas, que pueden realizarse —tanto si se trata de bienes gananciales, como si se trata de bienes presuntivamente gananciales— por ambos cónyuges conjuntamente, o por uno de ellos con el consentimiento del otro —y la falta del consentimiento de uno de los cónyuges puede ser suplida por la autorización judicial—, las donaciones de esos bienes han de hacerse conjuntamente por ambos cónyuges. «Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges», según el art. 1.378, más expresivo, pero repitiendo la misma idea que formula el art. 1.322, párr. 2.⁵, «[...] serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge». La reiterada expresión «serán nulos» revela que la falta de codisposición determina la nulidad radical y absoluta del acto, del que no cabe confirmación.

Pero actuación conjunta no significa simultaneidad cronológica (76). Si sólo un cónyuge ha donado el bien ganancial, y en tanto se mantenga esta

(76) Como parece entender, sin embargo, AVILA ALVAREZ, *Comentarios a las reformas*, pág. 134, y como afirman rotundamente CAMY, *Examen*, pág. 36, y ROCA i TRIAS, *Derecho de familia*, dir. por V.L. MONTES y E. ROCA, Valencia, 1995, pág. 264 («la actuación conjunta ha de ser coetánea»).

Admiten la donación sucesiva PEÑA, *Derecho reales. Derecho hipotecario*, pág. 262; PRETEL SERRANO, com. al art. 1.378 en *Comentario*, Min. Justicia, vol. II, pág. 720 y 721 y MÁRQUEZ MUÑOZ, «Resumen de algunas normas del Código Civil», *BICNR*, n. 180, 1982 (en la recopilación de F. RODRÍGUEZ LÓPEZ, t. II, Madrid, 1987, pág. 1652).

situación, el negocio será nulo —y esa nulidad podrá hacerse valer por el cónyuge cuyo consentimiento faltó, por los terceros, e incluso por el cónyuge autor de la disposición (77)—; pero al donar, más tarde, el otro cónyuge, se cumple el requisito de la disposición conjunta, y es entonces cuando se producirá la donación eficaz (78). Si un cónyuge dona en nombre propio y con poder del otro, existirá actuación conjunta; pero no debe confundirse el acto con «consentimiento» del cónyuge y el acto con «poder» del cónyuge: sólo en este segundo caso el acto es conjunto (79). La exigencia legal de codisposición, que, por su rigor, ha de entenderse referida a cada donación concreta, impide, a mi juicio, que un cónyuge pueda donar bienes gananciales con un poder genérico para «donar»; el poder ha de referirse a un inmueble determinado (afirmación que podría generalizarse: vid. III. § 7, A, 6).

Es indiscutible —e indiscutido— que el juez no puede suplir al cónyuge no donante en base al art. 1.377, párr. 2, que se refiere a actos de disposición a título oneroso.

Me parece acertada la interpretación restrictiva que se hace por algún autor del art. 1.378 —aunque, admitiendo la posibilidad de prestación sucesiva de consentimientos que he mantenido antes no tiene toda la trascendencia práctica que tiene en el contexto de las páginas en que aparece—, entendiendo que la expresión «actos a título gratuito» que emplea ese artículo «son exactamente los comprendidos en el juego de la causa que consiste en el 'ánimo liberal del bienhechor' (art. 1.274 CC) y no los actos de gestión que se pueden presentar en el tráfico sin contraprestación, pero que cabe justificar por razón de ciertas ventajas o beneficios indirectos, cuando no por la protección de los intereses familiares. Caso característico —añade— es la concesión por uno de los cónyuges de un derecho de garantía (aval o fianza, incluso hipoteca) en favor de una sociedad en la que participa. En tal caso, no estamos ante un acto basado en la mera liberalidad del bienhechor y por tanto no rige el principio de cogestión en términos absolutos. Así, entre otras, las SS del TS de 13 de mayo de 1987 y 18 de noviembre de 1988» (80).

(77) DÍEZ-PICAZO, «Com. al art. 1.378», en *Comentarios a las reformas*, vol. II, pág. 1378.

(78) GARCÍA CANTERO (en CASTÁN, *Derecho civil*, t. V, vol. 1, pág. 517) exagera al afirmar que el art. 1.378 se interpreta «unánimemente por la doctrina en el sentido de establecerse una nulidad absoluta, no susceptible de convalidación o confirmación, ni de que el Juez otorgue supletoriamente su consentimiento», pero esta afirmación debe tenerse en cuenta como criterio del autor.

(79) PEÑA BERNALDO DE QUEROS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, pág. 263, nota 137. «Consentimiento» no es sólo la autorización prevista en el antiguo art. 1.413 CC —que la R. de 6 de octubre de 1966 consideró insuficiente para que el marido, que había obtenido ese consentimiento de la mujer, donase un bien ganancial—.

(80) MONTES PENADÉS, en *Derecho de familia*, dir. V.L. MONTES y E. ROCA, pág. 264.

6. Apoderado

Puede un apoderado hacer donaciones con poder expreso. «Cabe que el donante las otorgue por sí [las donaciones], o por medio de mandatario con poder expreso al efecto, como establece el art. 1.713 CC para todos los actos y contratos de enajenación o riguroso dominio»; «no es necesario que en el poder que con dicho fin se otorgue, se describan detalladamente las fincas objeto de la donación, bastando que se exprese, sin que deje lugar a duda, cuáles son éstas»; la aceptación puede hacerse al donante «en la persona de su mandatario; no corresponde al Registrador comprobar si queda al donante lo necesario para vivir conforme a sus circunstancias (R. de 5 de agosto de 1907).

Sin embargo, es muy dudoso que pueda concederse un poder general para donar. Como se ha escrito, con toda razón, «es harto improbable que quepa otorgar a un representante un poder general para donar, teniendo en cuenta el carácter *intuitu personae* de la donación (la «mera liberalidad del bienhechor» del art. 1.21 A) y la necesidad de que sea en cada caso el titular del patrimonio quien estime los merecimientos o necesidades del donatario o el afecto que le profesa, y la propia capacidad de sacrificio en relación con su situación familiar y patrimonial. Se trata de unas apreciaciones que, por su naturaleza, no cabe delegar: es el propio donante, y no otra persona, quien se halla en situación de realizarlas» (81).

En cuanto a la extensión del poder, si se ha concedido «para enajenar», sin precisar que comprende los actos a título gratuito, estos no deben entenderse comprendidos en él (82).

7. Ausentes

Los representantes del ausente no pueden hacer donaciones hasta cinco años después de la declaración de fallecimiento (art. 196 CC).

8. Fundaciones

Es dudoso que las fundaciones puedan donar. La regulación que el art. 19 LF hace de las enajenaciones en general no es aplicable a las gratuitas. El principio de conservación del patrimonio fundacional justifica el criterio negativo. La relación entre los epígrafes de los arts. 19 y 20 LF lo revela

(81) LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 2º, capítulo actualizado por RAMS, pág. 96.

(82) Vid. en este sentido AVILA NAVARRO, *La representación con poder*, pág. 78.

con claridad. Naturalmente, cuando la donación implique cumplimiento del fin fundacional (asistencial, sanitario, docente...) será plenamente admisible.

B. *Capacidad para aceptar donaciones*

1. Sujetos a patria potestad

I. Aceptación

a) «Toda persona que tenga capacidad natural de entender y de querer tiene aptitud para aceptar donaciones» (ex art. 625, R. de 3 de marzo de 1989, relativa a dos menores de edad de 16 y 17 años, que aceptan por sí mismos). No se exige, para aceptar donaciones, la capacidad general para contratar {ex art. 626 *a sensu contrario*}. Cuando se trata de actos «que agotan su completa efectividad en una en una ventaja jurídica neta para el incapaz», puede éste —con voluntad y juicio suficiente— actuar por sí, sin intervención de su representante legal. «La intervención del tutor sólo es necesaria cuando la situación del incapaz pueda resultar perjudicada, no cuando sólo sólo resulte favorecida» (83).

b) Por los menores sin tal «capacidad natural de entender y de querer» deben aceptar las donaciones sus padres. Estos podrán hacerlo sin necesidad de obtener autorización judicial.

c) En algún caso puede existir contraposición de intereses entre el padre donante y el hijo menor donatario, y en ese caso será necesario el nombramiento de defensor judicial. «Puede en principio autorizarse la concurrencia en un solo sujeto jurídico de la doble cualidad de donante y donatario, máxime cuando es el padre quien la asume; pero han de quedar fuera de esta autorización aquellos actos a título gratuito que, por envolver una posible contradicción de intereses o un peligro inmediato o remoto de los derechos pertenecientes a los hijos menores de edad, necesitan para su perfección la concurrencia de una persona especialmente encargada de evitar el perjuicio presente o futuro, la cual en el régimen actual del Derecho familiar español, no puede ser otra que el defensor judicial» (R. de 29 de diciembre de 1922).

d) La aceptación de donaciones condicionales u onerosas hechas a menores de edad deben ser aceptadas, en todo caso, por sus padres —o legítimos representantes, en general— (art. 626).

(83) Ambas citas son de GORDUXO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986, pág. 210, que traslada a nuestro ámbito la idea de los *zustimmungsfreie Geschäfte*, y la aplica, entre otros, al supuesto del art. 626 CC.

e) Los padres —o el defensor, en su caso— deben realizar la notificación al donante que ordena el art. 631 CC (naturalmente, y aunque el precepto no lo diga, esta obligación sólo existirá en el caso de que la aceptación se haya realizado en escritura separada: art. 633). Es indudable que este precepto no se refiere sólo a la representación voluntaria, sino que abarca también la legal. Entra en el ámbito de la calificación registral el comprobar que se ha efectuado esa notificación; porque, sin ella, la donación o no se ha perfeccionado —según la jurisprudencia más constante (STS de 8 de abril de 1926, 1 de diciembre de 1948, 13 de noviembre de 1962, entre otras, y R. de 5 de agosto de 1907), en cuyo caso no se ha transmitido la propiedad, y no cabría por tanto inscripción— o es aún revocable —según la interpretación de un sector doctrinal (84), lo que no impide que la propiedad se transmita—.

II. No aceptación

Para no aceptar donaciones ofrecidas a los hijos menores no necesitan obtener los padres, tras la reforma de la LO 1/1996, autorización judicial (se ha suprimido del art. 166, párr. 2 CC la referencia a la «repudiación» de donaciones, que además de incorrecta —porque las donaciones no repudian— planteaba el problema de la mera actitud pasiva de no aceptar).

2. Sujetos a tutela

I. Aceptación

El tutor puede aceptar donaciones —ordinarias, condicionales u onerosas—, sin necesidad de cumplir ningún requisito. Puede aceptar incluso, en nombre del tutelado, la donación de bienes suyos (del tutor); si éste tiene prohibido adquirir a título gratuito bienes del tutelado (art. 221, 1.⁹ CC), adquirir a título oneroso bienes del mismo, y transmitirle a título oneroso bienes propios (art. 221, 3.⁹ CC), no tiene sin embargo prohibido transmitir al pupilo, a título gratuito, bienes propios, lo que puede hacer sin autorización judicial. Si la donación hecha por el tutor, con bienes propios, al pupilo, lleva consigo cargas que favorezcan a aquél, debería aplicarse por analogía la doctrina de la R. de 29 de diciembre de 1922 (expuesta en V, § 7, B, I, c)).

(84) LALAGUNA, *LOS artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación*, RDP, 1963, pág. 275; ALBALADEJO, «Com al art. 623», en *Comentario*, Min. Justicia, t. I, pág. 1.589, LACRUZ...

II. No aceptación

Para no aceptar donaciones necesita el tutor obtener autorización judicial (art. 271, 4.⁹ CC). Pero como las donaciones no es renuncian o repudian, sino que simplemente no se aceptan —*omissio adquirendi*—, ha de interpretarse el precepto en el sentido de que para adoptar esta actitud pasiva de rechazo ha de obtener el tutor autorización judicial.

3. Incapitados sujetos a curatela

I. Aceptación

La aceptación puede hacerla el incapacitado sin asistencia del curador. No es imaginable que la aceptación de donaciones se incluya en la sentencia de incapacitación; si ésta no especifica los actos que el incapacitado no puede hacer sin intervención del curador, tampoco será necesaria la intervención del curador (ex art. 290 en relación con el art. 271 CC).

Lo mismo cabría decir respecto de las donaciones condicionales y onerosas (si la sentencia no las incluye entre los actos necesitados de asistencia); no entraría en juego el art. 290, porque esas donaciones no aparecen en la enumeración del art. 271; y tampoco entraría en juego el 626 CC por dos razones: primera, porque el incapacitado no es un incapaz («personas que no pueden contratar», dice ese artículo); segunda, porque el curador no es un representante legal («legítimo representante», dice el mismo artículo).

II. No aceptación

Tanto si la sentencia incluye la no aceptación de donaciones, como si no especifica los actos que el incapacitado no puede realizar por sí solo (ex art. 290 en relación con el 271, 4.⁹), el incapacitado no podrá renunciar donaciones sin asistencia del curador. Este no necesitará autorización judicial.

4. Cónyuges

Aunque la regla (inútil) del art. 1.053 —«Cualquiera de los cónyuges podrá pedir la partición de la herencia sin intervención del otro»— es una norma de legitimación procesal, valdría también como norma de capacidad,

a diferencia de lo que sucedía antes de la reforma de 2 de mayo de 1975 —en que valía sólo como norma procesal. Al revés ha sucedido con el art. 995 —«Cuando la herencia sea aceptada sin beneficio de inventario, por persona casada y no concurra el otro cónyuge, prestando su consentimiento a la aceptación, no responderán de las deudas hereditarias los bienes de la sociedad conyugal»—, que era una norma de capacidad antes de la reforma de 1995, y se ha convertido en una regla de eficacia.

5. Apoderado

a) Basta con que el apoderado haya recibido un poder general, para que pueda aceptar una donación hecha a su poderdante. El innecesario art. 630 CC establece que «El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante». Que el donatario tiene que aceptar lo dicen los art. 623 y 629. Que el poder no tiene que ser expreso, se deduce con toda claridad del art. 1713, párr. 2, porque la aceptación de donaciones ni es acto de riguroso dominio ni es acto dispositivo en sentido estricto.

b) El apoderado ha de notificar la aceptación al donante (cuando se haya producido en escritura separada). «Las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas a procurar la notificación y anotación de que habla el artículo 633» (art. 631 CC).

6. Asociaciones

La Ley de 24 de diciembre de 1964 sólo permite recibir «libremente» las donaciones de escasa cuantía, exigiendo, para las de cantidad o valor superior, autorización gubernativa —de distinto nivel según el montante de aquéllos (art. 9)—. Si se trata de asociaciones «reconocidas de utilidad pública» están exceptuadas de tales limitaciones. La representación de la asociación para aceptar será la señalada en V, § 3, A, 7, a).

7. Fundaciones

I. Aceptación

Corresponde la aceptación de donaciones hechas a las fundaciones, al Patronato (que puede delegar sus facultades en uno o más de sus miembros,

o nombrar apoderados generales o especiales [art. 14 LF]). Si se trata de donación *con cargas* que pueda desnaturalizar el fin fundacional, requerirá la previa autorización del Protectorado (art. 20, ap. 2 LF). De la relación entre los aps. 4 y 5 del art. 11 RD 316/1996 y de la remisión que éste hace al art. 10 del mismo RD, parece que, aun no habiéndose obtenido esa autorización del Protectorado, puede otorgarse la escritura de aceptación de donación con cargas, pero entonces debe someterse el acto a la condición suspensiva de que se obtenga en un momento posterior.

II. No aceptación

La no aceptación («dejar de aceptar») ha de hacerla el Patronato con autorización del Protectorado, o, en defecto de éste, con aprobación judicial (art. 20, ap. 3 LF). A pesar de no haberse obtenido esa autorización, el Protectorado puede renunciar a la donación hecha a la fundación, pero sometiendo la eficacia de la renuncia a la obtención de la autorización del Protectorado en un momento posterior: así parece resulta de la doble remisión a que se ha hecho referencia en el apartado anterior.

