

Bienes de menores y Registro de la Propiedad (*)

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Menores sujetos a patria potestad:* A) Regla general. B) Supuestos especiales: a) Defensor judicial. b) Representante real. c) Intervención directa. C) Actos de adquisición. D) Actos de modificación. E) Actos de disposición.—III. *Menores sujetos a tutela:* A) Regla general. B) Supuestos especiales: a) Defensor judicial. b) Representante real. c) Intervención directa. C) Actos de adquisición. D) Actos de modificación. E) Actos de disposición.

I. INTRODUCCION

La protección, personal y patrimonial, de los menores ha sido una constante histórica en todos los tiempos y países, aunque lógicamente no siempre con el mismo contenido.

En nuestra Patria la materia ha sido objeto de recientes e importantes modificaciones: La Ley 11/1981, de 13 de mayo, que ha dado una nueva regulación al Título VII del Libro I del Código Civil, regulador de las relaciones paterno-filiales, y la Ley 13/1983, de 24 de octubre, modificando los Títulos IX y X del mismo Libro, introduciendo, entre otras, las novedades de sustituir el antiguo Consejo de Familia y la figura del protutor, por el control del Juez, de volver a la clásica distinción romana, seguida por las Partidas, de tutela y curatela, y de sustituir en caso de conflicto de intereses entre tutor y pupilo, la intervención del protutor por la del defensor judicial.

El objeto de las presentes notas es comentar las repercusiones registrales de dichas leyes, y para ello vamos a distinguir entre menores suje-

(*) Comunicación presentada por MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA, Registrador de la Propiedad de Córdoba, al I Congreso Jurídico Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba los días 28 al 31 de marzo de 1984.

tos a patria potestad y menores sujetos a tutela y curatela, y dentro de cada grupo estudiaremos la distinta situación legal, según se trate de actos de adquisición, modificación o disposición.

II. MENORES SUJETOS A PATRIA POTESTAD

A) REGLA GENERAL: REPRESENTACIÓN POR LOS PADRES

Consecuencia lógica de la potestad sobre los hijos es la de poder los padres representarlos legalmente en cuantos asuntos tengan interés. Así, el artículo 154 atribuye a los padres el deber-facultad de «representarlos y administrar sus bienes», y el artículo 162, 1.º, dispone que «los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados». Si se tratase de padre menor soltero, el artículo 157 exige, además, «... asistencia de sus padres y, a falta de ambos, de su tutor; en caso de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez». Ni qué decir tiene que esta situación de padres menores solteros puede afectar a ambos padres, en cuyo caso la intervención de distintas familias hará más probable la posibilidad de desacuerdos y, por tanto, la necesidad de intervención judicial.

El modo normal de acreditar la representación legal será por la declaración de notoriedad del Notario autorizante de la escritura.

El ejercicio de esta función, a diferencia del derecho anterior, se hará por ambos padres. El artículo 156 establece que «se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con consentimiento expreso o tácito del otro». Registralmente no caben los consentimientos tácitos, siendo preciso que el consentimiento conste en forma pública por aplicación del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria y 1.280, 5.º, del Código Civil. Tampoco será inscribible el contrato otorgado por uno solo de los padres alegando «uso social o urgente necesidad» (art. 156 del Código Civil), lo que sería poco acorde con la naturaleza de los actos inscribibles, que difícilmente pueden considerarse como usuales y donde, en todo caso, la urgente necesidad puede ser ratificada posteriormente por el padre o madre no concurrente al acto. Respecto al consentimiento presunto que también admite el 156, no parece registralmente admisible en base a que los actos registrables no están incluidos en el ejercicio ordinario de la patria potestad.

PRADA rechaza la intervención ante Notario con consentimiento tácito, no considerando fácil preveer ni aceptar situaciones de urgente necesidad o conforme al uso social que permitan dicha intervención.

SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ no admiten la

posibilidad de prestaciones generales del consentimiento por uno de los padres, al ser contraria a la finalidad de protección que supone la patria potestad, significando más bien una renuncia a deberes irrenunciables, como son los emanados de ella. Tampoco admiten que se pueda acudir a la representación voluntaria, por tratarse de una actividad personalísima, opinión de la cual discrepamos, ya que no vemos inconveniente en otorgar un poder, siempre que sea para un acto concreto y no concedido en términos generales.

Sin entrar en el examen de las diferentes opiniones doctrinales, la falta de consentimiento de uno de los padres, cuando legalmente deba intervenir, produce en el Registro la misma consecuencia: El acto no es inscribible.

