

La enajenación de bienes de menores sometidos a patria potestad

SUMARIO: I. *La enajenación de bienes de menores en el Derecho anterior al Código Civil.*—II. *La enajenación de bienes de menores en el Código Civil:* 1. Limitaciones a la enajenación de bienes de los hijos: A) Para vender y gravar: a) Bienes a que afecta la limitación. b) Actos a que se extiende la limitación. c) Procedimiento para obtener la autorización judicial. d) Naturaleza de la autorización. B) Para transigir. 2. Sanciones: A) Anulabilidad de la enajenación realizada sin autorización. B) Impugnabilidad de la enajenación realizada con autorización. C) Anulabilidad de la transacción acordada sin autorización.—III. *La enajenación de bienes de menores en el Proyecto de Ley sobre reforma del Código Civil en materia de patria potestad.*

Uno de los temas que ofrece mayor interés práctico entre los muchos que se plantean dentro del ámbito patrimonial de la patria potestad es, sin duda, el de la enajenación de bienes de menores. La exigencia legal de autorización judicial para algunas de estas enajenaciones hace que la cuestión pase frecuentemente por los despachos de los Abogados—y después por los Juzgados y las Fiscalías—, suscitando en ocasiones dudas delicadas tanto a quienes han de instar la autorización como a quienes han de dictaminarla o concederla.

Las presentes notas tratan de resumir y actualizar algunos de los problemas que presenta el tema, contemplándolo esencialmente en el ámbito de nuestro Código Civil, sin entrar, por tanto, fuera de ocasionales y rápidas incursiones, en los campos del Derecho comparado y del Derecho foral español; pero el estudio de la normativa del Código será precedido de una breve alusión al Derecho anterior e irá seguido de una exposición, breve también, del criterio que en esta materia ha adoptado el Proyecto de Ley sobre reforma del régimen legal de la patria potestad remitido recientemente por el Gobierno al Congreso.

I. LA ENAJENACION DE BIENES DE MENORES EN EL DERECHO ANTERIOR AL CODIGO CIVIL

La necesidad de limitar las facultades del ejerciente de la patria potestad en orden a la enajenación de bienes de los hijos fue advertida en el Derecho medieval español y asoma a textos del Fuero Juzgo y de las Partidas (1). No voy, sin embargo, a detenerme en esos antecedentes, a los que, no siendo historiador, nada nuevo podría aportar. Sí quisiera, en cambio, aludir, siquiera sea brevemente, a otros más próximos a nosotros y que ejercieron mayor influencia en la regulación que a la materia vendría a dar nuestro Código Civil.

¿Cuál era, antes de iniciarse el proceso codificador, la normativa y la praxis por las que se regían las enajenaciones de bienes de menores? Una respuesta a esta pregunta podemos encontrarla en el libro de don PEDRO MELGAREJO *Compendio de contratos públicos*, publicado en 1704. En esta obra, a través de un breve capítulo consagrado a «Ventas de bienes de menor», y en base a normas de las Partidas y de las Recopilaciones, el autor resume el procedimiento a seguir—y el porqué del mismo—en estas palabras: «Muchas veces se ofrece otorgar escritura de venta de bienes de menores, por no tener cómoda división los que se le adjudican, o por otras razones, y para ellas ha de haber pedimiento ante la justicia, proponiéndole la causa, y dada información de utilidad, se mandan sacar al pregón: y pasado el termino de él, se hace el remate, y por auto se da licencia para otorgar escritura: y siendo los menores varones mayores de catorce años, y las hembras de doce, entrarán con el tutor en la escritura, y no si son de menores edades» (2). Seguidamente, MELGAREJO formula algunas observaciones de índole práctica en orden a la tramitación del expediente y ofrece un completo formulario para éste que abarca desde el «pedimiento» inicial hasta las resoluciones judiciales. Interesante es acaso transcribir el modelo de «pedimiento» que al lector se brinda: «Fulano, tutor—dice—y curador de las personas y bienes de F. y F., menores, hijos de F., difunto, digo: Que los dichos menores tienen por bienes suyos unas casas de morada en tal parte, linde con casas de F. y F. y por ser de edificio antiguo necesitan de reparos muy considerables, a que no equivale el aprovechamiento de ellas, o por otra razón, y es de muy grande utilidad a los menores que se vendan, y su procedido se emplee en otras cosas de mayor aumento. Y para que tenga

(1) Así en el Fuero Juzgo, 4, 2, 13, y Partidas, 4, 17, 5.

(2) P. MELGAREJO: *Compendio de contratos públicos, autos de particiones executivos, y de residencias. Con el género de el papel sellado que á cada despacho toca*, Madrid, 1704, pág. 283.

efecto, a v. m. pido y suplico mande recibir información de la utilidad, y que las dichas casas se traigan en pregón término de treinta días; y que al fiado, o al contado, como más convenga a los dichos menores, se admitan posturas y pujas, y se haga remate. Pido justicia, y para ello... (3). Como se ve, el ejemplo ofrecido por MELGAREJO es válido para hoy y el razonamiento de su escrito no difiere mucho de los que hoy se ofrecen al Juzgado, en casos similares, en apoyo de la pretensión de autorización judicial para la venta. Había, pues, ya en el siglo XVIII, toda una praxis para estos asuntos, análoga en su esencia a la actual. El ámbito del procedimiento, sin embargo, parece más limitado—se circunscribe al caso de venta—y las líneas de aquél menos perfectas que las trazadas por el legislador posteriormente, previendo, por otra parte, el caso del menor sometido a tutela.