§ 8. HERENCIA

A. *Aceptación de herencia*

1. Sujetos a patria potestad

a) Pueden aceptar en su nombre los padres, sin ningún requisito, y pueden aceptar de forma pura y simple o a beneficio de inventario. La LO 1/1996, al suprimir la inciso final del párr. 2.º del art. 166 —«la aceptación de la herencia se entenderá hecha, en todo caso, a beneficio de inventario»— ha resuelto la dudas interpretativas que se planteaban sobre si esa afirmación debía entenderse aisladamente o en relación con el inciso anterior (en el sentido de que se entendía aceptada a beneficio de inventario cuando el juez denegase la repudiación que pretendían realizar los padres).

b) Si progenitor sobreviviente representa al menor, y se trata de la herencia del progenitor premuerto, es necesario el nombramiento de defensor judicial para la liquidación de la sociedad de gananciales y la aceptación de herencia. «En las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales —que son de carácter necesariamente previo para la determinación del caudal relicto— tienen evidentemente intereses contrapuestos la viuda y los herederos del cónyuge difunto. Esta oposición se da en la misma

determinación por inventario de los bienes que son gananciales, pues en su formación se plantea un problema de determinación de masas patrimoniales —ganancial, parafernales, dótiles, capital del marido— que no viene resuelto mecánicamente, pues la presunción de gananciales no es indestructible. La existencia del conflicto de intereses priva, en estas operaciones, a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea conferida a un defensor nombrado por el Juez. De no hacerse así, los actos u operaciones otorgados sólo por la viuda serán nulos por falta de la representación legal que invoca» (R. 14 de marzo de 1991).

Ahora bien, en el mismo caso de herencia del progenitor premuerto, la R. de 10 de enero de 1994, concurriendo circunstancias muy concretas —existencia, junto a los bienes privativos, de un único bien ganancial (no presuntivamente ganancial), y separación judicial de los cónyuges (por tanto, sin derechos sucesorios del supérstite)—, permite que la viuda liquide la sociedad de gananciales y acepte la herencia en nombre del hijo. «[...] La adjudicación de la única finca ganancial por mitad y proindiviso 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».

Tampoco es necesario el nombramiento de defensor judicial cuando, no debiendo practicarse liquidación de sociedad de gananciales (porque los cónyuges son de vecindad mallorquina), la aceptación de la herencia y la adjudicación de las fincas hereditarias se hace «en las mismas cuotas indivisas que se corresponden con la proporción fijada por el testador» (R. de 27 de enero de 1987). «La adjudicación *pro indiviso* de las dos fincas hereditarias es una operación sin trascendencia económica y, desde el punto de vista jurídico, supone solamente que la comunidad, sobre todo el patrimonio hereditario activo y pasivo (considerada generalmente como una figura de comunidad germánica), se transforma 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, porque las deudas de la herencia, que hipotéticamente pudieran existir, se mantienen sin variación (cfr. art. 1.084 CC)».

La misma idea de que la simple conversión de una comunidad hereditaria —germánica— en una comunidad romana, es decir, la adjudicación conforme al testamento, no entraña contraposición de intereses entre el cónyuge supérstite y sus hijos, está presente en la R. de 6 de febrero de 1995, que rechaza también la existencia de intereses contrapuestos entre uno y otros en las operaciones previas de formalización de inventario y liquidación de la sociedad de gananciales.

2. Menores emancipados

Pueden aceptar la herencia por sí solos, porque las limitaciones impuestas al emancipado han de interpretarse restrictivamente, y este acto no se encuentra mencionado en el art. 323, y porque el emancipado tiene, genéricamente, la libre disposición de sus bienes puede «regir [...] sus bienes como si fuera mayor», aunque se impongan limitaciones respecto de algunos de ellos (85). Pero la interpretación del art. 992, párr. 1 CC —«Pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de sus bienes»— no es en absoluto pacífica: para un importante sector de la doctrina, el menor emancipado puede aceptar por sí solo a beneficio de inventario, pero para aceptar de forma pura y simple, como ello compromete su propio patrimonio, necesita el complemento de capacidad de los padres o del curador (86).

3. Sujetos a tutela

Puede realizarla el tutor, con autorización judicial (art. 271, 4^º). Si realiza la aceptación a beneficio de inventario no necesita obtener autorización judicial (ex art. 271, 4.^s *a sensu contrario*; ha desaparecido del art. 992 la frase, más explícita, «si la aceptare por sí el tutor, la aceptación se entenderá hecha a beneficio de inventario», por efecto de la LO 1/1996, pero la regla se deduce del artículo anteriormente citado).

En caso de que exista conflicto de intereses entre el tutor y el pupilo, será necesario el nombramiento de defensor judicial (art. 299, I.⁹ CC), que deberá obtener autorización judicial para aceptar de forma pura y simple.

4. Incapacitados sujetos a curatela

Si la sentencia de incapacitación incluye la aceptación de herencia entre los actos que el incapacitado no puede hacer por sí solo, o no especifica los

(85) Sin embargo, los autores que se inclinan por reconocer capacidad al menor emancipado para aceptar no lo hacen de forma rotunda, PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, t. V, vol. I, pág. 202; GÉTE-ALONSO CALERA, *La nueva normativa*, pág. 139, quien afirma que esta era, además, la solución admitida en el Derecho histórico. DíEZ-PICAZO y GULLÓN aducen el argumento de que el legislador, que dedica normas particulares a menores e incapacitados en relación con la aceptación, no lo hace respecto de los emancipados, «lo que puede ser índice de que el legislador no lo considera necesario por no existir tal limitación».

(86) ALBALADEJO, *Curso*, t. V, pág. 97 (que sostiene que el emancipado sólo puede aceptar, por sí solo, a beneficio de inventario); LACRUZ, *Elementos*, t. V, Madrid, 1993, pág. 84; O'CALLAGHAN, *Comentario*, Min. Justicia, pág. 2.362.

actos que no puede realizar por sí, necesitará la asistencia del curador. «Si la sentencia de incapacitación por enfermedades físicas o psíquicas no dispusiere otra cosa, el sometido a curatela podrá, asistido del curador, aceptar la herencia pura o simplemente o a beneficio de inventario» (art. 996 CC). No necesita el curador obtener autorización judicial, cualquier que sea la forma en que se acepte la herencia (87).

Ni el curador, ni el defensor que, en caso de incompatibilidad de intereses fuese necesario nombrar, necesitarán autorización judicial.

5. Fundaciones

La aceptación de herencias ha de hacerla el Patronato (o sus delegados o apoderados: art. 14 LF), y se entenderá siempre hecha a beneficio de inventario (art. 20, ap. 1). Ni siquiera con autorización del Protectorado pueden aceptarse de forma pura y simple herencias que hubiesen sido deferidas a una fundación (88).

La posibilidad, reconocida a las fundaciones culturales privadas, de aceptar sin beneficio de inventario con autorización del Protectorado (art. 25 del D. 2.930/1972, de 21 de julio), debe considerarse hoy eliminada, teniendo en cuenta que la DD única de la Ley 30/1994 deroga «cuantas disposiciones se opongan a la presente Ley recogidas [...] en el Decreto 2.930/1972», y lo dispuesto en el citado art. 25 se opone a lo dispuesto, en forma imperativa, en el art. 20, 1 LF.

6. Apoderados

a) El poder para vender una participación hereditaria comprende el aceptar y partir la herencia, pero no la constitución de un régimen de propiedad horizontal (R. de 17 de abril de 1970).

b) El poder para vender el único bien hereditario, si bien implica la facultad de aceptar —en base al art. 1.000, 1.º CC—, no confiere facultades

(87) La Ley Orgánica 1/1996 ha agravado en este punto la situación del incapacitado sujeto a curatela. De no haberse introducido en el Código esta norma específica, la relación entre el art. 290 y art. 271, 4.º, haría que el incapacitado pudiera aceptar de forma pura y simple con intervención del curador; pero la aceptación a beneficio de inventario podría hacerla por sí sólo.

(88) La referencia a la aceptación pura y simple que hace el ap. 3, párr. 2.º del art. 11 del RD 316/1996 no puede deberse más que a un error: este apartado, por su relación con el anterior, está regulando la aceptación de legados con cargas, y los legados no pueden aceptarse de forma «pura y simple».

bastantes para realizar la liquidación de la sociedad conyugal, la división de la masa hereditaria y las adjudicaciones consiguientes (R. de 3 de noviembre de 1908).

B. *Repudiación de herencia*

1. Menores sujetos a patria potestad

a) Pueden repudiar los padres, con autorización judicial. «Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo. Si el Juez denegase la autorización, la herencia sólo podrá ser aceptada a beneficio de inventario» (art. 166, párr. 2). A diferencia de lo que sucedía antes de la LO 1/1996, en que la negativa judicial a conceder la autorización implicaba la aceptación automática a beneficio de inventario, queda a hora a la decisión de los padres el aceptar —a beneficio de inventario necesariamente— o no aceptar.

b) No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y, en concurrencia con sus padres, repudia la herencia en documento público (ex art. 166, párr. últ. CC). No parece que la expresión «consintiere» que emplea el ese artículo debe entenderse referida sólo a la voluntad positiva de «aceptar» o «querer», sino que puede abarcar también la voluntad de «repudiar o renunciar» o «no querer».

2. Menores emancipados

El menor emancipado puede repudiar la herencia por sí solo, porque el acto de repudiación no está comprendido en el art. 323, porque no es un acto dispositivo en sentido estricto —como todos los enumerados en ese artículo— y porque no compromete su propio patrimonio (89). Pero la interpretación del art. 992, en su aplicación a la repudiación de herencias, no es tampoco pacífico, no faltando autores que niegan la posibilidad de que el emancipado pueda actuar sin complemento de capacidad; algunos consideran exigible el consentimiento de los padres o del curador en todo caso (90), y

(89) Se inclinan por reconocer capacidad al emancipado para repudiar por sí sólo los autores que le reconocen capacidad para aceptar por sí; vid. nota 85.

(90) ALBALADEJO, *Curso*, t. V, pág. 97; el argumento de LACRÚZ (*Elementos*, t. V, cap. actualizado por RIVERO, pág. 84) de que el llamamiento hereditario sea un «objeto de extraordinario valor», me parece una asimilación un tanto forzada, y llevaría consigo aplicar a la herencia todo el régimen (arts. 166, párr. 1.º, 271, 2.º CC.) de los «objetos

otros sólo en el supuesto que en la herencia hubiera inmuebles, porque la renuncia a éstos implicaría una disposición de los mismos que caería en el ámbito del art. 323 (91).

3. Sujetos a tutela

Puede repudiar el tutor, con autorización judicial (art. 271, 4.⁹). También necesita el tutor obtener autorización judicial para repudiar un legado (el art. cit. extiende la exigencia a todas las «liberalidades»).

4. Incapacitados sujetos a curatela

Tanto si la sentencia la incluye, como si no especifica los actos (art. 290 en reí. con art. 271, 4.⁹), el incapacitado deberá contar con la intervención del curador para repudiar herencias.

5. Asociaciones

A pesar de la rigurosa exigencia de autorización judicial que impone el art. 993, la doctrina ha distinguido tradicionalmente entre las asociaciones de interés privado y las de interés público, y ha considerado que carece de fundamento que a las primeras se les someta control judicial en materia de repudiación de herencias. La R. de 24 de mayo de 1930 se hace eco de esta doctrina, y utiliza como uno de los fundamentos del fallo el que «los civilistas españoles dudan de que las Asociaciones [...] a que se refiere el artículo [993 CC] sean otras que las de interés público y reconocidas por la ley».

6. Fundaciones

El patronato no puede repudiar herencias sin la previa autorización del Protectorado, o, en defecto de éste, sin la aprobación judicial (art. 20, 3 LF). Debe entenderse por tanto modificado en este punto, por la *lex posterior* que es la LF, lo que dispone respecto de las fundaciones —que son, por definición, de interés público— el art. 993 CC.

preciosos», que es un concepto equivalente, porque, como escribe BERCOVITZ (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, pág. 1.118), han de entenderse por tales «todos aquéllos de mucho valor o muy costosos».

(91) O'CALLAGHAN, *Comentario*, Min. Justicia, pág. 2.362.

No obstante, parece (por la remisión que el ap. 5 del art. 11 del RD 316/1996 hace al ap. 4 del mismo, y la remisión que éste hace, a su vez, al art. 10) que, a pesar de no haberse obtenido la autorización, puede el patronato repudiar la herencia, pero debe entonces someter la repudiación, en la escritura pública, a la obtención posterior de la autorización del protectorado.

C. *Partición de herencia*

1. Menores sujetos a patria potestad

a) Pueden los padres representar a los hijos menores en la partición de la herencia a la que estén llamados, sin necesidad de requisito añadido alguno. «Cuando los menores [...] estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial», según el art. 1.060 CC.

A la vista de este artículo se puede dar al anterior su correcta interpretación. Al afirmar el art. 1.059 CC que «cuando los herederos mayores de edad no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil», no está remitiendo, cuando exista algún menor, a la partición judicial; es sólo cuando los herederos no se entendieren —y con independencia de que existan o no menores (estando éstos debidamente representados: art. 1.060 CC)—, cuando el 1.059 remite a la partición judicial.

b) Si padres e hijos están llamados a la misma herencia, es necesario el nombramiento de defensor judicial, porque en la partición —como en la disolución de comunidad— se considera que existen intereses opuestos (ex. art. 163).

Esta regla es aplicable no sólo en el caso de que el progenitor y el hijo adquieran, por herencia, cuotas en dominio, sino también cuando el progenitor adquiere una cuota en usufructo, y el hijo una cuota en nuda propiedad: «La actuación de la madre usufructuaria, aun cuando se haga en el exclusivo concepto de representante legal de sus hijos menores nudo propietarios, están comprometiendo dos intereses que en el planteamiento legal aparecen enfrentados: el suyo propio y el de sus representados. Frente a esta consideración no cabrá oponer la abstracta argumentación de coincidencia de los intereses del usufructuario y del nudo propietario de cuota en la disolución de la cosa común, en el sentido de que cuanto más reciba éste, más se beneficiará aquél, pues si ello es cierto, olvida que cómo el objeto del usufructo y nuda propiedad, de ser de una u otra especie, puede bene-

ficiar alternativamente a uno de los titulares en perjuicio del otro [...] Debe concluirse la necesidad de nombramiento de un defensor judicial que represente a los menores nudo propietarios en el acto particional (art. 163 CC)» (R. de 27 de noviembre de 1986).

No hay contradicción de intereses, y por tanto no es necesario el nombramiento de defensor judicial cuando la partición consiste en constituir condominios —ordinarios— sobre cada uno de los bienes que integran la comunidad —germánica— hereditaria, atribuyendo en aquéllas las mismas cuotas que cada uno tenía en ésta (vid. R. de 28 de enero de 1987).

c) El defensor judicial necesita aprobación judicial de la partición efectuada. «El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento» (art. 1.060, párr. 2).

d) Si la partición la realiza un contador-partidor, éste debe inventariar los bienes de la herencia, con citación de los representantes legales de los menores (art. 1.057 párr. 3).

2. Menores emancipados

El menor emancipado puede intervenir en la partición de la herencia por sí solo, sin contar con el consentimiento de sus padres o del curador. La disposición del art. 1.058 «[...] si los herederos fueren mayores y tuvieran la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente», debe entenderse en el sentido de que si actúan «como tengan por conveniente» —es decir, apartándose del testamento—, requieren la plena capacidad, pero si actúan conforme a él, no requieren esa capacidad, bastando la del menor emancipado (que no tiene limitada esta facultad por el art. 323 CC) (92). Que el menor emancipado puede concurrir por sí solo a la partición lo ha afirmado reiteradamente la DGRN: RR. de 4 de noviembre de 1896, 20 de junio de 1898, 15 de marzo de 1902, 1 de julio de 1916, 28 de mayo de 1917 —e, incidentalmente, porque se trataba de una disolución de comunidad romana— la R. 21 de

(92) Admiten, con argumentos diferentes, que el menor emancipado intervenga por sí en la partición CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, vol. II, Madrid, 1973, pág. 285), ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III, Barcelona, 1979, pág. 767), PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, t. V, vol. III, pág. 497), VALLET, *Panorama*, pág. 925), GETE-ALONSO CALERA, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, 1992, pág. 139), Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 1994, pág. 593), MANZANO SOLANO, *Partición de herencia y liquidación de la sociedad de gananciales*, Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado, núm. 59, noviembre 1985, pág. 2.304).

diciembre de 1929. No puede silenciarse, sin embargo, que un sector importante de la doctrina niega que el menor emancipado pueda intervenir en la partición sin complemento de capacidad (93).