La representación por uno solo de los padres está legalmente admitida:

- Si el otro tuviera interés contrapuesto en el asunto (art. 163). La Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1934, reproduciendo la opinión de don JERÓNIMO GONZÁLEZ, estima que hay contraposición de intereses en un asunto, cuando «recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo». La materia, sujeta a calificación registral, ha producido abundantes Resoluciones de la Dirección General, que ha considerado interés contrapuesto: Si padre e hijo son coherederos (Resolución de 15 de enero de 1928); si el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (Resolución de 12 de octubre de 1895); si el padre es heredero y el hijo legatario (Sentencia de 6 de noviembre de 1934); si al liquidarse tres herencias hay recíprocas compensaciones entre madre e hijo menor (Sentencia de 1961). Se discute si será posible la representación por un padre de varios hijos en la misma herencia, inclinándose FÉLIX HERNÁNDEZ GIL por la afirmativa, mientras CASTÁN VÁZQUEZ cree necesario el nombramiento de defensor judicial. El hecho de no existir Resoluciones sobre el tema, a pesar de su frecuencia práctica, significa, en mi opinión, que se ha entendido válida la representación por el padre de dos o más hijos herederos en la misma partición.
- Si, en caso de desacuerdo de los padres, el Juez hubiera atribuido a uno de ellos la facultad de decidir (art. 156, 2.º). Ello se acreditará con la correspondiente resolución judicial.
- En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres. La expresión «en defecto» del artículo 156 debe

interpretarse como falta de uno de los padres, sea por fallecimiento o por no conocerse legalmente. La ausencia y la incapacidad habrá que acreditarlas con resolución judicial firme. En cuanto a la imposibilidad debe ser permanente, como sería una incapacidad no declarada judicialmente, cuya apreciación puede hacer directamente el Notario autorizante o valiéndose de certificado de facultativo.

- Si el padre o la madre hubieran sido privados total o parcialmente de la patria potestad por sentencia firme (art. 170).
- En caso de separación de hecho de los padres, se ejercerá por aquél con quien el hijo conviva (art. 156, final). SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ opinan que bastará la simple manifestación del concurrente para justificar su intervención unilateral en el acto. Nos parece que debería exigirse alguna otra prueba como convenio de separación, si lo hubiere, declaración de notoriedad por el Notario, manifestación del hijo si tuviese suficiente juicio, etc.

B) SUPUESTOS ESPECIALES

a) *Defensor judicial*

Lo regula el artículo 163: «Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él».

El nombramiento le corresponde al Juez, a petición del padre o de la madre, del menor, del Ministerio Fiscal o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio. Se acreditará con el correspondiente Auto firme y aceptación del cargo.

Su contenido, a diferencia de la patria potestad, no es general, sino para la resolución del asunto concreto, con las facultades que le señale el Juez. La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1917 destacó que la actuación del defensor judicial se extenderá sólo a los actos precisos para la resolución del asunto concreto, sin que tenga carácter general.

b) *Representante real*

El artículo 164 exceptúa de la administración paterna:

1.º Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiera ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la

voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.

2.º Los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que será administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un Administrador judicial especialmente nombrado.

La figura de este representante real aparece bastante borrosa. Su contenido nunca tiene la amplitud que el de los padres, limitándose a las facultades expresamente atribuidas. Podrá aceptar la herencia, legado o donación en nombre del menor, así como realizar actos de pura administración, ya que la representación legal de los padres no se extiende a estos bienes. Si pretendiese repudiar la adquisición es evidente que deberán cumplirse las formalidades del 166, a pesar de que literalmente sólo son aplicables a los padres. No podrán realizar actos dispositivos, ni de administración extraordinaria sin autorización del Juez, aunque al señalar el Código que se cumpla «estrictamente» la voluntad del disponente, cabe pensar incluso en la posibilidad de su supresión. No así en el supuesto de la excepción segunda. Lo que no cabe, a nuestro juicio, es que se extienda la función de este representante real a la adquisición de bienes para el menor, que debe permanecer en los padres.

c) *Intervención directa*

El menor puede por sí mismo realizar ciertos actos, como son:

- Otorgar y revocar testamentos, si es mayor de catorce años.
- Aceptar donaciones puras y simples (art. 626 del Código Civil, a contrario), aunque esta opinión no es compartida por autores como CAMY, ni por la Resolución de 1 de julio de 1920.
- Adquisición de bienes con su industria o trabajo por el mayor de dieciséis años, quien realizará sobre dichos bienes los actos de administración ordinaria, requiriéndose el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.

C) ACTOS ADQUISITIVOS

No existe una norma que expresamente atribuya a los padres la facultad de adquirir bienes en nombre de los hijos, por lo que esta posibilidad hay que considerarla incluida en la representación legal que, con carácter general, se atribuye a los padres, según hemos visto anteriormente. La razón de esta omisión habrá de buscarse en la mayor

preocupación del legislador por regular los actos que, a su juicio, pueden dañar el patrimonio del menor, olvidándose de aquellos que, en principio, pueden beneficiarle, como son los adquisitivos, lo cual puede no ser cierto, ya que al mismo tiempo se dispone del dinero del menor, lo cual evidentemente puede perjudicarlo. CAMY opina que no es necesario que conste en el acto adquisitivo que el dinero invertido pertenece al hijo, sin perjuicio de las repercusiones fiscales procedentes.

Por ser una consecuencia directa de la patria potestad, no cabe atribuir a extraños esta facultad adquisitiva, y ello aunque pueda haber bienes excluidos de la administración paterna, salvo las excepciones vistas.