Por otro lado, la capacidad procesal exigida por el art. 1.052 —«Todo coheredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia»— no debe agravar la capacidad civil o sustantiva (94).

Será necesario el consentimiento de los padres y, a falta de ambos, el del curador (ex art. 323), cuando se atribuya a un heredero un inmueble que hubiera sido fácilmente/divisible entre todos los llamados a la herencia; como advierte la R. de 27 de noviembre de 1986, «es doctrina reiterada de esta Dirección General, resultante de los artículos 1.059 a 1.062 CC, la de que en las particiones debe salvarse, siendo posible, la homogeneidad de los lotes, y que sólo en los casos de indivisibilidad o «grave desmerecimiento» puede excepcionarse aquella regla, sin que por ello se altere la naturaleza del acto, que seguirá siendo particional; mas cuando la heterogeneidad de los lotes no obedezca a las razones objetivas apuntadas, 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 especial y por lo que al supuesto debatido se refiere, en materia de capacidad y representación».

En definitiva: el menor emancipado puede intervenir por sí solo en la partición, pero, cuando, con ocasión de hacerla, se sobrepasa lo meramente particional —es decir, cuando los herederos distribuyen el caudal hereditario «de la manera que tengan por conveniente»—, aquéllos necesitan el complemento de capacidad; porque esa superación de lo estrictamente particional exige «mayoría de edad y libre administración de los bienes»: art. 1.058 CC.

(93) La necesidad de que el emancipado obtenga el consentimiento de sus padres o tutor para intervenir en la partición, es sostenida por la mayoría o al menos un sector destacado de la doctrina (ALBALADEJO, t. *Curso*, t. V, pág. 159; CÁMARA, *Comentario*, pág. 2.477; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, t. V, vol. 3, pág. 372). LACRUZ aplica a la intervención del menor emancipado en la partición la regla procesal del art. 1.052, y le niega en base a ella que pueda intervenir por sí mismo; pero reconoce que «la tendencia actual a ensanchar la esfera de actuación de los emancipados hace presumir que, cuando la partición se haga respetando las normas del CC sobre formación de lotes, los tribunales considerarán capaz al menor emancipado. Así lo declara, incidentalmente, la S. de 16 de mayo de 1984». A pesar de que parten del mismo presupuesto —que no puede ser distinta la capacidad para pedir la partición y la capacidad para practicarla—, llegan a una consecuencia distinta de la anterior —y por tanto que el emancipado sí puede concurrir por sí sólo— Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, págs. 572 y 593.

(94) Unifica sin embargo ambas capacidades, exigiendo la más rigurosa, LACRUZ (*Elementos*, t. V, cap. actualizado por SÁNCHO, pág. 115).

3. Sujetos a tutela

a) Puede realizarla el tutor, con aprobación judicial posterior. «No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial» (art. 272 (95)).

b) Si el tutor tiene intereses contrapuestos al del pupilo menor o incapaz, será necesario el nombramiento de un defensor judicial (art. 199, I.⁹).

c) El defensor judicial debe obtener aprobación judicial. «El defensor judicial designado para representar a un menor o incapacitado en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si éste no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento» (art. 1.060, párr. 2 (96)).

d) Si la partición la realiza un contador-partidor, éste debe inventariar los bienes de la herencia, con citación del tutor (art. 1.057, párr. 3).

4. Incapacitados sujetos a curatela

Si entre los actos especificados por la sentencia de incapacitación figurase la partición hereditaria, el incapaz podrá intervenir en la partición con asistencia del curador. Si la sentencia no hubiese especificado los actos, podrá el incapaz intervenir en la partición por sí solo (al eliminarse explícitamente la partición entre los actos para los que el tutor necesitaba autorización judicial [v. art. 272] por la LO 1/1996, se ha restringido implícitamente el ámbito del art. 290 CC, que determina la actuación del curador. El que se considere que la partición tiene carácter dispositivo no lleva consigo la aplicación del art. 271, I.⁹, porque prevalecería el art. 272 como norma específica).

En el primer caso —que la partición figurase entre los actos enumerados por la sentencia—, no es necesario que el curador obtenga aprobación judicial de la partición. No me parece suficiente el argumento, pretendidamente lógico, de que el curador, en el caso de la partición de la herencia, no debe tener mayores facultades que las del tutor y las del defensor judi-

(95) La visible colisión entre este artículo y el 1.060 ha de salvarse entendiendo que el art. 272 es una norma específica, y por tanto preferente respecto de la materia que regula. Por tanto, cuando el «representante legal» a que se refiere el 272 sea el tutor, sí necesitará aprobación judicial, porque lo exige el 1.060. Así lo entiende también la R. de 23 de julio de 1990.

(96) El nuevo párr. 2.^a añadido al art. 1.060 por la LO 1/96 ha dejado sin valor la doctrina sentada por la DGRN en RR. de 4 de abril de 1986 y 23 de julio de 1990, y ha rehabilitado la doctrina contraria, más antigua, mantenida en R. de 20 de abril de 1912.

cial (97). Téngase en cuenta que el incapacitado sometido a curatela puede, «por su grado de discernimiento», actuar por sí mismo, aunque «asistido» por el curador —que no es un representante legal (98)—. En ningún de los demás casos de asistencia (arts. 323 y 286 CC) se exige aprobación judicial de la partición. Lo que la aprobación pretende es el abuso de autonomía del representante legal, y el curador no lo es, ni tiene la misma autonomía que un representante legal, porque se limita a asistir a un acto del incapacitado. Tampoco me parece argumento suficiente el art. 1.060, interpretado *a sensu contrario*: si estando «representados legalmente» no necesitan los incapacitados «la intervención ni la aprobación judicial», cuando no actúan por representante —el curador no lo es— sí necesitan «intervención y aprobación judicial» (99). La única interpretación *a sensu contrario* que permite el 1.060 es que si los menores no están legalmente representados, será necesaria la intervención y la aprobación judicial. No se le puede hacer decir a ese artículo nada de los emancipados.

Si son opuestos los intereses del curador y los del incapacitado sometido a ella, será necesario el nombramiento de un defensor judicial (art. 299), cuya intervención en la partición no necesitará aprobación judicial —porque no la necesita el curador al que sustituye—.

5. Ausente

El representante del declarado ausente debe obtener autorización judicial para intervenir, en su nombre, en la partición de una herencia a la que estuviera llamado (ex arts. 1.040 y 1.043 LEC), salvo que el representante fuese cónyuge, hijo o ascendiente del ausente (art. 2.046 LEC).

Requisito previo a la intervención en nombre del ausente es la demostración de que éste vivía al deferirse la herencia (art. 190 CC). De no demostrarse, actúa el acrecimiento previsto en el art. 191 CC.

6. Legatario de parte alícuota

Cuando el heredero único concurre con legatario de parte alícuota, no es procedente escritura de manifestación de herencia, sino de partición, y

(97) Vid. MANZANO SOLANO, *Partición de herencia y liquidación de la sociedad de gananciales*, pág. 2.303.

(98) Vid., en este sentido, PEÑA, *Derecho de familia*, Madrid, 1989, pág. 596.

(99) Este creo entender que es el argumento de GETE-ALONSO CALERA, *La nueva normativa*, pág. 253.

ésta ha de preceder a la entrega del legado (R. de 8 de marzo de 1965). De manera que el legatario debe participar en la partición en el mismo plano que los herederos (100), y se le han de aplicar las mismas reglas de capacidad según su estado: minoría de edad, emancipación, incapacidad... Por esa aplicación analógica, la R. de 26 de marzo de 1952 exige al contador partidor que forme inventario con citación de los representantes legales de los legatarios de parte alícuota menores o sujetos a tutela (tras la reforma del art. 1.057 por la LO 1/1996, de 15 de enero, habrá de trasladarse esa necesidad de citación a los representantes legales o curadores de los legatarios de parte alícuota sometidos a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas, incluyendo por tanto a los mayores sujetos a patria potestad prorrogada [art. 171, párr. 1 CC] o a tutela por extinción de aquélla [art. 171, párr. 3.⁹] y excluyendo a los menores emancipados sujetos a curatela [art. 286, 1.^a CC]).

En apoyo de la necesaria intervención de los legatarios de parte alícuota en la partición puede aducirse el que estén legitimados para promover el juicio voluntario de testamentaría (art. 1.038, 3.^e LEC); pero esa intervención sigue encontrando oposición en un sector de la doctrina (101).

7. Apoderado

La intervención en la partición puede hacerse por medio de apoderado. El poder que faculta para particiones y ventas permite adjudicar bienes en pago de deudas a un extraño (R. de 10 de agosto de 1918). También faculta para intervenir en la liquidación de la sociedad conyugal. Implica facultad para partir —y también para aceptar— el poder concedido para vender la cuota indivisa de una herencia (R. de 17 de abril de 1970).

(100) Vid R. de 4 de noviembre de 1935. El TS ha asimilado al legatario de parte alícuota al heredero que acepta a beneficio de inventario (SS. de 16 de octubre de 1940 y 22 de enero de 1963).

ROCA afirma que, así como es potestativa la intervención de los cesionarios de alguna cuota hereditaria, es necesaria la concurrencia —en concepto de parte— de todos los legatarios de parte alícuota (*Derecho hereditario*, t. III, pág. 766). VALLET reduce esa intervención de los legatarios de parte alícuota al avalúo, la liquidación y la aomprobación del valor de las hijuelas, atribuyendo a los herederos una preferente facultad de elección del contenido de las cuotas de aquéllos (respetando, naturalmente, las proporciones fijadas del testamento) (*Apuntes de Derecho sucesorio*, Madrid, 1955, pág. 276). Esta cita, mas reciente

(101) Puig BRUTAU afirma no ya que esos legatarios no deban intervenir, sino que no pueden intervenir (*Fundamentos*, t. V, vol. 3.^o, pág. 445).

8. Arbitros

Además del nombramiento del árbitro que es, en definitiva, el contador-partidor dativo (art. 1.057, párr. 2), pueden los herederos nombrar un árbitro para que haga la partición (arts. 1 y 2 LA de 5 de diciembre de 1988), y también «será válido el arbitraje instituido por la sola voluntad del testador que lo establezca para solucionar las diferencias que puedan surgir *entre herederos no forzosos o legatarios* para cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia».

D. *Conmutación de la legítima del cónyuge viudo*

La facultad de elegir alguna de las formas de conmutación que prevé el art. 839 CC corresponde a los herederos, sean voluntarios o forzosos, testamentarios o abintestato, o incluso legatarios afectados por el usufructo legal del viudo, y tanto si aquéllos son descendientes, ascendientes o colaterales o extraños al mismo, y tanto si la cuota viudal recae sobre el tercio de mejora como si recae sobre el tercio de libre disposición (102). Los herederos han de adoptar el acuerdo de conmutar, y la forma concreta de hacerlo, por unanimidad (103). El contador-partidor no puede imponer la conmutación, según la STS de 24 de noviembre de 1960.

También tiene el testador facultad para ordenar la conmutación. El testador puede: *a)* imponer que no tenga lugar la conmutación, o que tenga lugar de una forma determinada; *b)* si existen herederos forzosos, puede imponer la conmutación siempre que recaiga en parte de la herencia libremente disponible, y aun afectando al tercio de mejora (104).

El inciso «procediendo de mutuo acuerdo» no significa que herederos y viudo hayan de ponerse de acuerdo en la forma de conmutar; la elección de la forma de satisfacer la cuota viudal corresponde a los herederos. El «mutuo acuerdo» se refiere a las incidencias de la realización o ejecución de la forma concreta dispuesta por el testador o elegida por los herederos (105).

El contador-partidor no puede decidir la conmutación. Sólo en el caso de que el testador la hubiese previsto, podrá ejecutarla o llevarla a la práctica el contador (106) (respetando la exigencia del «mutuo acuerdo», en

(102) VALLET, com. al art. 839 CC, en *Comentario*, Min. de Justicia, pág. 2.074.

(103) LACRUZ, *Elementos*, t. V, pág. 401; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, pág. 107.

(104) VALLET, *ib.*, pág. 2.075. Que el testador tenga la facultad de conmutar lo considera «inseguro» LACRUZ, *ib.*

(105) VALLET, *ib.*, pág. 1.076.

(106) PUIG BRUTAU entiende que sólo cuando el testador encarga *de manera expresa* al contador el llevar a la práctica la conmutación que ordena, pueda éste hacerlo (*Fundamentos*, pág. 108).

los términos vistos): si el testador ha precisado la modalidad concreta de conmutación, deberá el contador cumplir la ordenada; si el testador se ha limitado a ordenar que se conmute, sin señalar la modalidad concreta, el contador podrá decidir cuál haya de ser esa modalidad —facultad que tendrán también los herederos— (107).

El defensor judicial, representante del heredero único menor de edad, por incompatibilidad de su madre, usufructuaria legal, puede acordar con ella la conmutación, según declaró el TS en S. 28 de junio de 1962, que exigió autorización judicial por entregarse inmuebles.

E. *Ejecución testamentaria por albacea y partición de la herencia por contador-partidor.*

1. Albacea (108)

a) El albacea sólo puede entregar legados de inmuebles si está especialmente facultado. Según el art. 885 CC, «El legatario no puede ocupar por su propia voluntad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halla autorizado para darla». A falta de autorización testamentaria, el albacea sólo está facultado para entregar los legados que consistan en metálico (y con conocimiento y beneplácito del heredero) (art. 902, 2.ª), y son los herederos los que deben entregar los legados de inmuebles.

En el caso en que esté facultado el albacea, sólo él puede hacer la entrega del legado de inmuebles y no los herederos (ex. art. 81, c] RH).

Para que pueda tener lugar la entrega del legado por el albacea es necesario que preceda la liquidación y partición general de la herencia, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se encuentran dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos; a no ser que los expresados herederos

(107) MASIDE MIRANDA, *Legítima del cónyuge supérstite*, Madrid, 1989, pág. 178.

(108) En cuanto a la capacidad para ser albacea, según el art. 893 CC, «No podrá ser albacea el que no tenga capacidad para obligarse. El menor no podrá serlo, ni con la autorización del padre o del tutor». Entienden los autores que tampoco puede ser albacea el menor emancipado: v. CÁMARA, com. al art. 1.057, *Comentario*, Min. de Justicia, pág. 2.488; ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, t. V, Madrid, 1994, pág. 354, dando una razón muy estibable: el 893 tiene que referirse al menor emancipado, porque para excluir al no emancipado ya está el 1.263. PUIG FERRIOL entiende, por el contrario, que sí puede serlo, aunque afirma que «especialmente con referencia a los albaceas universales, no siempre resultará lo más conveniente», com. al art. 893, *ibidem*, pág. 2.184. Una exposición completa de las diversas posiciones doctrinales sobre este punto la hace el autor en com. al mismo art. en *Comentarios*, dir. Albaladejo, t. XII, vol. 2, pág. 46.

concurran también a la entrega o manifiestan su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad, pues al constituir una garantía y un derecho en favor de los mismos, claro es que pueden renunciar a él, si tienen la necesaria capacidad legal (R. de 27 de febrero de 1982 (109)). Esta necesidad de previa liquidación y partición se impone también en el caso de que el legatario esté facultado por el testador para posesionarse del inmueble legado; según la R. de 25 de mayo de 1971, esa facultad concedida al legatario puede ejercerse «cuando no hay herederos forzosos, pero no puede tener aplicación en el supuesto de que existan legitimarios interesados, dado el carácter imperativo de las normas legales que protegen sus derechos, y que hace necesaria su presencia para que no puedan resultar éstos desconocidos o vulnerados, lo que podrá tener lugar de aplicarse sin su intervención la cláusula testamentaria discutida». Por tanto, no sólo es necesario, también en este caso, la previa partición, sino que la facultad de posesionarse y de otorgar la «escritura de manifestación de legado» (art. 81a] RH) es inaplicable, y debe cumplirse lo dispuesto en el art. 885 CC.

b) El albacea puede enajenar inmuebles de la herencia, tanto si está autorizado para hacerlo por el testador, como si no lo está.

a) Si está autorizado, habrá de estarse a la voluntad del testador de que prescinda o no de los herederos para enajenar. Si no expresa lo contrario, se entiende que el albacea puede enajenar sin intervención de los herederos (110).

b') Si no está autorizado, podrá enajenar en los términos del art. 903 CC: «Si no hubiere en la herencia dinero bastante para el pago de funerales y legados, y los herederos no lo aportaren de lo suyo, promoverán los albaceas la venta de los bienes muebles; y, no alcanzando éstos, la de los inmuebles, con intervención de los herederos.