En todo caso hay que entender que la representación de los padres se extiende a todas las vicisitudes conexas al acto, como son garantizar el precio aplazado con hipoteca o condición resolutoria sobre el mismo bien adquirido, adquirir con pacto de retroventa o con cualquier otro gravamen. Así la Resolución de 2 de julio de 1931 consideró innecesaria la autorización judicial para la adquisición de bienes, aunque haya condiciones gravosas, y la de 9 de octubre de 1901 excluye la necesidad de autorización judicial cuando el menor esté representado en la partición por la madre titular de la patria potestad, lo cual ha sido reiterado por la Dirección. Si hubiere intereses opuestos con ambos padres en la partición, la citación al inventario deberá hacerse al defensor judicial, según Resolución de 13 de mayo de 1916.

La novedad más importante respecto a los actos adquisitivos, consiste en la limitación impuesta a los padres para poder repudiar las herencias, legados o donaciones ofrecidas a los menores, exigiendo para ello autorización judicial o el consentimiento en documento público del mayor de dieciséis años (art. 166, 2.º). Este cambio de criterio respecto al derecho anterior se justifica por presumirse el carácter beneficioso para el menor, de toda adquisición a título lucrativo.

La mayor dificultad práctica estriba en la interpretación de la frase final del párrafo 2.º del 166, según el cual «la aceptación de la herencia se entenderá hecha, en todo caso, a beneficio de inventario».

La justificación del texto habrá de buscarse en la cautela del legislador de evitar la posible responsabilidad del Estado, que obliga, a través de la intervención del Juez, a aceptar una herencia, cuando el legítimo representante del menor entiende que debe repudiarse.

PRADA opina que la frase «en todo caso», obliga a respetar las formalidades previstas en el Código para el beneficio de inventario, en cualquier supuesto. Nosotros, en base al artículo 1.018 del Código Civil, opinamos que si el inventario no se inicia o termina dentro de los límites

legales, la herencia «se entenderá aceptada pura y simplemente». Ello significa que la herencia se entiende aceptada a beneficio de inventario en principio, pero que dicho beneficio desaparecerá si los padres no cumplen los requisitos previstos para disfrutar de él, en cuyo caso la aceptación se convierte en pura y simple, sin perjuicio de la responsabilidad personal de los padres por los daños que pudiera haber sufrido el menor. No creemos que el Registrador deba rechazar la inscripción de una partición por no haberse cumplido los requisitos del beneficio de inventario.

Si los padres no aceptan, pero tampoco acuden a la autorización judicial o consentimiento del mayor de dieciséis años para repudiar, podría aplicarse la doctrina del 167, es decir, que el Juez, a petición del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para seguridad y recaudo de los bienes, incluso nombrando un administrador con las facultades necesarias para resolver el caso.

D) ACTOS DE MODIFICACIÓN

Deberán emanar también de los padres, salvo conflicto de intereses (artículo 162, 2.º), o bienes excluidos de su administración (art. 162, 3.º, en relación con el 164, núms. 1.º y 4.º), en cuyos casos se cumplirá lo dispuesto en dichas normas, es decir, representación sólo por el padre no incompatible, nombramiento de defensor judicial, cumplimiento de la voluntad del disponente, resolución judicial o realización del acto por el mayor de dieciséis años con consentimiento de los padres.

Entre los actos que cabe incluir en este apartado, registralmente hablando, señalamos.

- Declaraciones de obra nueva.
- Constitución en régimen de propiedad horizontal.
- Disolución de comunidad, que no exige autorización judicial, según la Resolución de 25 de abril de 1924. En el mismo sentido, FÉLIX RODRÍGUEZ LÓPEZ no considera necesaria dicha autorización, por no ser acto dispositivo.
- Agrupación, agregación, segregación y división de fincas.
- Cancelación por pago de hipotecas o condiciones resolutorias. Confirma este criterio el actual artículo 178, 2, del Reglamento Hipotecario, que, rectificando una doctrina anterior de la Dirección, dispone que «para la cancelación por pago de la hipoteca que garantice créditos a favor de un menor bastará el consentimiento del padre o madre que ejerza la patria potestad». Es una

excepción a la regla del número 1 de dicho artículo, que exige para las cancelaciones obtener las mismas autorizaciones precisas para la enajenación de inmuebles. La razón para ello, destacada unánimemente por la doctrina, se basa en ser el padre o madre la persona apta para el cobro, que una vez realizado obliga a cancelar la garantía.

- Determinación de la naturaleza privativa o ganancial de los bienes de la herencia (Resolución de 22 de diciembre de 1933).
- La adjudicación a un coheredero de bienes de la herencia, con obligación de compensar a metálico a los demás, que no necesita autorización del Juez, según Resolución de 22 de febrero de 1943.

Respecto a los arrendamientos de fincas, normalmente no acceden al Registro. La necesidad, o no, de autorización judicial, dependerá de la posición adoptada acerca del carácter real o personal; la Resolución de 12 de abril de 1909 exigió la autorización judicial, mientras la de 28 de mayo de 1897 la excluía. En cualquier caso, el artículo 1.548 establece que «los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados, y los administradores de bienes que no tengan poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años». Este precepto ha tenido mala literatura, ya que deja fuera los arrendamientos en que exista anticipo de tres o más anualidades o exista convenio expreso de las partes para que se inscriba (art. 2, 5.º, de la Ley Hipotecaria).

E) ACTOS DE DISPOSICIÓN

La facultad dispositiva de los bienes de los menores radica, igualmente, en los padres como representantes legales de sus hijos. Pero esta facultad, cuando se trata de disponer de bienes inmuebles, está necesitada del requisito de la previa autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal, y sólo cuando concurren causas justificadas de utilidad o necesidad (art. 166, 1.º).

La autorización judicial ha de ser previa, sin que pueda admitirse su concurrencia posterior, según declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1953. En todo caso debe ser específica para un acto concreto y determinado, sin posibilidad de licencias o autorizaciones generales.

La sanción para los actos dispositivos realizados sin autorización judicial es la nulidad radical y absoluta según la citada Sentencia de 1953. SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ se inclinan

por considerar el acto como incompleto o relativamente ineficaz, en el sentido de no poder perjudicar al representado menor, quien podrá ratificarlo cuando llegue a la mayoría de edad. Registralmente hablando, la Dirección, en Resolución de 27 de enero de 1900, estableció que el Notario no debe autorizar el acto, y las Resoluciones de 10 de marzo de 1944 y 26 de octubre de 1964 dispusieron que el Registrador no puede inscribirlo.

¿Cabe excluir la autorización judicial por el causante o donante? Las Resoluciones de 5 de noviembre de 1887, 16 de septiembre de 1890 y 25 de agosto de 1891 admitieron esta posibilidad, cuando así lo establezca el testador que deje a los menores, que no sean herederos forzosos, herencia o legado de importancia. Hoy día los términos en que se produce el 164, excepción 1.^a, de que se cumpla estrictamente la voluntad del disponente sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos, nos da pie para sostener la validez de esta postura, teniendo en cuenta, además, que, como toda limitación, ha de interpretarse restrictivamente (Resolución de 13 de julio de 1911). Si se puede lo más, eliminar la representación legal de los padres, se debe poder lo menos, eliminar o sustituir la autorización judicial.

La necesidad de autorización judicial ha sido exigida por la Dirección General:

- Para la venta de bienes inmuebles (Resolución de 23 de diciembre de 1903).
- Cesión de crédito hipotecario (Resolución de 5 de abril de 1982).
- Posposición de hipoteca (Resolución de 20 de noviembre de 1911).
- Adjudicación a un tercero para pago de deudas (Resolución de 26 de diciembre de 1893).
- Cancelación de hipoteca o gravamen (Resolución de 19 de julio de 1922), hoy parcialmente rectificada esta postura por el 178, 2, del Reglamento Hipotecario, según hemos visto.
- Revocación por cumplimiento de condición resolutoria de donaciones de inmuebles hechas a favor de los hijos (Resolución de 20 de noviembre de 1892).

El nuevo artículo 178 del Reglamento Hipotecario dispone en su apartado 1 que «a los efectos del párrafo primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, los representantes legales de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación necesitarán, para proceder a su cancelación, obtener las autorizaciones y observar las formalidades legales exigidas para la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos». Evidentemente el legislador está pen-

sando en cancelaciones voluntarias, y no en las automáticas que procedan ministerio legislativo por caducidad, cumplimiento de plazo o condición, u otros supuestos imperativos. Lo que sí está claro es que el Registrador no puede entrar en si el acto es necesario o útil para el menor, ya que ello queda al criterio judicial.

Jurisprudencialmente no se ha considerado necesaria la autorización judicial:

- Enajenación de bienes en vía de apremio judicial (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1897 y Resolución de 23 de noviembre de 1899).
- Para formalizar escrituras de ventas realizadas previamente por el causante (Resolución de 11 de julio de 1905).
- Para la compra de bienes con limitaciones o condiciones (Resolución de 2 de julio de 1931).
- Para la escritura de retroventa otorgada por el padre en nombre de los hijos (Resolución de 27 de mayo de 1926).

En base a ello, nos parece que, con carácter general, no será necesario si la disposición no es voluntaria, sino forzosa, como en caso de expropiación forzosa, apremios administrativos, etc. Este criterio tiene el refrendo de la Ley 64 de la Compilación de Navarra.

Tampoco será necesaria la autorización judicial, por aplicación del 166, párrafo final, si el menor tiene dieciséis años y consiente la enajenación en documento público.

Respecto al cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 154, relativa a la audiencia a los hijos si tuvieren suficiente juicio, creemos, con SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, que su falta sólo producirá efectos en el círculo de relaciones entre padres e hijos, sin trascender a terceros, puesto que se trata de un deber de los padres, cuya inobservancia se sancionará por la vía del 170 del Código Civil.