Si estuviere interesado en la herencia algún menor, ausente, corporación o establecimiento público, la venta de los bienes se hará con las formalidades prevenidas por las leyes para tales casos».

Por «intervención» de los herederos ha de entenderse la necesidad de comunicar la enajenación proyectada a los herederos, para que éstos la aprueben; si se oponen a ella, decidirá en último término la autoridad judicial sobre la procedencia o no del acto dispositivo en el caso concreto (111).

(109) En igual sentido se manifiesta la R. de 7 de abril de 1906.

(110) En este sentido LACRUZ, *Elementos*, t. V, pág. 409. ALBALADEJO considera, por el contrario, que, el testador no puede eximir al albacea de la intervención de los legitimarios aunque, sí de la de los herederos voluntarios. Y entiende también —en armonía con lo anterior—, que si se ha limitado a facultar al albacea para vender, debe éste contar —con mayor razón— con los legitimarios *Curso*, t. V, pág. 355.

(111) ALBALADEJO, com. al art. 903 en *Comentarios*, t. XII, vol. 2, pág. 202.

La expresión «herederos» incluye tanto a los voluntarios como los forzados o legitimarios (R. de 19 de julio de 1952), incluso si estos últimos han de percibir su legítima por título distinto a la institución hereditaria, como autoriza el art. 815 CC (112)

2. Contador-partidor (113)

a) El contador-partidor tiene facultad de entregar legados de inmuebles sin necesidad de estar facultado por el testador (R. de 27 de febrero de 1982). Todo lo dicho anteriormente sobre la necesidad de previa partición, a fin de presevar las legítimas, es, naturalmente, aplicable a la entrega de legados por el contador-partidor.

b) El contador-partidor, obligado a cumplir el art. 1.061 CC (114) —que impone igualdad cualitativa en las adjudicaciones—, sólo puede adjudicar bienes a un heredero —abonando a los otros el exceso en metálico (hereditario (115))—, cuando los bienes «sean indivisibles o desmerezcan mucho por su división» (art. 1.061, párr. 1 CC).

La Dirección General de los Registros ha considerado posible que el contador-partidor realice esa adjudicación a uno de los herederos —y el abono en metálico a los demás—, tratándose de un caserío vasco, único bien hereditario (R. de 23 de julio de 1925), una finca indivisible, único bien hereditario (R. de 6 de abril de 1962), «una sola y pequeña finca» (R. de 2 de diciembre de 1964). Como ha advertido la Dirección en la Res. cit. de 1962, la adjudicación del inmueble a uno solo de los herederos no supone un acto dispositivo que, en el caso de existieran menores, hiciera necesaria la aplicación del art. 163 CC. Si la adjudicación de los inmuebles a un heredero no tuviera como fundamento o causa la indivisibilidad o grave desmerecimiento previstas en el art. 1.062, párr. 1, se trataría «de un

(112) PUIG FERRIOL, «Com. al art. 903», en *Comentario*, Ministerio de Justicia, pág. 2201.

(113) Se considera que la capacidad requerida para ser contador-partidor es la misma que se exige para ser albacea. Vid., sobre esta última, nota 108. No puede ser contador-partidor el coheredero (art. 1.057), salvo que renuncia a la herencia (STS. de 18 de mayo de 1962). Tampoco el cónyuge viudo (STS. de 8 de febrero de 1892 y 13 de junio de 1898).

(114) V., en este sentido, R. de 2 de diciembre de 1964. La doctrina admite, sin embargo, que lo dispuesto en el art. 1.061 no entra en juego si el testador ha facultado expresamente al testador para partir «de la forma que estime más conveniente» o «con las más amplias facultades» (VALLET, LACRUZ, ALBALADEJO, entre otros).

(115) El metálico ha de ser hereditario (v., entre otros, CÁMARA, «Com. al art. 1.062 CC», *Comentario*, Min. de Justicia, vol. I, pág. 2505); si es metálico no hereditario, la cuestión hace tránsito al art. 841, que se trata más adelante.

acto de enajenación que escapa a las facultades del contador y requiere el consentimiento de todos los herederos» (Res. cit. de 1964).

A efecto de cumplir lo dispuesto en el art. 1.061 CC, y formar lotes o hijuelas homogéneos, puede el contador agrupar, segregar o dividir fincas (116), sin necesidad de autorización o aprobación judicial.

Distinta de la adjudicación exclusiva a un heredero, por razones objetivas (art. 1.062), e incluso de la adjudicación exclusiva a un heredero, porque el testador haya eximido al contador-partidor del cumplimiento de la igualdad cualitativa del art. 1.061, es la adjudicación exclusiva a uno *con la obligación de compensar con dinero no hereditario* (art. 841, párr. 1 CC). Este artículo no exige presupuesto objetivo alguno. Su aplicación exige, sin embargo, una atribución clara de esta facultad concreta (117). No puede entenderse comprendida en la facultad que le atribuya el testamento para adjudicar a uno la explotación (art. 1.056, párr. 2), para partir sin homogeneidad (art. 1.061), o para adjudicar a uno bienes indivisibles, sin posible oposición de los herederos (art. 1.062, en sus dos párrafos).

c) La partición la realiza el contador-partidor por sí mismo, sin intervención de los herederos (118)⁴ y es inscribible en virtud del título otorgado exclusivamente por él (119). Desde las RR. de 25 de agosto y 22 de Octubre de 1879, la DGRN ha reiterado, en multitud de ocasiones (120), que la

(116) Así lo entienden ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. III, Barcelona, 1979, pág. 749, y RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Dictámenes sobre problemas prácticos de Derecho inmobiliario*, Granada, 1987, pág. 76.

(117) V., en éste sentido, ALBALAÜEJO, *Curso*, pág. 152; también PÜIG BRÜTAÜ, *Fundamentos*, t. V, vol. 3.^o, Barcelona 1991, pág. 399. En cuanto a la relación del 841 con el 1.056 —que en una lectura superficial puede parecer que ha quedado subsumido en aquél—; téngase en cuenta que el último artículo entraña una disposición testamentaria imperativa, mientras que el primero, una disposición testamentaria eludible: los arts. 842 a 844 convierten la *orden* de pago en metálico en una *opción* del heredero o herederos a quienes se adjudica el caudal hereditario.

Como, además, el contador-partidor sólo está «autorizado» (art. 841) adjudicar los bienes a un heredero ó herederos, él mismo puede decidir no hacerlo, si lo considera conveniente. LACRUZ entiende (atribuyendo al testador una facultad que, a mi juicio, y a la vista del art. 841, no tiene) que el testador puede «ordenar imperativamente» al contador-partidor que realice esa adjudicación, en cuyo caso, si ningún heredero favorecido con el caudal se opone, habrá de cumplirse (*Elementos*, t.^o V, eap. actualizado por DELGADO ECHEVERRÍA, pág. 386).

(118) Salvo que se trate de contador-partidor dativo, cuya partición requiere confirmación expresa de todos los herederos y legatarios y, en su defecto, aprobación judicial, según el art. 1.057, párr. 2 CC,

(119) En la calificación de la partición hecha por contador-partidor debe tenerse presente la limitación que impone la STS. de 12 de diciembre de 1906:

(120) RR. de 22 de enero de 1898, 18 de mayo de 1900, 11 de septiembre de 1907, 19 de junio de 1929, 17 de abril de 1943, 15 de julio de 1943, 3 de agosto de 1944... También la jurisprudencia del TS ha reiterado que la partición hecha por contador no

partición realizada por contador-partidor es inscribible sin necesidad de que conste la aceptación (de la herencia) de los herederos. Y como la partición hecha por el contador-partidor es «reputada como si hubiese sido hecha por el causante» no necesita ser aprobada por los herederos (R. de 27 de diciembre de 1982).

Si entre los coherederos hay menores o incapacitados (o, más exactamente, si hay «alguno sometido a patria potestad o tutela, o a curatela por prodigalidad o por enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas»), el contador-partidor deberá inventariar los bienes de la herencia con citación de los representantes legales o curadores de dichas personas (art. 1.057). En el caso de que la curatela se haya constituido para asistir a menores emancipados —porque los padres hubieran fallecido, o hubieran quedado impedidos para el ejercicio de la asistencia—, el tutor no tiene que citar al curador: la reforma del art. 1.057 CC por LO 1/1996, de ha quitado la razón al Tribunal Supremo, que sostuvo que sí era necesario en S. de 16 de mayo de 1984, entendiendo que el término «menor» englobaba a los emancipados. La misma reforma ha extendido implícitamente la exigencia de curatela a los mayores de edad sujetos a la patria potestad prorrogada del art. 171, párr. 1.^a CC.

Se exige citación, no asistencia. La citación puede hacerse de cualquier forma; «es válida de cualquier forma que se haga, siempre que contenga la indicación del objeto, lugar y fecha» (STS de 26 de noviembre de 1955). No es necesario que, además de a los representantes legales o curadores, se cite a los herederos mayores de edad y demás interesados en la herencia; sostuvo la necesidad la S. de 23 de diciembre de 1973, pero esta doctrina, a la vista de la redacción dada al art. 1.957, párr. 3.^o por la LO 1/ 1966, ha de considerarse superada. La partición —y la escritura en la que se realiza o se inserta— debe expresar la edad de los herederos, de lo contrario adolecerá de defecto subsanable (R. de 21 de diciembre de 1909).

Si los representantes legales (o curadores) tienen intereses opuestos a los de los menores o incapacitados, la citación al inventario deberá hacerse al defensor judicial, como advirtió ya una resolución de 13 de mayo de 1916. La DGRN ha afirmado reiteradamente que, aunque existan menores o incapacitados no es necesaria la aprobación judicial de la partición realizada por el contador-partidor (RR. de 5 de octubre de 1900, 2 de agosto de 1909, 17 de mayo de 1910).

Cuando a la partición concurren los herederos y la aprueban, no por ello se altera su carácter unilateral y se convierte en contractual —con la trascendencia que ello tiene en orden a la capacidad—; tampoco si los herede-

requiere aprobación de los herederos, por ser un acto unilateral: SS. de 3 de diciembre de 1965, 2 de noviembre de 1957, 17 de junio de 1963, 18 de febrero de 1987.

ros hacen algo más que aceptar (el contador «pudo inquirir la opinión de los herederos, suavizar los criterios contradictorios y armonizar las diversas pretensiones, para el mejor cumplimiento», dice la R. de 6 de marzo de 1930) la partición deja de tener carácter unilateral.

Ahora bien, en determinados casos, la intervención de los herederos en la partición hecha por el contador-partidor es de tal alcance que desnaturaliza su carácter unilateral: vid. RR de 30 de junio de 1914 y 9 de enero de 1918. En tal caso han de aplicarse las reglas de la partición hecha por los herederos (con los requisitos exigidos si hay menores o incapacitados).

Existiendo contador-partidor, no pueden los herederos hacer la partición: «Cuando el testador no hubiese hecho la partición, *ni encomendado a otro esta facultad*, los herederos [...] podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente» (art. 1.058 CC). Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el testador puede prever la partición por contador-partidor como supletoria de la que hagan los herederos de común acuerdo (121). Tampoco pueden pactar la indivisión cuando el testador ha nombrado contador-partidor (122).

Confirma que los herederos no pueden prescindir del contador-partidor (123) la R. de 28 de abril de 1945: «[...] el art. 1.057 determina para los herederos la obligación de someterse a las operaciones divisorias que realice el nombrado, y pasar por ellas absteniéndose en principio de realizarlas directamente por sí o por medio de personas que nombraren al efecto, puesto que esta conducta equivaldría a desconocer y dejar desvirtuada la designación hecha por el testador» (124). La S. de 16 de febrero de 1962 señala, en esa misma línea, que «los herederos sólo podrán disponer libremente de los bienes hereditarios distribuyéndolos como les plazca cuando no exista comisario contador, o haya fenecido el plazo otorgado a éste para realizar su cometido» (125). Este es un criterio generalizado en la doctrina (126).

(121) Cláusula testamentaria que recomienda MENÉNDEZ-VALDÉS GOLPE, «¿Pueden partir los herederos habiendo contador-partidor?», *RDN*, 1970, pág. 174.

(122) Díez-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema*, t. IV, pág. 590.

(123) Como no pueden prescindir tampoco de la partición hecha por el testador (la frase «se pasará por ella», del art. 1.056, párr. 1.º, no puede ser más expresiva). Si pactan adjudicaciones distintas a ella, éstas entrañarán acuerdos traslativos, que requerirán la capacidad adecuada a actos de esa naturaleza. No pueden los herederos tampoco ignorar la prohibición de dividir impuesta por el testador.

(124) Ya habían sostenido esta doctrina las RR. de 22 de octubre de 1897 y 15 de julio de 1943.

(125) Sin una doctrina tan explícita, ese es el mismo criterio que subyace en el fallo de la S. de 15 de junio de 1988.

(126) Cossío, *Instituciones de Derecho civil*, vol. 2, Madrid, 1975, pág. 999; PUIG BRUTAU, *Fundamentos*, t. V, vol. 3, pág. 377; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, IV, pág. 590. Como indica acertadamente CÁMARA, «la designación de contador en el testamento puede obedecer al designio de proteger a algún heredero al que se supone pueda ser víc-

Ahora bien, en determinados casos pueden hacer los herederos la partición, aun existiendo contador-partidor nombrado. Pone de relieve la resolución citada, que «como hay que reconocer que, por variadísimas circunstancias, pueden haber caducado las facultades del comisario, y a su vez la limitación del poder dispositivo de los herederos, mantenida indefinidamente equivaldría al cierre del Registro, se hace necesario permitir la inscripción de la partición otorgada por los herederos cuando por el tiempo transcurrido sin aceptar ni ejecutar el mandato, y por las circunstancias de fallecimiento, incapacidad o ausencia de los comisarios que el Notario haya puesto de relieve, se venga en conocimiento de su licitud y eficacia» (127).

d) El contador-partidor puede, con intervención necesaria del cónyuge sobreviviente (128), liquidar la sociedad de gananciales (129). Esta facultad engloba la calificación de la naturaleza de los bienes adquiridos o aportados (R. de 8 de febrero de 1957).

tima de la mayor gabilidad, expediencia o prepotencia de sus coherederos» (*Comentario*, Min. Justicia, t. I, pág. 2.492). LACRUZ entiende, sin embargo, que los herederos, por acuerdo unánime, pueden prescindir del contador (*Elementos*, t. V, cap. actualizado por SANCHO, pág. 130); también ALBALADEJO (*Curso*, t. V, 1994, pág. 149), que sin embargo considera que los herederos deben respetar la prohibición de dividir impuesta por el testador [*ib.*, pág. 130], lo que me parece incongruente, porque si no tienen que respetar el nombramiento de contador no tendrán que respetar tampoco la prohibición de dividir.

(127) No debe olvidarse, sin embargo, que la R. de 3 de julio de 1926 impide al Registrador apreciar —o calificar— la caducidad del cargo de contador. Como advierte esa resolución, y también las de 23 de julio de 1910 y 30 de enero de 1911, los herederos pueden ampliar el plazo legal concedido al contador (ex art. 906), y esa prórroga puede ser expresa o incluso tácita. Sin embargo, en el caso de la R. de 11 de octubre de 1982, en que el propio contador manifestaba la fecha en que tuvo conocimiento de su nombramiento, y de la propia escritura resultaba la caducidad del cargo, la DG confirma la nota en que el Registrador advertía el defecto de que «los trabajos particionajes concluyeron fuera del plazo que establece el artículo 904 CC, siendo necesario que ratifiquen los demás interesados en la sucesión tales operaciones».

En apoyo de la conveniencia de que el Registrador aprecie, al menos en esos casos, la caducidad del cargo, ha de señalarse que, según el TS, la partición llevada a cabo por el contador fuera de plazo es nula de pleno derecho, es decir, con nulidad insanable y definitiva (S. de 30 de octubre de 1970).

(128) La necesaria intervención del sobreviviente la ha reiterado la DGRN: RR. de 14 de marzo de 1903, 26 de febrero y 30 de abril de 1906, 11 de septiembre de 1907, y otras muchas; entre las más recientes, la de 30 de junio de 1992.