Finalmente destaquemos que la facultad dispositiva de los padres no existe:

- En el supuesto de incompatibilidad de intereses, lo cual da origen al nombramiento e intervención del defensor judicial.
- Respecto de bienes adquiridos por los mayores de dieciséis años con su industria o trabajo (bastando la simple manifestación acerca de este origen), en cuyo supuesto la facultad dispositiva radica en el propio menor, que necesitará, además, el consentimiento de sus padres, según el artículo 164, 4, del Código Civil.
- Cuando se trate de bienes de cuya administración estén exclu-

dos, ya que en este caso no son representantes legales de los hijos (artículo 162, párrafo inicial y excepción del número 3). ALBALADEJO argumenta, además, que si los padres no pueden lo menos, administrar, tampoco podrán lo más, disponer, correspondiendo al administrador la facultad dispositiva, previo cumplimiento del artículo 166, salvo que el testador o donante dispusiera lo contrario, en cuyo caso se cumplirá lo establecido. En contra, SUÁREZ SÁNCHEZ-VENTURA y MARTÍNEZ MARTÍNEZ argumentan que las facultades del administrador han de ser interpretadas restrictivamente, y que las facultades dispositivas radican siempre en los padres. A nosotros nos parece más decisivo el argumento legal del 162, excepción 3.ª, y si es claro que los padres no ostentan la representación legal respecto de dichos bienes, no pueden pretender ejercer derecho alguno sobre ellos, basado en una función que no tienen. En todo caso debe respetarse la voluntad del donante o disponente, que no olvidemos puede ser el mismo padre, en cuyo caso la posibilidad de excluir la autorización del Juez es más dudosa, ya que, de un lado, siempre que el legislador habla de donante o disponente parece referirse a persona distinta de los padres, y, de otra, podrían éstos, mediante un acto dispositivo posterior, lesionar la legítima del menor, ya que la donación habría de imputarse aunque los bienes hubiesen sido enajenados.

III. MENORES SUJETOS A TUTELA

A) REGLA GENERAL

Representación por el tutor y control judicial

La norma general patrimonial está contenida en el artículo 267, cuando dice que «el tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación». Y más específicamente el artículo 270 señala que «el tutor único y, en su caso, el de los bienes, es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia».

Queda con ello claro que la representación legal del menor continúa exclusivamente atribuida al tutor, salvo los actos que la ley permita al menor, y que la intervención judicial lo es en cuanto órgano de control,

La representación del tutor tiene carácter personalísimo y, por tanto, no delegable, lo que no significa prohibición de acudir al mandato en actos concretos. Así lo declaró la Resolución de 18 de diciembre de 1900, según la cual «entre las prohibiciones que el artículo 275 (hoy modificado) impone al tutor no se encuentra mencionada la de autorizar a un tercero, para que, como mandatario del mismo, pueda ejercer alguno de los actos concernientes al ejercicio de la tutela».

Reseñado el carácter del tutor como representante legal del tutor, y, por tanto, administrador de sus bienes, debemos destacar ahora la necesidad de cumplir otro requisito para poder otorgar actos registrables, cual es el de obtener la correspondiente autorización judicial, aunque con las matizaciones que, a nuestro juicio, proceden y que veremos a continuación. Así lo establece el artículo 271, 2.º, que, recogiendo el criterio del antiguo 269, 5.º, ordena: «El tutor necesitará autorización judicial: 2.º Para ... celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción».

Los problemas que puede plantear este precepto son importantes en razón a su desmesurada extensión, ya que se refiere a cualquier clase de acto y a cualquier tipo de registro, por lo que prácticamente supone una intervención constante del órgano judicial que va más allá, a nuestro juicio, de lo que es una actividad de control.

Como primer problema examinamos si la intervención del Juez es siempre necesaria o si, por el contrario, tiene carácter supletorio sólo para el supuesto de que los padres no hayan establecido otro tipo de control. En base al artículo 223, creemos que tiene carácter supletorio, ya que este precepto permite que «los padres podrán, en testamento o documento público notarial, nombrar tutor, *establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlo* u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados». Esta facultad de establecer órganos de fiscalización designando a sus componentes, que se atribuye exclusivamente a los padres, permite el resurgir de organismos más o menos similares al antiguo Consejo de Familia, sustituyendo el control judicial. Lo que sí parece claro es que debe existir alguna clase de fiscalización de la gestión del tutor y que no sería válida la supresión absoluta de ella. El artículo 224 del Código Civil establece el carácter vinculante de estos nombramientos respecto al Juez.

Respecto a la extensión del control judicial a toda clase de contratos o actos susceptibles de inscripción y, refiriéndose exclusivamente al Registro de la Propiedad, la opinión no puede ser favorable, y su interpretación ha de ser restrictiva en los términos y por las razones que veremos a continuación.

La doctrina civilista, así MANRESA, al que sigue CASTÁN, se limita a comentar que la frase del antiguo artículo 269, 5.º, «... contratos o actos sujetos a inscripción» debía de interpretarse en el sentido de contratos o actos susceptibles de inscripción, ya que el Código no habrá querido limitar su mandato a los pocos actos o contratos en los que verdaderamente es obligatoria la inscripción, porque los que están en caso contrario son la mayoría. CAMY, comentando el mismo precepto, se limita a destacar como evidente la necesidad de autorización del Consejo de Familia para que el tutor pueda adquirir bienes en nombre del tutelado. Con este pobre bagaje doctrinal el legislador de 1983 se ha limitado a recoger la antigua crítica, exigiendo la autorización judicial para cualquier acto o contrato susceptible de inscripción, sin profundizar en los problemas que ello lleva consigo, teniendo en cuenta la nueva regulación de la tutela, obligando a acudir al Juez en una serie de supuestos innecesarios.

Dejando a parte el problema doctrinal de si en el Registro se inscriben actos o contratos, o títulos, o derechos, sobre lo cual no se han puesto de acuerdo los hipotecaristas en más de ciento veinte años, no se ve clara la razón de «castigar» el ingreso en el Registro de la Propiedad de actos o contratos que, si no fuera por esta razón, no estarían sometidos a control alguno.

El problema más inmediato que se ofrece al intérprete es el determinar cuáles son estos actos o contratos para los que se exige autorización judicial. La contestación más rápida sería entender que el Código se está refiriendo a los actos enumerados en el artículo 2.º de la Ley Hipotecaria y concordantes de su Reglamento. Pero esta solución olvida otros preceptos fundamentales, como el artículo 3.º de dicha Ley, que exige forma pública «para que puedan ser inscritos los títulos expresados en el artículo anterior». Es decir, que la forma pública es requisito imprescindible para que el acto o contrato sea susceptible de inscripción, de lo cual se deduce que si el acto o contrato está redactado en documento privado, al no ser susceptible de inscripción por aplicación del artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, no necesitará autorización judicial, la cual sólo habría de exigirse si se hubiese redactado en documento público. Lo mismo podría decirse de la escritura pública si no fuese inscribible por estar interrumpido el tracto, o cualquier otra razón.

En base a ello nos parece que la declaración del artículo 271, 2.º, no tiene la amplitud que al antiguo 269, 5.º, se le había venido dando, quizá por desidia doctrinal, dada la facilidad con que el requisito podía obtenerse en la práctica, y que, por tanto, no se refiere el Código a cualquier acto inscribible, sino que dicho precepto, por razón de su contexto,

está directamente relacionado con el párrafo precedente, debiendo sólo aplicarse a los actos dispositivos del menor o tutelado, y no a los adquisitivos, salvo los expresamente designados por el legislador, y que luego veremos.

Apoyan esta postura otras razones complementarias, como las derivadas de la supresión del antiguo número 6 del artículo 269, según el cual el tutor necesitaba autorización «para colocar el dinero sobrante de cada año después de cubiertas las obligaciones de la tutela». Si el tutor puede ahora invertir el dinero del pupilo sin necesidad de autorización judicial, salvo las excepciones de los números 2.º y 5.º del artículo 272, no parece lógico ampliar estas excepciones a todos los supuestos en que el acto pudiera tener acceso al Registro, con lo que se atendería a la forma y no a la sustancia del acto, castigando de este modo la titulación pública y su repercusión en el Registro.

No olvidemos, además, que la brevedad de ciertos plazos para realizar actos adquisitivos, como los nueve días que señalan los artículos 1.524 y 1.535 del Código Civil o el mes del artículo 1.067 impedirán presumiblemente que el tutor pueda ejercitar derechos favorables al menor como retracto de colindantes o coherederos, al ser normalmente imposible obtener en tan breve período de tiempo la pertinente autorización judicial.

Finalmente hay una serie de casos en los que nos parece evidente la innecesariedad de la autorización judicial, como son:

- Instancia para certificar, caso de tenerse que realizar algún asiento, como conversión de posesión en dominio, cancelación de cargas caducadas, etc., al amparo del artículo 353 del Reglamento Hipotecario.
- Instancia descriptiva o escritura de manifestación de bienes, cuando la herencia, caso de heredero único, ha sido aceptada con autorización del Juez.
- Cancelación del usufructo y consiguiente consolidación del dominio a favor del menor, por fallecimiento o cualquier causa no contractual de extinción del usufructo.
- Cancelación por pago de una hipoteca a favor del menor. Si el tutor puede por sí cobrar el crédito, es claro que la posterior cancelación es acto debido. El artículo 178, 2 y 5, dan base a ello.
- Todos aquellos en que el acto o contrato no es voluntario, sino debido, como supuestos de expropiación forzosa, ejecución judicial o administrativa de bienes del menor, inscripción de la incapacidad en el libro de incapacitados, etc.