Si el contador-partidor ha prescindido, al liquidar la sociedad de gananciales, de la intervención del cónyuge sobreviviente, el acto no queda subsanado por la posterior aprobación judicial (R. 31 de enero de 1912), pero sí por la aprobación del cónyuge, con lo que se encuentra completa la representación de ambas partes interesadas en dicho acto, y sin que sea además necesaria la intervención de los herederos (R. de 29 de enero de 1908).

(129) Los obstáculos doctrinales que se advierten a la posibilidad de que el contador liquide la sociedad de gananciales los pone de relieve LACRUZ, *Elementos*, t. V, pág. 155), aunque reconoce que la práctica y la jurisprudencia los ha superado absolutamente.

e) Tienen carácter particional, y pueden realizarse por el contador-partidor, las siguientes operaciones:

a') Colación, fijación de legítimas y reducción de legados. La R. de 9 de marzo de 1927 permite que las haga por sí mismo el contador-partidor, pues tienen «indiscutible carácter particional», y sostiene que «si debe el comisario convocar a los interesados y pactar con ellos, concluiría con la forma unilateral de las particiones de referencia y se introducirían en los instrumentos notariales correspondientes una serie de relaciones jurídicas y de supuestos extraños a las declaraciones de la persona a quien el testador ha confiado la misión de explicar, fijar y ejecutar su última voluntad». Ya habían afirmado que el contador-partidor está facultado para fijar el importe de las legítimas las RR. de 22 de enero de 1898 y 16 de junio de 1922). En concreto respecto de la reducción de legados, la R. de 14 de abril de 1969 consideró válida la adjudicación por el contador-partidor de un número de fincas menor de las que habían sido legadas, a causa de que, por exceder su valor de la parte de que el causante podía disponer libremente, tuvo que proceder a su reducción.

b') Determinación de bienes reservables. Afirma la R. de 14 de abril de 1969 que «al formar parte los bienes reservables de la herencia del reservista, podrá el albacea contador-partidor designado por el testador con amplias facultades, resolver todas las incidencias de las operaciones particionales, entre las que se encuentra la de fijar reservas sin necesidad de que hayan de comparecer los reservatarios como herederos del difunto, ya que en este caso, la partición no tendría carácter unilateral al intervenir otras personas para el cumplimiento y ejecución de su última voluntad».

c') Reducción de donaciones inoficiosas. Entienden los autores que el contador-partidor puede calificar la inoficiosidad de donaciones hechas por el causante, pero para la eficacia registral que ello implique, será indispensable la conformidad del donatario cuya donación se reduzca total o parcialmente, o la del Juez en su caso (130).

d') Aplicación del derecho de acrecer. Puede —y debe— realizarla el contador-partidor —al igual que debe tener en cuenta la renuncia que un heredero le haya comunicado—, pues de lo contrario sería errónea la partición. Y tal aplicación cae dentro de la calificación registral (131), como cae también la errónea aplicación del derecho de acrecer hecha por el contador-partidor contraviniendo una cláusula testamentaria que disponga una sustitución vulgar.

(130) CAMY, *Comentarios*, v. III, pág. 468.

(131) Opina lo contrario, es decir, que la aplicación del derecho de acrecer por el contador no es calificable, CAMY, *ib.*, pág. 470.

e') Valoración de las desheredaciones e incapacidades para suceder. Si la desheredación realizada en el testamento responde a una justa causa expresada en él, debe tenerla en cuenta el contador (no si la desheredación se ha hecho sin causa: R. de 30 de abril de 1906); también debe tener en cuenta las causas de incapacidad que no requieran prueba alguna para apreciarla.

f) Adjudicaciones para pago de deudas hereditarias hechas a coherederos (es decir, para que el adjudicatario proceda a enajenar el bien adjudicado y con su importe pagar todo o parte del pasivo hereditario).

g') No puede el contador-partidor realizar adjudicaciones para pago de deudas en favor de extraños, ni tampoco adjudicaciones en pago de asunción de deudas hereditarias (en las que el adjudicatario se hace dueño del bien adjudicado, con obligación de pagar la deuda de que se trate), sea en favor de uno de los coherederos (la R. de 9 de noviembre de 1938 declaró que no era acto particional, sino acto de enajenación, la adjudicación hecha a la viuda en pago de los gastos de última enfermedad y entierro; sin embargo, la de 6 de noviembre de 1912 consideró «acto propio de partición» la adjudicación hecha a la viuda en pago de las cantidades que había adelantado a sus hijos a cuenta de la legítima) o sea en favor de extraños (132). Y no puede realizar en ningún caso esas adjudicaciones en pago de asunción de deudas porque se trata de actos de disposición (133) que requieren el consentimiento de todos los herederos.

No puede realizar tampoco adjudicaciones en pago de una deuda del causante, porque se trata de una modalidad de dación en pago —un acto dispositivo— que excede del ámbito particional y que el contador-partidor no puede realizar sin el consentimiento de los herederos (R. de 10 de enero de 1919).

F. Interpretación del testamento

Tanto si el testador le ha encomendado la facultad de interpretar el testamento, como si no lo ha hecho, el contador-partidor puede entender la última voluntad de la forma que crea más procedente, siempre que respete el testamento y las leyes.

Como ha declarado la R. de 27 de diciembre de 1982, «es reiterada jurisprudencia de este Centro que los contadores-partidores a que se refiere

(132) Las hechas a favor de extraños caen fuera de las facultades del contador: R. de 20 de noviembre de 1933.

(133) Como dice con exactitud PUIG BRUTAU, las adjudicaciones en pago son ventas, o en todo caso enajenaciones a título oneroso: se transmite la propiedad de un bien a cambio de la obligación asumida por el adjudicatario de satisfacer determinadas deudas (*Fundamentos*, t. V, vol. 3.^o, pág. 417).

el artículo 1.057 del Código Civil tienen amplias facultades para interpretar y cumplir la voluntad del testador, y al efecto pueden hacer las declaraciones unilaterales necesarias, pero [...] no con su libérrimo arbitrio, sino con sujeción estricta al testamento, que constituye la norma fundamental de la sucesión, y sin que tales facultades alcancen a realizar una partición en la que presumiblemente se refleja una voluntad que no está racionalmente en concordancia con la del testador» (134). Como es lógico, y puntualiza la R. de 14 de septiembre de 1964, los contadores «no podrán alterar o modificar caprichosamente el contenido de las cláusulas testamentarias con el pretexto de una fiel interpretación porque ésta, conforme al artículo 675 del Código Civil, deberá ser sistemática y atenerse al sentido literal de las palabras cuando no aparezca que fue otra la voluntad del testador».

La STS de 24 de febrero de 1968 permite incluso al contador-partidor hacer una interpretación correctora e integradora del testamento, afirmando que pueden «subsana o corregir los defectos y otras transgresiones de la voluntad testamentaria», porque si bien tienen «ciertamente la obligación de respetarla», no han de hacerlo «nunca de un modo ciego o automático, sino ajustándose siempre a lo dispuesto en la ley, y subsanando en este sentido los defectos u omisiones de aquélla».

Naturalmente queda siempre a salvo lo dispuesto en el art. 1.075 CC: la posibilidad de impugnar la partición si ésta no se ajusta a la que «racionalmente» pueda presumirse que fue la voluntad del testador.

§ 9. CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA

A. *Capacidad para constituir hipotecas*

1. Menores sujetos a patria potestad

a) Los padres pueden constituir hipoteca sobre un inmueble del menor, obteniendo autorización judicial (art. 166 CC).

b) Si los padres tienen intereses opuestos a los del hijo (por ej., si garantizan una deuda del hijo con sus padres, o una deuda de los padres con un tercero), es necesario el nombramiento de un defensor judicial (art. 166 CC), que habrá de obtener autorización judicial (135).

(134) Insisten en reconocer la facultad interpretativa del contador las RR. de 15 de julio de 1943, 28 de marzo de 1944, 28 de abril de 1945, 18 de diciembre de 1951, 26 de marzo de 1952 y 6 de abril de 1962, entre otras.

(135) Vid. lo que se dice sobre *venta* de bienes de menores en V, § 3, A, b).

c) Por aplicación de la doctrina del «negocio complejo», pueden los padres —sin autorización judicial— adquirir un inmueble para el hijo y constituir hipoteca en garantía del precio aplazado (136) (y, por supuesto, pueden adquirir, también sin autorización, un inmueble gravado con hipoteca (137)).

d) Si el hijo es mayor de 16 años, y consiente en documento público la constitución de hipoteca, no es necesaria la autorización judicial (art. 166, párr. 3). Como la ley habla, genéricamente, de «documento público», puede ser el de constitución de hipoteca u otro distinto.

e) El mayor de catorce años puede constituir hipoteca testamentaria, pues para ello basta la capacidad para testar (señalada en el art. 663 CC).

2. Menores emancipados

a) El menor requiere, para constituir hipoteca, consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, el de su curador (art. 323 CC).

b) Si existe conflicto de intereses entre el menor emancipado y los padres, es necesario el nombramiento de defensor judicial.

c) Si el bien hipotecado pertenece también (en algún tipo de comunidad) al cónyuge del menor emancipado, y este es mayor de edad, basta con que ambos presten consentimiento para la válida constitución de la hipoteca. Si el cónyuge es menor, deben concurrir, además, los consentimientos de los padres o tutores de uno y otro (art. 324 CC).

Ahora bien, si el menor emancipado tiene un interés contrapuesto al de su cónyuge o al de alguno de los representantes contemplados en el inciso final del art. 324, sí será necesario el nombramiento de defensor judicial (ex art. 299, 1.^ª).

d) Aplicando la doctrina jurisprudencial del «negocio complejo», puede el menor emancipado, en un caso concreto, constituir hipoteca por sí sólo: cuando a la vez compra el inmueble y constituye una hipoteca en garantía del precio aplazado. Como afirma la R. de 13 de mayo de 1968 —y luego reitera

(136) Distinto de este supuesto es el de compra de un inmueble para el hijo y constitución de hipoteca sobre el mismo para obtener dinero con que pagar la adquisición de aquél. No se da, en éste supuesto, la conexión necesaria para que pueda hablarse, propiamente, de «negocio conexo». Vid. V, § 9, A, % d).

(137) ¿Pueden subrogar al menor en el préstamo hipotecario? El argumento que se ha dado (*Casos prácticos*, en *Lunes* 4,30, Registradores de la Comunidad Valenciana, vol. I, caso n.º 410, pág. 102) para responder negativamente —que él menor estaría obligado a responder con todos sus bienes propios— me parece insuficiente. De todas sus obligaciones —contraídas válidamente por los representantes legales en nombre del menor— responde éste con sus bienes propios, y para contraer obligaciones no se exige autorización judicial.

la de 4 de noviembre del mismo año—, «en la escritura calificada se observa que la voluntad de las partes ha sido crear un nexo entre dos negocios típicos, de por sí independientes —compraventa e hipoteca— para formar uno solo, tal como se deduce de la contemporaneidad de las declaraciones y de la unidad del documento, en donde el pacto de hipoteca se encuentra tan ligado al contrato de compraventa, que sin él no hubiera tenido lugar [...]. El negocio concluido por las partes entra dentro de la categoría de los llamados por la doctrina negocios complejos, de naturaleza unitaria porque entre los elementos heterogéneos que los constituyen, hay —como declaró la STS de 3 de julio de 1941— una soldadura tan íntima en un solo nexo, que sería inútil pretender que se mantuviese su sustancia jurídica separando sus elementos componentes», y en donde las diversas declaraciones emitidas, aparecen fundidas en una síntesis, al confluir en un único negocio que es resultado de las variadas causas que en él concurren».

No «confluyen en un único negocio» —para utilizar la terminología de la resolución citada— la compraventa y la hipoteca constituida en garantía de un préstamo recibido para pagar el inmueble. Aunque, económicamente, existe la misma conexión que en el supuesto anterior, no puede decirse lo mismo desde el punto de vista jurídico; no se da, además, en este segundo caso, la unidad documental que exige la Res. de 1968.

Sí se produce confluencia en un negocio único en el caso de compraventa con constitución hipoteca por vía de reserva (caso de la R. de 18 de septiembre de 1969). Pero en ese caso, quien constituye la hipoteca es el vendedor —y a su favor—, por lo que el menor adquiere el inmueble ya gravado con hipoteca.

3. Sujetos a tutela

a) El tutor puede constituir hipoteca sobre un inmueble del pupilo, previa autorización judicial (138) (art. 271, 2.^a).

b) Si existe conflicto de intereses entre el tutor y el pupilo, es necesario el nombramiento de defensor judicial (art. 299, I.⁹).

El nombramiento de defensor judicial no elude la necesidad de autorización judicial, por las razones que se han expuesto.

Si el conflicto consiste en que el tutor constituye una hipoteca a su favor sobre un inmueble del pupilo, no cabe salvarlo con nombramiento de de-

(138) Por la doctrina de los negocios complejos, parece que el tutor, que puede comprar inmuebles sin necesidad de autorización judicial, podría también, sin ella, constituir hipoteca en garantía del precio aplazado.

fensor judicial. Al decir el art. 1.549 CC que «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona alguna intermedia [...] el tutor [...] los bienes de la persona o personas que estén bajo su tutela», esta prohibiendo también —a juicio de los autores— la adquisición de otros derechos reales.

4. Incapacitados sujetos a curatela

Si la sentencia de incapacitación que somete al incapacitado a curatela incluye la constitución de hipoteca entre los actos que aquél no puede hacer por sí sólo, como si la sentencia no contiene enumeración de actos (esto último, ex art. 290 en reí. con art. 271, 1.^a CC), el incapacitado no podrá constituir hipoteca sin consentimiento del curador.

En caso de conflicto de intereses entre curador e incapacitado será necesario el nombramiento de defensor judicial (art. 299, 1.^a), que asista o intervenga en la constitución de hipoteca realizada por el incapacitado. El defensor no necesita obtener autorización judicial, como tampoco lo necesita el curador cuando es él quien completa la capacidad del incapacitado.

5. Cónyuges

a) Si se trata de bienes gananciales o presuntivamente gananciales, es necesario el consentimiento de ambos (arts. 1.377 CC y 93, 2 y 94, 3 RH).

b) Por aplicación de la doctrina del «negocio complejo», cualquiera de los cónyuges puede, por sí solo, adquirir un inmueble y constituir hipoteca en garantía del precio aplazado [ex R. de 13 de mayo de 1968 (139)].

c) Si se trata de bienes privativos puros o privativos por confesión, basta con el consentimiento del titular.

Si se trata de bienes privativos por confesión y ha fallecido el cónyuge confesante, es necesario que concurra el consentimiento de los herederos forzosos de éste (art. 94, 4 RH).

Si el bien privativo es la vivienda habitual de la familia, para constituir hipoteca es necesario el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1320 CC). Este consentimiento para hipotecar la vivienda habitual no debe considerarse implícito ni en el consentimiento para hipotecar bienes

(139) El presupuesto de esta resolución —anterior a la reforma del régimen económico del matrimonio— es que el marido es el administrador de la sociedad de gananciales. Este presupuesto podría reconducirse hoy al supuesto de cónyuge administrador de los bienes presuntivamente gananciales.

gananciales ni en el poder concedido para hipotecar bienes privativos del poderdante (140).

6. Apoderado

Según el art. 1.713, para hipotecar se necesita mandato expreso, o, lo que es lo mismo, poder especial (de poder especial habla el art. 139 LH). Por tanto:

a) No es suficiente un poder «para enajenar», porque la constitución de hipoteca no supone una enajenación.

b) Tampoco es suficiente un poder «para vender», por la misma razón (R. de 22 de abril de 1898).

c) Tampoco un poder «para practicar operaciones registrales», R. de 6 de septiembre de 1982.

d) Tampoco un poder «para tomar dinero a préstamo» (R. de 5 de diciembre de 1961), como es igualmente insuficiente para tomar dinero a préstamo el poder concedido para hipotecar (R. de 18 de noviembre de 1960).

e) Sí han de considerarse suficientes los poderes «para realizar toda clase de actos de administración y disposición», «para realizar actos de riguroso dominio» (fórmula empleada por el art. 1.713, englobando la constitución de hipoteca), «para la constitución de toda clase de cargas reales» (esta última fórmula en R. de 29 de septiembre de 1965), «para gravar» (fórmula de la R. de 24 de octubre de 1986).