B) SUPUESTOS ESPECIALES

a) *Defensor judicial*

Lo regula el nuevo artículo 299, siendo una figura nueva en la tutela, como consecuencia de la supresión del protutor. El alcance del nuevo precepto va más allá del supuesto de conflicto de intereses, comprendiendo también el de falta de desempeño de sus funciones, cualquiera que sea la causa, y, además, comprende una genérica referencia a cualquier otra causa prevista en el Código. El texto del nuevo precepto señala: «Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

1.º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

2.º En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

3.º En todos los demás casos previstos en este Código».

Para el primero de los supuestos valen las consideraciones que hacíamos respecto a los sometidos a patria potestad. Es igual el criterio para el caso de conflicto con sólo uno de los padres tutores.

En el supuesto de tutela conjunta, dice el artículo 237 bis que si «hubiere incompatibilidad u oposición de intereses en alguno de ellos para un acto o contrato, podrá éste ser realizado por el otro tutor, o, de ser varios, por los demás en forma conjunta». Más dudoso será admitir la representación por el tutor personal, si existiera conflicto con el tutor de los bienes, en cuyo caso nos parece más acertado acudir al nombramiento de defensor judicial.

La falta de desempeño de sus funciones por el tutor, a que se refiere el número 2.º, ha de ser lo suficientemente duradera en el tiempo como para justificar el nombramiento de defensor o, en su caso, de un nuevo tutor.

El nombramiento lo hará siempre el Juez, en procedimiento de jurisdicción voluntaria, a petición del Fiscal, tutor, curador o cualquier otra persona capaz de comparecer en juicio, y recaerá sobre quien estime más idóneo para el cargo (art. 300).

Su contenido no es general, como el tutor, coincidiendo en ello con el defensor en caso de incompatibilidad del menor sujeto a patria potestad, sino que se limita a la resolución de un asunto concreto, o, como dice el artículo 302, «tendrá las atribuciones que le haya concedido el Juez, al que deberá rendir cuentas de su gestión una vez concluida». Se echa de menos la exigencia del cumplimiento de los mismos requisitos que, en su caso, son necesarios al tutor.

b) *Representación real*

Se refiere a ella el artículo 227, según el cual «el que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor».

Se trata de un precepto más restringido que el artículo 223, ya que no permite establecer órganos de fiscalización de la tutela, ni otorgar disposiciones referentes a la persona del menor. Por lo demás, plantea problemas semejantes a los del artículo 164, 1.º y 2.º, que antes esbozamos, y que serían válidos aquí, como limitar la figura a actos de administración, exigencia de autorización judicial si pretendiera repudiar, y atribución al tutor de las facultades no atribuidas al administrador.

c) *Intervención directa*

Al igual que el sometido a patria potestad, el menor tutelado puede realizar ciertos actos por sí mismo, como reconoce el artículo 267, al atribuir la representación legal al tutor, «salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo», por disposición expresa de la ley. Entre ellos, aparte el derecho a ser escuchado si tiene suficiente juicio (arts. 231 y 237, entre otros), destaca el otorgamiento de testamento y su revocación, si fuese mayor de catorce años (la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1903 declaró que el tutor no puede impugnar el testamento del pupilo).

C) ACTOS ADQUISITIVOS

De acuerdo con la nueva Ley, necesitan autorización judicial:

- Aceptación pura y simple de la herencia (art. 272, 1.º, a contrario).
- Repudiación de la herencia (art. 272, 1.º).

- Repudiación de legados y donaciones (liberalidades en el 272, 1.º).
- Renuncia de derechos (art. 271, 3.º).
- Transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado (art. 271, 3.º).

No necesitan, en nuestra opinión, autorización judicial los demás actos, entre los que destacamos:

- Aceptación de la herencia a beneficio de inventario (art. 272, 1.º, y 992, 2.º).
- Aceptación de legados, aunque algún autor, como PUIG BRUTAU, considera prudente someter a la aprobación del Consejo, hoy autorización judicial, algún tipo de legado como el de cosa propia del legatario (art. 863).
- Aceptación de toda clase de donaciones.
- Otorgamiento de escritura de manifestación de herencia o instancia descriptiva de bienes, en caso de heredero único.
- Adquisición de toda clase de bienes, incluso inmuebles, y derechos, y ello aunque estuvieren gravados con hipoteca, condición resolutoria o cualquier otro gravamen, de modo análogo a los menores sujetos a patria potestad, que antes examinamos.

Especial consideración merece el número 4.º del artículo 271, que exige autorización judicial «para realizar la partición de la herencia o la división de una cosa común, las cuales, una vez practicadas, requerirán además la aprobación judicial».

La necesidad de la aprobación posterior judicial, además de las autorizaciones previas para aceptar y para partir, supone un importante cambio de la postura tradicional en nuestro Derecho, mantenida por la Dirección General, aparte de introducir una clara antinomia con el artículo 1.060, según el cual «cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial». Esta antinomia, puesta de manifiesto en la discusión parlamentaria de la ley, fue contestada por la ponencia en el sentido de que la ley de tutela, como ley posterior, prevalecería por vía de interpretación sobre el artículo 1.060. Solución simplista, puesto que ambos artículos forman parte de un mismo Código y, por tanto, de igual rango, por lo que la resolución de esta antinomia no está en la aplicación del artículo 2, 2, del Código Civil —las leyes sólo se derogan por otras posteriores—, sino en el artículo 3, 1, en cuanto señala los criterios para la interpretación de las leyes. Doctrinalmente se ha dicho por autores, como SAVIGNY, que hay que acudir a la conciliación sistemática,

mientras otros se inclinan por la recíproca anulación de las normas contrapuestas, por lo que estamos en presencia de una laguna de ley, lo que nos llevaría a inclinarnos por la no necesidad de la aprobación judicial, que no podría presumirse, una vez entendido anulado el precepto que la exige.

Aunque se mantuviera la postura contraria, la aprobación debe referirse a la partición o división voluntariamente otorgada por el tutor, sin perjuicio del derecho de los restantes coherederos, o, en su caso, comuneros, para pedir la partición (art. 1.051) o la división de la cosa común (art. 400).

Igualmente, no será necesaria la aprobación, dado el carácter restrictivo del precepto, si el acto no es propiamente particional, como otorgamiento de escritura de manifestación de herencia, aceptación de legado o, en mi opinión, adjudicación en *proindiviso* de los bienes hereditarios en la misma proporción en que son llamados a la herencia. Tampoco si la partición es realizada por el testador, y el contador-partidor, o la división por árbitros o amigables componedores al amparo del artículo 402, 2.º, o si se trata de confirmar el tutor la partición por el contador-partidor dativo, conforme el artículo 1.057 del Código Civil.

MORELL, siguiendo lo dispuesto en la Real Orden de 6 de noviembre de 1868 y Resolución de 28 de junio de 1877, tampoco considera necesaria la aprobación si, tratándose de herencias voluntarias, el testador hubiere dispuesto lo contrario.

D) ACTOS DE MODIFICACIÓN

Han de emanar del tutor, en cuanto representante y administrador de los bienes del menor. Conforme a nuestra posición, no requieren autorización judicial, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya podido incurrir el tutor, y que se le exigirá al amparo del artículo 269, 4.º.

Son los mismos actos que examinamos en el correspondiente apartado del sometido a patria potestad, incluida la cancelación por pago de hipotecas, que aunque no recogida en el artículo 178, 2, del Reglamento Hipotecario, es claro que siendo la misma razón debe ser idéntica la solución.

El artículo 272, 2.º, exige autorización judicial para «hacer gastos extraordinarios en los bienes», lo cual supone ser necesaria en las obras nuevas, y el 5.º para «dar y tomar dinero a préstamo», lo que puede tener repercusión registral si se acude a algún tipo de garantía real inmobiliaria.

E) ACTOS DE DISPOSICIÓN

Los actos dispositivos a título oneroso están expresamente mencionados en el artículo 271, 2.º: «Enajenar o gravar bienes inmuebles...», lo que conlleva la necesidad de autorización judicial para cualquier acto o contrato de naturaleza dispositiva sobre esta clase de bienes.

La diferencia con el antiguo artículo 269, 5.º, es clara, ya que antes se refería a cualquier clase de bienes, mientras ahora sólo es necesaria para los inmuebles, en lo que ahora nos interesa, aparte los establecimientos mercantiles, objetos preciosos y valores mobiliarios.

No será necesaria la autorización judicial cuando el acto no sea voluntario, sino debido. Ya excluía la autorización GARCÍA GOYENA, al comentar el artículo 233 del Proyecto de 1851, sosteniendo que no era necesaria si la enajenación era forzosa e independiente de la voluntad del tutor. Entre estos supuestos están incluidos la enajenación en expediente de expropiación forzosa, ejecución judicial o administrativa, cancelación por pago de la hipoteca, retroventa y venta de bien indivisible en subasta pública, al amparo de lo dispuesto en los artículos 404 y 1.062 del Código Civil.

Respecto a los arrendamientos, aunque normalmente tienen muy escasa repercusión registral, destaquemos la necesidad de autorización judicial si el arrendamiento está sujeto a prórroga forzosa (art. 272, 4.º), o bien si exceden de seis años (art. 1.548 del Código Civil). No será, en principio, necesaria en los demás supuestos, como son que haya anticipo de renta de tres o más años, o convenio expreso de las partes para que se inscriba (art. 2, 5.º, de la Ley Hipotecaria).

Los actos dispositivos a título gratuito, que antes aparecían expresamente prohibidos por el artículo 275, 1.º, «donar ... cosas o derechos pertenecientes al menor o incapacitado», son ahora permitidos con autorización del Juez. Así, el artículo 272, 6.º, dice que «también necesitará el tutor autorización judicial: Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, salvo autorización judicial». Dejando a un lado la redundancia que supone el último párrafo, nos parece claro y justificado el cambio de postura, ya que las donaciones no son tan gratuitas en la práctica, sino que suelen tener un carácter remunerativo que no es posible desconocer, por lo que su prohibición absoluta era a veces contraproducente.

MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA
Registrador de la Propiedad