En cuanto a la interpretación de la extensión del poder para hipotecar, la DGRN ha afirmado:

a) Los poderes generales concedidos en el ámbito mercantil incluyen toda clase de actos u operaciones, incluso de riguroso dominio, que recaigan sobre objetos comprendidos en el giro o tráfico de la sociedad (RR. 31 de marzo de 1979 y 24 de octubre de 1986).

b) La atribución al apoderado de todas las facultades —salvo las indelegables— que corresponden al órgano de administración, evidencia el carácter general del apoderamiento, y la inclusión en él de los actos de carácter dispositivo incluidos en el giro o tráfico de la sociedad (R. de 14 de octubre de 1986).

c) El poder concedido para constituir hipotecas en garantía de las cantidades que se tomen a préstamo y se destinen a la construcción, no cabe

(140) Sobre esta cuestión vid. V, § 3, A, 5, b).

ampliario al otorgamiento de hipotecas en garantía de reconocimiento de deuda por el apoderado, resultante de relaciones comerciales mantenidas en relación con la construcción en el solar que se hipoteca (RR. de 29 de septiembre y 11 de octubre de 1983).

d) El poder conferido para constituir hipoteca a favor de determinados Organismos no permite al apoderado constituir la a favor de una persona física (R. 5 de diciembre de 1961).

e) El poder para constituir hipoteca «en garantía de las cantidades que se tomen a préstamo y se destinen a construcción» no faculta para «todos aquellos supuestos que no se encuentren dentro del contexto de la cláusula, y por eso no cabe ampliarlo a casos no expresamente indicados, como lo sería la constitución de hipoteca en base a un reconocimiento de deuda hecho por el apoderado» (R. de 29 de septiembre de 1983).

7. Ausentes

El representante del ausente puede constituir hipoteca «en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Juez» (art. 186, párr. 3 CC).

8. Asociaciones

a) En la amplia expresión «disposición o enajenación de bienes» que emplea el art. 10, ap. 3 del D 1.440/1965, de 20 de mayo, habrá de entenderse comprendida la constitución de hipoteca, por lo que será necesario que el representante de la asociación (vid. V, § 3, A, 7) obtenga autorización de la asamblea general, que deberá acordarla con las mayorías señaladas en el ap. 4 del mismo artículo.

b) Las asociaciones deportivas sólo pueden hipotecar bienes inmuebles, cuando la hipoteca «no comprometa de modo irreversible el patrimonio de la entidad o su objeto social»; y necesitan autorización del Consejo Superior de Deportes cuando la hipoteca tenga por objeto inmuebles financiados, en todo o en parte, con fondos del Estado (art. 36, 2 LD).

9. Fundaciones

a) En representación de la fundación ha de constituir hipoteca el patronato, previa autorización del protectorado (art. 19, 1 LF). El RD 316/1996 permite (art. 10, 3), a pesar de esa exigencia legal, que se pueda otorgar la

escritura de constitución de hipoteca (y, en general de cualquier «gravamen») antes de haberse obtenido la autorización del protectorado, pero sometiendo el acto a la condición suspensiva de que se obtenga la autorización.,

b) Si no se trata de inmuebles que formen parte de la dotación, ni de inmuebles que estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, ni de inmuebles que representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance anual, se dará cuenta inmediata al protectorado (141).

B. *Adquisición de hipotecas*

El acreedor hipotecario ha de tener «la capacidad general para contratar» (R. de 15 de diciembre de 1953). En un caso será necesaria, indirectamente, autorización judicial: cuando la acepte el tutor en representación del pupilo y la hipoteca garantice —como sucede en la mayoría de los casos— un préstamo de dinero. Porque, según el art. 271, 8.º CC, es necesaria esa autorización «para dar [...] dinero a préstamo».

C. *Capacidad para cancelar hipotecas*

1. Menores sujetos a patria potestad

No requieren los padres autorización judicial, cuando la cancelación tenga su base en el pago de la deuda garantizada con la hipoteca. «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» (178, 2 RH). En los demás casos es necesario que los padres obtengan autorización judicial, porque deben aplicarse las reglas previstas para la enajenación de bienes inmuebles, para cumplir la finalidad del art. 164 CC, que establece una serie de garantías en defensa y protección del patrimonio de todo menor de edad (R. de 26 de octubre de 1964).

2. Sujetos a tutela

La semejanza de supuestos y la identidad de razón, permiten aplicar el art. 178, 2 RH a la cancelación por pago de hipotecas constituidas a favor de una persona sujeta a tutela. El tutor no necesitará, en ese caso —«por

(141) Resulta indudable que esta notificación habrá de acreditarse para inscribir en el Registro de la Propiedad.

pago»— autorización judicial (142). Si la cancelación se produjera por renuncia al derecho de hipoteca entraría, además, en juego el art. 271, 3.º CC.

3. Menores emancipados

No requieren complemento de capacidad para cancelar hipotecas constituidas a su favor. «Podrán practicarse las cancelaciones otorgadas exclusivamente por los menores emancipados o que hubieren obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad» (art. 178, 3). Pero este apartado no contiene la precisión del que le precede en el art. 178, lo que plantea el problema de la cancelación por renuncia: parece que cuando tenga ese origen será necesario, por la incidencia del art. 323 CC, que se obtenga el complemento de capacidad.

4. Cónyuges

a) Si la hipoteca es ganancial, es necesario el consentimiento de ambos (art. 93, 3 RH).

b) Si la hipoteca figura inscrita a favor uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales, puede cancelarse —aunque sólo por pago— con el consentimiento del cónyuge titular del crédito. Aunque del art. 94, 3 RH derivaría la necesidad del consentimiento de ambos, por la naturaleza dispositiva de la cancelación, el art. 178, 5 dispone que «basta el consentimiento del cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido el crédito para la cancelación por pago de la hipoteca que lo garantice, aun cuando conste inscrita para la sociedad de gananciales».

c) Si la hipoteca se ha constituido a favor de uno de los cónyuges con carácter privativo, sólo podrá cancelarse con su consentimiento (art. 95, 3 RH).

5. Apoderados

a) La interpretación estricta de los poderes debe extremarse cuando el acto tienda a cancelar situaciones legítimas creadas en el Registro de la

(142) En este sentido, AMORÓS GUARDIOLA, com al art. 271 en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid 1986, pág. 553, AVILA ALVAREZ, *Comentarios a las reformas hipotecarias de 1982-1984*, Madrid, 1985, pág. 192, GONZÁLEZ LAGUNA, *Bienes de menores y Registro de la Propiedad*, RCDI, n. 570, septiembre-octubre de 1985, pág. 1.194. La doctrina de la Resolución de 24 de febrero de 1896 no debe considerarse vigente, y debe ceder ante la aplicación analógica que hoy puede hacerse del art. 178, 2 RH.

Propiedad o a disminuir el patrimonio del poderdante (R. de 23 de enero de 1943). El poder para cancelar debe ser expreso (R. de 24 de abril de 1936).

b) La cancelación es un acto de desprendimiento de derechos que equivale a la enajenación (143), por lo que la facultad de recibir pagos no implica la de extinguir hipotecariamente la garantía de la deuda (R. de 25 de octubre de 1932).

c) Por equivaler la cancelación a una enajenación, a efectos de capacidad, si se actúa en representación, se requieren para para cancelación las mismas autorizaciones exigidas para la enajenación (STS. de 28 de mayo de 1965 y 28 de septiembre de 1972).

d) El poder para constituir hipotecas no es bastante para cancelarlas. «El que hubiera autorización para ^v exigir y aceptar garantías' y el haber sido satisfecho el crédito en relación con el carácter accesorio del derecho de hipoteca no basta para justificar la cancelación pretendida, acto que por su trascendencia requiere, conforme a la Ley, la declaración judicial o el consentimiento expreso de las personas a cuyo favor conste inscrito el derecho» (R. de 29 de marzo de 1935).

e) En el caso particular de la cancelación por confusión, el poder para comprar permite solicitar la cancelación de una hipoteca por confusión (o consolidación), cuando ésta es resultado de la compra efectuada, por efecto de la cual coinciden en unas mismas personas las condiciones de acreedores y deudores hipotecarios (R. de 19 de noviembre de 1947).

f) El poder que autoriza para cobrar créditos no autoriza para cancelar hipotecas (RR. de 25 de junio de 1884, 24 de septiembre de 1891 y 17 de junio de 1893)

§ 10. MODIFICACIONES HIPOTECARIAS

1. Menores sujetos a patria potestad

Pueden los padres realizar, sin ningún requisito añadido, modificaciones hipotecarias de inmuebles del menor.

El que los padres sean cotitulares, con los hijos, del inmueble que se divide, segrega, agrega o agrupa no parece implicar contraposición de intereses: si se trata sólo de modificaciones hipotecarias, no pueden variar las cuotas de dominio que tenían en la finca matriz en relación con las que tienen en la finca (o fincas) resultantes. Podrían existir intereses opuestos

(143) Criterio que, respecto de la representación legal, expresa el art. 178, 1 RH.

si agregan o agrupan una finca común (de los padres y el hijo) a una finca ajena porque entonces cabe variación de cuotas (ex art. 45, párr. 3 RH)); además, y como se ha dicho al tratar la constitución de comunidad, la agrupación de inmuebles de distintos propietarios no es un simple acto de riguroso dominio —como lo son las modificaciones hipotecarias—, sino un acto de disposición en sentido estricto.

2. Menores emancipados

Los emancipados pueden realizar modificaciones hipotecarias sin el consentimiento de sus padres o, en su caso, del curador. Porque las modificaciones hipotecarias no son actos de disposición en sentido estricto —son actos de riguroso dominio—, y por tanto no son «enajenaciones» (cfr. art. 323).

3. Sujetos a tutela

Pueden los tutores, pero sólo con previa autorización judicial, realizar modificaciones hipotecarias sobre inmuebles del pupilo. Las modificaciones hipotecarias deben considerarse comprendidas entre los «actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción», para los que exige autorización judicial el art. 271, I.⁹ CC: téngase en cuenta que este precepto utiliza la idea de acto dispositivo en contraposición a «enajenación a gravamen» (contempladas en el primer inciso de ese mismo n.⁹ 1.⁵), y por tanto sólo puede referirse a los actos de riguroso dominio —en el sentido señalado al comienzo de estas páginas—: y no hay duda de que las modificaciones hipotecarias tienen este carácter.

4. Incapacitados sujetos a curatela

Tanto si la sentencia de incapacitación menciona las modificaciones hipotecarias, como si no especifica los actos que el incapacitado no puede realizar por sí solo (art. 290, en relación con el 271, 1.⁹), éste necesitará la intervención del curador para realizar modificaciones hipotecarias. Es cierto que estas modificaciones no son actos dispositivos en sentido estricto, pero sí son actos de riguroso dominio, y es a ellos a los que se refiere este inciso del n.^o 1, como se ha señalado en el apartado anterior. El curador no necesita autorización judicial.

5. Comuneros

Para realizar modificaciones hipotecarias es necesario el consentimiento de todos los comuneros (RR. de 19 de noviembre de 1964 y 6 de marzo de 1978). La razón no es sólo que se trata de actos de riguroso dominio, sino también que se trata de actos de «alteración» de la cosa común: art. 397 CC.

6. Cónyuges

a) Si se trata de bienes gananciales, las modificaciones hipotecarias han de realizarse conjuntamente por ambos cónyuges (ex arts. 1.375 CC y 93, 2 RH).

b) Si se trata de bienes adquiridos por uno de los cónyuges para la sociedad de gananciales, las modificaciones hipotecarias de los mismos pueden hacerse por el cónyuge titular registral (ex art. 1.384 CC: «Serán válidos los actos de administración de bienes [...] realizados por el nombre a cuyo nombre figuren [...]»; y 93, 4 *in fine*).

c) Si se trata de bienes presuntivamente gananciales, pueden realizarse las modificaciones por el cónyuge titular registral. «Serán inscribibles las agrupaciones, segregaciones o divisiones de estas fincas, las declaraciones de obra nueva sobre ellas, la constitución de sus edificios en régimen de propiedad horizontal y cualesquiera otros actos análogos realizados por sí solo por el titular registral» (art. 94, 2 RH).

d) Si se trata de bienes privativos por confesión, puede el titular realizar modificaciones hipotecarias, antes y después del fallecimiento del cónyuge confesante (ex art. 95, 4 RH, pues tales modificaciones no son «actos de disposición»).

7. Apoderado

a) Es necesario un poder que autorice «para realizar actos de riguroso dominio» (RR. de 23 de febrero de 1929 y 19 de diciembre de 1942, entre otras). Según la R. de 19 de junio de 1990, las modificaciones hipotecarias caen dentro del ámbito del art. 1.713, párr. 2 CC. Teniendo en cuenta la interpretación jurisprudencial de este precepto —que considera los actos dispositivos como una subespecie de los actos de riguroso dominio (v., entre otras, STS de 22 de junio de 1966), y por tanto en el sentido estricto de actos de enajenación o gravamen—, no debería considerarse suficiente un poder «para realizar actos de disposición».

b) El poder conferido para vender una finca no faculta para segregar y vender una parte de ella (RR. de 28 de julio de 1928 y 19 de junio de

1990, aunque en el caso contemplado por esta última el poder autorizaba para vender y «realizar todo lo que sea necesario y útil, incluso si no está explícitamente previsto en el poder». Tampoco faculta para realizar modificaciones hipotecarias el poder que permita vender «por el precio y condiciones que estimare oportunas» el apoderado: R. de 28 de julio de 1928; aunque la R. de 19 de diciembre de 1942 sostiene el criterio contrario [el poder para vender «en las condiciones que estime el mandatario» comprende la facultad de segregar], lo hace ante un supuesto de hecho que es determinante del fallo: el apoderado es marido de la apoderada, y dice la R. que «es lícito presumir que se hallaba autorizado con la confianza y extensión que presupone la existencia del vínculo marital» y que existía «una relación íntima con su mandante, de quien puede recibir constantemente instrucciones»).

§ 11. NEGOCIOS SOBRE EL RANGO HIPOTECARIO

1. Menores sujetos a patria potestad

a) Para realizarlos han de obtener los padres autorización judicial (art. 166 CC), por tratarse de negocios de disposición en sentido estricto. En el caso de la reserva de rango, como surge al tiempo que la hipoteca, no parece necesaria una autorización distinta de que la que el juez tiene que conceder a los padres para constituir la hipoteca. La posposición y la permuta, como son actos distintos de la constitución misma, necesitan una específica autorización judicial.

b) En caso de que existan intereses opuestos entre los padres y el hijo (p. ej., se permuta una hipoteca del hijo en favor de una condición resolutoria establecida a favor de los padres, constituidas ambas —hipoteca y condición— en un inmueble ajeno), será necesario el nombramiento de defensor judicial (art. 163 CC). El defensor ha de obtener autorización judicial.

2. Menores emancipados

Sólo puede realizar los menores emancipados negocios sobre el rango hipotecario con asistencia de sus padres, y a falta de ambos, del curador (ex art. 323 CC).

No parece atendible el argumento que emplea la Dirección General en su R. de 20 de junio de 1898 para considerar que puede un emancipado posponer el rango de una hipoteca constituida a su favor, sin necesidad de

asistencia paterna: que «no está comprendida entre las limitaciones que impone aquel precepto taxativamente [el 317, hoy 323 CC], la posposición del derecho de hipoteca». Tampoco acierta la resolución al no considerar que existan intereses opuestos entre el padre, que, por sí, constituye la hipoteca que gana rango, y el menor, que pospone la suya, con asistencia del padre. Hay actos de clara naturaleza dispositiva que es necesario considerar incluidos en el art. 323 CC, a pesar de no estar nombrados, como la renuncia de derechos inmobiliarios, las cancelaciones registrales, la agrupación con fincas colindantes de otros propietarios.

3. Sujetos a tutela

Para negociar el rango hipotecario de derechos de los que sea titular el pupilo, necesita el tutor autorización judicial, tanto si la causa de la posposición o la permuta es onerosa como si es gratuita, pues en ambos casos se trata de «actos de carácter dispositivo susceptibles de inscripción» (art. 271, 2 CC), y en el segundo caso, un acto de «disposición a título gratuito» (art. 271, 9.º CC), y también de una «renuncia de derechos» (271, 3 CC) —el derecho a un determinado puesto en el rango—.

En caso de incompatibilidad de intereses actuará el defensor judicial (art. 299, 1.º CC), que requerirá autorización judicial.

4. Incapacitados sujetos a curatela

El incapacitado sujeto a curatela necesita la asistencia del curador para celebrar negocios sobre el rango hipotecario, tanto si la sentencia de incapacitación incluye esos negocios entre los necesitados de asistencia, como si no especifica los que no puede realizar por sí mismo el incapacitado, porque en este último caso resulta así de la relación del art. 290 con el 271 CC.

§ 12. Transacción

La capacidad para transigir no es la determinada por el aforismo *transigere est alienare*, que exigiría en todo caso capacidad para disponer, ni la determinada por la R. de 6 de diciembre de 1947, de la que resultaría la suficiencia de la capacidad para obligarse. La transacción ni es siempre traslativa ni es siempre declarativa. Como indicó la STS de 24 de abril de 1941 con una fórmula muy vaga, pero a la vez muy clarificadora, la tran-

sacción requiere facultad dispositiva cuando las relaciones jurídicas sobre las que recae o pueda recaer el acuerdo envuelvan un negocio que rebase el límite de los actos de mera administración. La capacidad necesaria para la transacción es la capacidad necesaria, en cada caso, para realizar las prestaciones en que consista. La transacción es el acuerdo de evitar un pleito o de ponerle término, y puede llevarse a cabo de maneras muy distintas: «dando, prometiendo o reteniendo» (art. 1.809 CC); la capacidad para transigir, según ésta se realice o se desarrolle a través de dar, retener o prometer (144), no puede ser la misma.

a) Si se trata de transacción pura en que una de las partes «da» un inmueble —es decir, el titular actual (aunque discutido), transmite la propiedad del mismo al otro transigente—, aquél necesitará capacidad para disponer, pero no éste, que bastará con que tenga capacidad para obligarse.

b) Si se trata de transacción pura en que una de las partes «retiene» un inmueble —es decir, el titular actual (aunque discutido) conserva la propiedad del mismo—, bastará con que ambos tengan capacidad para obligarse.

c) Si se trata de transacción pura en que una de las partes «promete» un inmueble —es decir, el titular actual (aunque discutido) se obliga a transmitir la propiedad del mismo—, será necesario, en el promitente, capacidad para disponer, y bastará en el promisorio capacidad para obligarse. Cabría plantear aquí, incidentalmente, si la transacción cuyo contenido consista en una promesa de transmitir un inmueble es un acto inscribible en el Registro, o cae en el ámbito de la prohibición del art. 9 RH y de la rigurosa jurisprudencia registral sobre la inscribibilidad (o más bien, no inscribibilidad) de la promesa de venta (RR. de 12 de marzo de 1864, 16 de noviembre de 1902 y 21 de septiembre de 1908). La solución creo que debe ser favorable al acceso al Registro. Esta «promesa» del art. 1.809 no es una obligación de constituir un derecho real (primer inciso del art. 9 RH), porque en esta modalidad de transacción hay únicamente una obligación de entrega; ni tampoco se trata de una obligación de celebrar «en lo futuro» un determinado contrato (segundo inciso del art. 9 RH), porque el contrato —título— se ha celebrado ya —es la transacción—. La «promesa» del art. 1.809 genera en el transigente promisorio un *ius ad rem*, de indiscutible inscribibilidad (145).

(144) Este diverso contenido de la transacción no está constituido por contratos diversos, como pretende la STS de 8 de marzo de 1933.—según la cual, dentro de la transacción se comprenden figuras contractuales diversas— sino sólo por prestaciones diversas, que pueden recae a su vez sobre objetos diversos.

(145) Sobre la vía de acceso del *ius ad rem* al Registro, y todas las demás cuestiones registrales que esa figura suscita, vid. LA RICA, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1949, págs. 144 y ss.

d) Si se trata de transacción compleja, es decir, la prestación recae sobre un inmueble no controvertido, será necesario, en el que disponga de él, capacidad para disponer, y en el que lo adquiere, capacidad para obligarse.

A la vista de esta interpretación, algunas reglas del CC sobre capacidad para restringir resultan lógicas para transigir y otras no:

a) Art. 1.713: para transigir se requiere poder expreso. Es una regla lógica, porque la transacción *puede* requerir un acto dispositivo, y al concederse un poder para transigir se está permitiendo que, entre otras cosas, se disponga de las cosas controvertidas o incluso de otras que formen parte del patrimonio del poderdante.

b) Art. 1.811: el tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código. El Código prescribe en el art. 271, 3.º que el tutor necesita autorización judicial para transigir en cuestiones en que el tutelado estuviere interesado. Es una regla igualmente lógica, porque la heterogeneidad del contenido de la transacción —que puede ir desde «retener» un bien mueble hasta «dar» un bien inmueble— hace conveniente el control judicial.

c) Art. 1.810: para transigir sobre bienes y derechos de los hijos bajo patria potestad se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos. «Lástima que no se haya superado [en la reforma de la Ley 11/81] la aplicación literal del antiguo aforismo *transigere est alienare*», como escribe GULLÓN (146). La regla del art. 1.810 no es lógica. Si los padres pueden disponer a título oneroso de bienes muebles —y la transacción es contrato oneroso—, no se entiende porqué han de necesitar autorización para «dar» e incluso para «retener» un bien mueble en virtud de una transacción. Si se trata de inmuebles, tampoco es lógico que los padres necesiten autorización judicial para «retener» un bien inmueble que ya estaba integrado en el patrimonio del hijo antes de que un tercero se lo discutiera.

d) Por lo demás, de los artículos —1.713, 1.810 y 1.811 CC— no se puede deducir que la transacción sea siempre, por su naturaleza, un acto de disposición (147). Como escriben con todo acierto PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, «no cabe exigir la capacidad de enajenar en otros casos, en tanto que, por virtud de la transacción, no se trate de enajenaciones» (148). Por tanto:

(146) GULLÓN BALLESTEROS, *Comentario*, Min. Justicia, t. II, pág. 1.770.

(147) Sucede aquí algo parecido a lo que se indica en V, § 2, 2: de los arts. 271, 1.º y 1.548 no puede deducirse que arrendar por más de seis años sea un acto de disposición.

(148) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, notas a ENNECERUS-LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, vol. II, 2.ª parte, Barcelona, 1966, pág. 856.

a') El menor emancipado necesitará asistencia de sus padres o del curador cuando el contenido de la transacción consista en «dar» un inmueble, pero no en «retenerlo» —es decir, en conservar un inmueble que ya estaba en su patrimonio—.

b') El incapacitado sujeto a curatela podrá transigir por sí mismo si la sentencia no se lo impide; si la sentencia no enumera los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, de la relación entre los arts. 290 CC y 271, 3º CC resulta que será necesaria esa asistencia, cualquiera que sea el contenido de la transacción.

c') El apoderado al que se le ha autorizado para transigir, sin restricciones, podrá realizar transacciones puras o complejas, y por tanto podrá realizar actos dispositivos sobre los inmuebles controvertidos o sobre inmuebles que forman parte del patrimonio del poderdante y que no sean objeto de la controversia —siempre, naturalmente, que el acto dispositivo derive del acuerdo transaccional—. No puede compartirse la doctrina de la R. de 25 de enero de 1868, según la cual el poder para transigir no es bastante para la enajenación —consecuencia del convenio transaccional— de bienes del poderdante.

d') Las fundaciones podrán transigir por medio del patronato (que puede delegar sus facultades en uno o más de sus miembros, o nombrar apoderados generales o especiales [art. 14 LF]), pero necesitarán autorización del protectorado si la transacción tiene por objeto inmuebles que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, o representen un valor superior al 20 por 100 del activo de la fundación; si se trata de otros bienes inmuebles, bastará con que se comunique la transacción, inmediatamente después de haberse efectuado, al protectorado (art. 19 LF). La falta de autorización previa no impide que se acuerde la transacción, pero deberá entonces someterse el negocio a la condición suspensiva de la obtención posterior de aquella autorización (ex art. 10, 3 RD 316/1996).

e') A las demás personas jurídicas no se les puede extender la regla del art. 1.812 CC —«las corporaciones que tengan personalidad jurídica sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes»; aunque se ha hecho una interpretación amplia de este precepto (149), no hay razón para imaginar que el Código ha prescindido, al llegar al art. 1.812, del sentido que da al término «corporación» en los arts. 35 y 37 —personas jurídico-públicas de base asociati-

(149) Como la que hacen OGAYAR (Comentarios, dir. ALBALADEJO, t. XXII, vol. 2º, Madrid, 1979, pág. 30) y LASARTE, (*Principios de Derecho Civil*, Madrid, 1995, pág. 376) entendiendo que el art. 1.812 se refiere, genéricamente, a todas las personas jurídicas.

va (150)—. A las transacciones realizadas por corporaciones se aplican, como a todo contrato celebrado por la Administración y que no tiene carácter administrativo, las reglas generales de competencia y de procedimiento comunes a todos los contratos celebrados por ella (151); debe tenerse en cuenta la particularidad de que está prohibido transigir sobre derechos de la Hacienda pública, aunque esa «prohibición» no es absoluta: cabe que se realice mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, con audiencia del Consejo de Estado (requisitos comunes a las transacciones sobre derechos de la Hacienda estatal [art. 40 LPE] y a las transacciones sobre derechos de las Haciendas locales [art. 180 TR de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local]).

VI. RÉGIMEN DE LA INEFICACIA Y CALIFICACIÓN REGISTRAL

A lo largo de las páginas que preceden se han ido exponiendo los diferentes requisitos necesarios —de capacidad, y en ocasiones de legitimación— para la plena eficacia de los negocios jurídicos sobre inmuebles. Se examinan ahora, desde la perspectiva contraria de la ausencia de esos requisitos, y agrupados por categorías homogéneas, los diversos supuestos en que tales negocios jurídicos inmobiliarios son ineficaces, para tratar de precisar el alcance de la calificación registral en cada uno de esos supuestos

§ 1. INCAPACIDAD NATURAL

A diferencia de algún Ordenamiento europeo, como el alemán, en que se fija una edad que delimita la incapacidad de obrar absoluta de la capacidad restringida de los menores (152), en el Derecho español no existe esa delimitación legal. Es necesario, por tanto, determinar en cada caso, cuando no se ha prestado consentimiento por falta de entendimiento, en cuyo caso «no hay contrato» (art. 1.261 CC), y cuando sí se ha prestado consentimiento por existir el suficiente entendimiento. «Por debajo de esta edad [los 18

(150) De ahí que domine en la doctrina la idea que el art. 1.812 se refiere únicamente a ellas; vid, por todos, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, vol. II, pág. 493, y, en la doctrina administrativista, GARRIDO FALLA, *Derecho administrativo*, vol. II, Madrid, 1992, pág. 32, nota 33.

(151) GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1993, pág. 671.

(152) Según el § 106 BGB, «Ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist nach Massgabe der §§ 107 bis 113 in der Geschäftsfähigkeit beschränkt».

años] —dice la R. de 3 de marzo de 1989— habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 CC), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad». Pero, aún en este segundo tramo de la minoría de edad, el menor «no tiene poder para disminuir directamente el contenido jurídico de su patrimonio [...] En cambio, le cabe la posibilidad, casi ilimitada, de adquirir [...]» (153). Puede aceptar por sí una donación simple (no condicional ni onerosa) (ex art. 626), y por analogía, puede aceptar la renuncia de derechos, aceptar una hipoteca, y aceptar un cambio de rango hipotecario que mejore la situación de un derecho del menor (154).

Frente a la nulidad radical del negocio celebrado por el menor que carece de conocimiento suficiente, el negocio celebrado por el menor con conocimiento suficiente, más allá de esa limitada esfera adquisitiva, es anulable. Si en este segundo caso procede la suspensión o la denegación del acceso al Registro, parece que debe resolverse en el primer sentido. Por un lado, existe consentimiento contractual, y por otro, existe la posibilidad de confirmación —puesto que en el contrato han concurrido los requisitos del art. 1.261 CC (art. 1.310 CC)—. Si los representantes legales de quien podría ejercitar la acción de anulación (art. 1.312 CC) confirman el contrato dentro de la vigencia del asiento de presentación, el acto conservaría la prioridad derivada de aquél (155).

No es éste sin embargo el criterio mantenido por la Dirección de los Registros en la R. de 9 de febrero de 1906. El Registrador había denegado la inscripción de una venta porque una otorgante tenía 19 años; la Dirección confirma la nota, e implícitamente el alcance —denegatorio— de la calificación: «con arreglo a los artículos 1.261 y 1.263 del Código Civil, son nulos los contratos celebrados por los menores de edad, por no poder prestar el debido consentimiento, sin ser tampoco válida su ratificación, porque, conforme a lo establecido en el artículo 1.310, solamente son confirmables los contratos en que además de objeto y causa concurra el consentimiento de los contratantes, requisito que por la razón indicada no podía existir en el caso actual». Confunde esta resolución la causa de la ineficacia, que no es la falta de entendimiento del menor, sino la tutela que la ley le dispensa; el rechazo de la confirmabilidad no es más que una consecuencia de esa confusión.

(153) DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. II, pág. 182.

(154) DE CASTRO, *ibidem*, pag. 183.

(155) Como indica DELGADO ECHEVERRÍA, «por el incapaz puede confirmar —lo mismo que podría pedir la anulación— su guardador legal» (*Comentario*, Min. Justicia, t. II, pág. 568).

En la R. de 1 de julio de 1920 se corrobora la denegación de una aceptación de herencia realizada por un menor, pero en este caso parece considerar la Dirección que no hay existido consentimiento, porque aduce «la incapacidad de un niño de diez años para realizar declaraciones de tal trascendencia y tanta responsabilidad».

§ 2. DEFICIENCIA DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL

Cuando el negocio es realizado, en representación del hijo, por uno de los progenitores, siendo necesario el consentimiento de ambos, o por uno de los tutores, siendo la tutela plural (art. 236 CC) sin carácter solidario (art. 237, párr. 2 CC) (156), adolecerá de nulidad absoluta, por falta de poder suficiente. Cabrá, naturalmente, la ratificación ex art. 1.259 CC, entendiéndose aquí que «la persona en cuyo nombre se otorgue» es, en el primer caso citado, el otro progenitor, y en el segundo caso, el otro u otros tutores.

La calificación habrá de ser denegatoria. A pesar del principio «la ratificación equivale al mandato» (arts. 1.259 y 1.892 CC), la ratificación no puede mantener la preferencia derivada del asiento de presentación; la ratificación no puede hacer que el título ratificado se anteponga a los títulos intermedios: no puede perjudicar a terceros. «Los efectos retroactivos del negocio jurídico bilateral ratificado —dice rotundamente la R. de 3 de marzo de 1953 referida a un supuesto de falta de representación voluntaria, pero cuya doctrina puede extenderse a la falta de representación legal— han de entenderse sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el interim por los terceros». «La ratificación produce efectos *ex tunc* entre las partes contratantes». En el caso contemplado en esa resolución, se habían presentado sucesivamente una cesión en pago, un mandamiento de embargo y la ratificación de la primera. «La escritura de cesión, otorgada sin que a la sazón constara en documento público el poder de representación de uno de los cesionarios [...] no puede perjudicar, a efectos registrales, al anotante por embargo que obtuvo la protección señalada en el artículo 44 de dicha Ley [LH], porque aquél documento careció en su origen de plena eficacia jurídica [...], y porque cuando la escritura de ratificación fue presentada en el Registro y se solicitó la conversión de la anotación preventiva [la anotación por defectos subsanables, que se había extendido] con efectos referidos al primitivo asiento de presentación, quedó de manifiesto la falta de

(156) A estos supuestos podría asimilarse el de actuación de uno solo o de dos de los tres síndicos que han de actuar conjuntamente en las situaciones de concurso de acreedores (art. 1.210 LEC) y quiebra (art. 1.346 LEC).

poder con que se otorgó la primera escritura y, en su consecuencia, había conseguido prioridad la anotación del embargo decretado en juicio ejecutivo contra el cedente».

§ 3. FALTA DE AUTORIZACIÓN O APROBACIÓN JUDICIAL

Los actos realizados por los padres (art. 166 CC) o por el tutor (art. 271 CC) sin autorización judicial son radicalmente nulos, por ser contrarios a la ley. Aunque hay unanimidad en la doctrina en cuanto al grado de ineficacia, no lo hay en cuanto a su causa (157). La calificación registral debe ser denegatoria. Comparto la opinión de que la falta de autorización previa puede convalidarse con la aprobación judicial posterior (158); pero esta convalidación no puede perjudicar a los títulos presentados en el Registro entre el acto otorgado sin autorización y la aprobación judicial del mismo; la convalidación no puede tener efecto retroactivo frente a terceros, porque ello implicaría hacer equivalente a la autorización previa la aprobación posterior, cuando la ley exige que la intervención judicial sea previa.

La R. de 19 de agosto de 1982 afirma que la renuncia de derechos realizada por el tutor sin la debida autorización (anterior art. 275, 1.º; actual art. 271, 3.º CC) «queda sometida a la norma general del número 3 del artículo 6 del Código Civil y arrastra la nulidad absoluta del acto realizado», y confirma la denegación expresada por el Registrador.

§ 4. Restricciones de la capacidad de obrar

Al igual que los negocios celebrados por un menor con suficiente juicio, los realizados por un incapacitado son anulables (ex arts. 1.300 y 1.301 CC). Registralmente procede su suspensión, y cabrá que sus representantes legales lo confirmen dentro de la vigencia del asiento de presentación.

Se trata restricciones a la capacidad de obrar análogas a las que pesan sobre el incapacitado, pero con la particularidad de que tanto el menor emancipado asistido por sus padres, el incapacitado sujeto *potestad asisten-*

(157) Para PEÑA se trata de actos celebrados por quien no tiene poder suficiente (*Derecho de familia*, págs. 538 y 592); para AMORÓS la autorización judicial es un requisito de validez (*Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, pág. 545); para GÓMEZ OLIVEROS la actuación sin autorización equivale a un negocio realizado con extralimitación del poder (*Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, RCDI*, nº 565, pág. 1.441); para la mayor parte de la doctrina se trata de una vulneración de normas imperativas.

(158) En este sentido, AMORÓS, *ibidem*; en contra, PEÑA, *ibidem*.

cial paterna prorrogada (159), y el emancipado, el incapacitado y el pródigo sujetos a curatela prestan por sí mismos el consentimiento negocial. Las consecuencias del acto realizado por tales personas son anulables. El Código guarda silencio sobre este punto cuando la asistencia la prestan los padres, pero es claro cuando corresponde prestarla al curador: «Los actos jurídicos realizados sin intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código» (art. 293 CC).

La calificación registral del negocio realizado por el emancipado o incapacitado más allá de los límites de los arts. 323, 288 y 290 debe ser suspensiva de la inscripción; la prestación de consentimiento por los padres o el curador, realizada dentro de la vigencia del asiento de presentación, hará que se mantenga la prioridad de aquél negocio.

¿Qué consecuencias tiene la asistencia prestada por uno sólo de los progenitores? (160). Muy distinta sin duda de la representación del menor o incapacitado ejercida sólo por uno de los padres que ejerce la patria potestad, a que se ha hecho referencia (VI, 2). Es indudable que el negocio celebrado por el emancipado o incapacitado sería anulable, y podría ser confirmado por el progenitor cuyo consentimiento se omitió.

§ 5. FALTA DE LEGITIMACIÓN

La falta de legitimación se produce cuando una persona, capaz para realizar el acto de que se trate, carece de poder sobre el objeto del negocio. La consecuencia del acto es la nulidad absoluta, y registralmente la denegación.

No obstante, en determinados casos, el Código Civil, de un lado, sanciona la falta parcial de legitimación con la anulabilidad, y la jurisprudencia registral, de otro, considera la falta *parcial* de legitimación como defecto subsanable:

a) Según el art. 1.322, «cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente

(159) La expresión es de PEÑA, *Derecho de familia*, pág. 598.

(160) El mismo problema se plantearía en el caso de que actuara uno sólo de los curadores y existiera curatela plural, lo que cabe a la vista del art. 291 CC, que declara aplicables al nombramiento de curador las normas sobre nombramiento de tutor. No cabría asimilar sin embargo a los supuestos anteriores el de asistencia por uno solo de los interventores al negocio celebrado por el suspenso, como se indica en VI, § 7.

confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos». Si el título presentado al Registro contuviera sólo el consentimiento de uno de los cónyuges, habría de suspenderse, y el defecto podría subsanarse con la prestación del consentimiento del otro cónyuge (161).

Pero esta benévola sanción de anulabilidad se establece sólo para el acto de actos a título oneroso; «serán nulos [con nulidad absoluta] los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge». Como se ha dicho en V, § 7, A, 5, la actuación conjunta exigida para estos últimos actos no significa simultaneidad; el cónyuge que no prestó inicialmente su consentimiento puede prestarlo con posterioridad, y entonces se producirá la donación eficaz. Registralmente procedería la denegación de la donación hecha sólo por uno sólo de los cónyuges; y si se hubiese presentado un título en el Registro en el tiempo intermedio entre la presentación de los títulos que reflejan los dos consentimientos de los cónyuges, aquél tendría preferencia.

b) La R. de 20 de febrero de 1969 confirma íntegramente la nota del Registrador que consideraba defecto subsanable el otorgamiento de una escritura de declaración de obra nueva realizada únicamente por uno de los condueños sobre una finca inscrita en comunidad (162).

§ 6. VULNERACIÓN DE PROHIBICIONES LEGALES

La vulneración de las prohibiciones impuestas para realizar ciertos actos, por realizarse en contra de la ley (como el art. 1.459 CC), son nulos de pleno derecho (art. 6, 3 CC). La inscripción de los documentos que las contengan deben denegarse, por adolecer de un defecto insubsanable (163).

(161) Así lo confirma la R. de 15 de abril de 1980, que en un caso de renuncia de un derecho de usufructo de carácter ganancial, realizada sólo por el marido, confirma la nota que suspendía la inscripción por estimar que el defecto era subsanable. Muy semejante es el supuesto de la R. de 31 de enero de 1979, en que la Dirección confirma la nota en que el Registrador suspende la cesión de un usufructo ganancial hecha sólo por el marido.

(162) Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el TS. en S de 25 de junio de 1990 ha considerado nula la falta de consentimiento unánime de los comuneros cuando se trate de actos dispositivos de la cosa común, siguiendo la doctrina anterior de la Sala 1.^a, y reiterándola en SS de 24 de octubre y 25 de noviembre de 1990, y 11 de noviembre de 1991.

(163) Confirma este alcance de la calificación la R. de 30 de julio de 1976, en un caso de infracción del art. 1.459. En esta misma línea están las RR. de 19 de abril de 1952 (infracción del art. 885 CC) y 8 de junio de 1954 (infracción de norma contenida en ley especial).

§ 7. INHABILITACIÓN DE CONCURSADOS, SUSPENSOS Y QUEBRADOS

Los negocios celebrados por el concursado y por el quebrado, una vez dictado el auto de declaración de concurso (art. 1.160 LEC) o de quiebra (art. 1.325 LEC), son nulos (164). Aunque, como ha sostenido algún autor (165), y ha expresado alguna sentencia (STS de 11 de diciembre de 1965) cabe la convalidación por los síndicos, por tratarse de nulidad absoluta no cabe que esa convalidación tenga efecto retroactivo. Denegada la inscripción del título otorgado por el concursado o suspenso, no cabe que el título convalidatorio otorgado por los síndicos perjudique a terceros intermedios.

La sanción de los actos realizados por el suspenso sin el «acuerdo» de los interventores es también la nulidad radical; el art. 6 LSP es claro: «el suspenso que practique cualquiera de las operaciones indicadas en este artículo [entre ellas, «todo contrato», párr. 1, regla 2.ª] sin el concurso o acuerdo de los interventores [...] incurrirá en responsabilidad, y los actos y contratos que realice serán nulos e ineficaces». Cabría igualmente la convalidación por los interventores, pero con los mismos efectos —sustantivos y registrales— que se han señalado respecto de la convalidación realizada por los síndicos (166).

Sobre los actos realizados sólo por uno de los síndicos, vid. lo que se dice en la nota 156 y el texto correspondiente. El acto realizado por el suspenso con el concurso de sólo uno de los interventores será igualmente nulo, a pesar de la aparente proximidad de este supuesto con el del emancipado asistido por uno solo de los progenitores o uno solo de los curadores, en caso de curatela plural. La diferencia sustancial con este último supuesto radica en que el acto realizado por el emancipado es anulable, mientras que el realizado por el suspenso es nulo. Y el concurso o asistencia incompleta no puede salvar esa nulidad.

(164) Vid., por todos, GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, t. II, Madrid, 1974, pág. 403, y GULLÓN, *Comentario*, Min. Justicia, t. II, pág. 1.059.

(165) VICENT CHULÍA, *Compendio crítico de Derecho mercantil*, t. II, Barcelona, 1990, pág. 882.

(166) GÓMEZ GÁLLIGO considera, por el contrario, que la actuación del suspenso sin el concurso de los interventores constituye defecto subsanable, y aduce en apoyo de esta afirmación la R. de 20 de septiembre de 1983 (*Defectos en los documentos presentados a inscripción en el Registro de la Propiedad*, Madrid, 1991, pág. 199). A mi juicio, la nulidad absoluta no permite una simple suspensión; además, la resolución citada contempla en supuesto de Comisión interventora, nombrada en convenio, con funciones meramente fiscalizadoras, «lo que —como dice expresamente la Dirección— no significa que esa fiscalización pueda suponer una concesión de atribuciones similares a las de los interventores judiciales cesados»; además la resolución revoca la nota del Registrador, que se limitaba a suspender la inscripción del documento por adolecer de un defecto que aquél consideraba subsanable.

§ 8. AUSENCIA E INSUFICIENCIA DEL PODER

El negocio realizado en nombre de otro sin que éste le haya conferido poder, o excediéndose del poder conferido son nulos. El otorgante carece de legitimación: no tiene facultades sobre el objeto del negocio, o al menos no acredita que la tenga. Sólo cabe denegar la inscripción del negocio —al igual que en los casos examinados en VI, § 5—; la posible ratificación posterior no puede retrotraer sus efectos en perjuicio de tercero. *Ratihabito no retrahitur in perjudicium tertii*. Desde el punto de vista de la mecánica registral, la denegación implica, naturalmente, que la ratificación ha de ser objeto de nuevo asiento de presentación, sin que el nuevo título aportado pueda consignarse al margen del primer asiento.

Y no cabe suspender, con vistas a que se presente la ratificación dentro de la vigencia del primer asiento y que no se haya presentado hasta entonces un título intermedio. No se trataría de auténtica suspensión: no siempre sería subsanable el defecto; sería, en realidad, un defecto subsanable o insubsanable según la actuación de terceros ajenos al documento suspendido.

Cuestión distinta de la anterior es que se alegue un poder, pero que éste no se aporte por el representante al otorgar el negocio representativo. Procede entonces la suspensión, en espera de que se aporte; si el poder no se confirió, el asiento caducará transcurrido su plazo sin haberse subsanado el defecto.

Distinta es también la situación en que representante silencie la «contemplatio domini», en cuyo caso procederá simplemente la denegación por falta de tracto (art. 20 LH). Y también es distinta la cuestión que plantea el representante aparente; desde un punto de vista sustantivo incide en ella lo que se ha llamado «la interferencia sanante de la protección de la apariencia» (167); desde el punto de vista registral es un fenómeno que no puede ser valorado, y se reconduce a un supuesto de otorgante sin poder (con o sin alegación de que el poder existe, y con la diversa consecuencia que esta alegación tiene).

Se ha defendido un régimen distinto del negocio otorgado por un gestor sin mandato (arts. 1.888 y ss CC) y del negocio otorgado por un «mandatario verbal» —que alega tener mandato pero no poder— (168). Pero el

(167) GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, Sevilla, 1978, pág. 339.

(168) GÓMEZ GÁLLIGO, *Defectos en los documentos*, págs. 199 y 230. Aunque AVILA NAVARRO (*La representación con poder*, pág. 170) cita, y parece que en su misma línea, la opinión de GÓMEZ GÁLLIGO, creo que su posición no es la misma; para AVILA, el documento otorgado por un gestor sin poder adolece de un defecto insubsanable (en esto coincide con el anterior); pero el supuesto de documento otorgado por un «mandatario verbal» considera que es «equiparable» al anterior, con lo que se aparta de la opinión de GÓMEZ GÁLLIGO. Entiende AVILA, con criterio que comparto, que alegar un poder (una

régimen es, civilmente, el mismo: según el art. 1.727, «en lo que el mandatario se haya excedido, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente»; según el art. 1.892, «la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio produce los efectos del mandato expreso». En ambos casos es necesaria la ratificación; y en ninguno de los dos casos puede la ratificación perjudicar a tercero. La actitud del Registrador ante ambos casos ha de ser la misma: denegar. ¿Porqué dar mayor relevancia a la declaración del mandatario verbal que «alega la posibilidad de ratificación» que la del gestor de negocios, que normalmente actuará *utiliter*, y puede igualmente imaginar —y declarar— que el *dominus* va a ratificar el negocio? Ni el *fictus procurator* ni el *negotiorum gestor* pueden asegurar que la ratificación vaya a producirse; y en todo caso, no es una declaración que les corresponda hacerla a ellos.

La ratificación no es un poder *ex post*. El axioma *ratihabitio mandato equiparatur* es expresivo pero impreciso. La ratificación, se ha escrito con acierto, es «aquella declaración personal del *dominus* por la que éste da vida a un negocio inexistente». «La ratificación no es sino el medio que, realísticamente, el ordenamiento pone a disposición del *dominus* para que aproveche, si quiere, la actuación —con relevancia hasta entonces de mero hecho— del pseudo-representante» (169).

§ 9. INCURSIÓN EN INCOMPATIBILIDAD DE INTERESES

El grave riesgo de los intereses del poderdante que se produce en la autocontratación justifica la asimilación que se hace en la doctrina entre el autocontrato y la representación sin poder, o con poder insuficiente (170). Cabe que el representado convalide *a posteriori* la actuación del representante —en una actuación muy próxima, en cuanto a su naturaleza y alcance, a la ratificación—. Pero registralmente la situación es la misma que la examinada en el caso anterior (VI, 8): como procede la denegación, en base a la nulidad radical del negocio representativo, la convalidación no podría en ningún caso preservar la prioridad que hubiera correspondido al título denegado.

La Dirección de los Registros, que ha examinado diversos supuestos de autocontratación, tanto en el ámbito de la representación voluntaria (RR. de

representación no documentada), y, por tanto, la existencia de un consentimiento del poderdante, no varía las consecuencias del acto: el poder y el consentimiento —escribe este autor— han de resultar de un documento público, y no sólo para acceder al Registro (arts. 1.280 CC y 3 LH), sino también para producir efectos frente a tercero (art. 1.218 CC).

(169) GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente*, págs. 337 y 339.

(170) Vid., DíEZ-PICAZO, *La representación*, pág. 214.

18 de octubre de 1989, 29 de abril de 1993, por citar sólo algunas de las más recientes), como de la representación orgánica (RR. de 20 de septiembre de 1989 y 21 de mayo de 1986), y en el de la representación legal (RR. de 27 de noviembre de 1986 y 27 de enero de 1987), no se ha manifestado explícitamente sobre el alcance, suspensivo o denegatorio, de la calificación registral. Si en algunos casos, como el de la R. de 1 de febrero de 1980, confirma una nota en que el Registrador considera la autocontratación no salvada como un defecto insubsanable, en otros, como el de la R. de 20 de septiembre de 1989, confirma una nota en que el defecto se considera subsanable. Más explícita es la R. de 30 de mayo de 1990, en que la autocontratación se califica de «vicio insubsanable», aunque, al deducir esa afirmación de la opinión de «los juristas que exigen como elementos esenciales de todo contrato la existencia de dos voluntades independientes», deja la duda de si es también el criterio de la propia Dirección (aunque es poco imaginable que no comparta esa exigencia (171)). La R. de 21 de mayo de 1993 sí manifiesta con claridad el criterio de la Dirección, al afirmar que el autocontrato (no autorizado) es análogo «a los demás casos en que el contrato sea nulo por insuficiencia de poder».

ANTONIO PAU PEDRÓN
Registrador de la Propiedad.
Vocal Permanente de la Comisión
General de Codificación

(171) Esta resolución procede sin duda de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que muy poco tiempo antes (*El contrato como acto jurídico bilateral*, RCDI, mayo de 1927, pág. 373) había puesto de relieve la anomalía estructural del autocontrato.