En la época de la Codificación es natural que se contemplara el tema con un mayor detenimiento. Don FLORENCIO GARCÍA GOYENA había de ser quien le diera un tratamiento nuevo, traducido en una norma que se incorporó al Proyecto de Código Civil de 1851. Esta norma fue el artículo 158, que decía: «El padre no puede enajenar los bienes inmuebles del hijo en que le corresponda el usufructo y la administración o ésta sola, ni gravarlos de ningún modo, sino por causas de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa la correspondiente autorización del Juez del domicilio». Al comentar este precepto en sus *Concordancias*, GOYENA lo coteja con algunos otros que sobre la materia ofrecía el Derecho comparado en su tiempo (alude así a los Códigos sardo, napolitano, prusiano, holandés y francés) y hace una breve exégesis de la norma española, explicando sus novedades y la razón de las mismas. No faltan en el comentario de don FLORENCIO algunas referencias críticas al Derecho romano y al histórico español en este tema: de las leyes romanas dice que «no están claras, y ni el mismo GODOFREDO las entiende», y de la norma de las Partidas afirma que «es absurda y contradictoria» (4). Tales citas históricas a continuación de las comparativas y en tono algo ligero parecen confirmar en este pasaje lo que respecto de todo el libro ha observado el profesor LACRUZ (en el prólogo de la reciente reimpresión de aquél), al decir que «los pasajes romanos que abundantemente exornan las concordancias, así como los de las leyes de Partida y otras fuentes castellanas (muy excepcionalmente alguna foral) dan no pocas veces la impresión de un añadido *ex post*, como si el texto genuino procediera de los Códigos extranjeros y, una vez redactado, se concordara con los viejos pasajes

(3) P. MELGAREJO: *Op. cit.*, pág. 284.

(4) F. GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, pág. 97.

del Derecho tradicional» (5). Ello, en cualquier caso, no resta mérito, en el punto que estudio, al Proyecto de GARCÍA GOYENA ni a sus célebres *Concordancias*; lejos de eso, hay que reconocer que el artículo 158 del Proyecto constituye el precedente inmediato del artículo 164 del Código Civil, y el comentario de don FLORENCIO una fuente breve pero siempre valiosa para su interpretación. Bien ha podido afirmar recientemente en términos generales el profesor DE LOS MOZOS que el libro de GOYENA «constituye, científicamente, una de las obras más rigurosas de todo el siglo XIX, con independencia de que sea aceptable o no su orientación general y de que puedan o no compartirse muchos de los criterios y soluciones que establece» (6).

El Proyecto de 1851, como es bien sabido, no llegó a convertirse en Código, y tras él se abrió luego un largo paréntesis dentro del proceso de nuestra Codificación. Cuando, treinta años después de aquel Proyecto, se promulgó la Ley de Enjuiciamiento Civil, ésta dedicó un entero Título, integrado por los artículos 2.011 a 2.030, a tratar «De la enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos». A él tendremos alguna ocasión de referirnos. Pasemos ahora a estudiar el tema en el plano ya del Código Civil.

II. LA ENAJENACION DE BIENES DE MENORES EN EL CODIGO CIVIL

Nuestro primer cuerpo legal contempla el tema que ahora trato en su artículo 164, que dice: «El padre, o la madre en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal, salvo las disposiciones que, en cuanto a los efectos de la transmisión, establece la Ley Hipotecaria».

El texto transcrito es idéntico en la edición primitiva del Código y en la reformada. Si lo cotejamos con el del Proyecto de 1851, transcrito también antes, podemos observar: 1.º Que el Código no menciona solamente a «el padre», como el Proyecto, sino a «el padre, o la madre en su caso», congruente con el sistema de patria potestad subsidiaria de la madre establecido en el artículo 154. 2.º Que el Código sustituye las palabras «causas de absoluta necesidad o evidente utilidad» por las de «cau-

(5) J. LACRUZ BERDEJO: *Nota preliminar* de la reimpresión de la edición citada de las *Concordancias*, Zaragoza, 1974, pág. VI.

(6) J. L. DE LOS MOZOS: *Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, página 242.

sas justificadas de utilidad o necesidad». 3.º Que el Código prevé expresamente la audiencia del Ministerio fiscal, y 4.º Que deja a salvo las disposiciones hipotecarias.

Desde la promulgación en 1889 del Código Civil, la referida norma del artículo 164 viene rigiendo la enajenación de bienes de menores. Su importancia práctica es, pues, considerable. En torno a ella han ido naturalmente surgiendo problemas y dudas que la doctrina y la jurisprudencia han tratado de aclarar. A continuación trataré de recoger algunos, estudiando las limitaciones establecidas tanto para enajenar como para transigir, y las posibles sanciones de los actos realizados en esta esfera.

1. LIMITACIONES A LA ENAJENACIÓN DE BIENES DE LOS HIJOS

En base al artículo 164 conviene distinguir entre las limitaciones que existen para vender y gravar, por un lado, y las que existen para transigir, por otro.

A) *Para vender y gravar*

a) *Bienes a que afecta la limitación.*—La Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 2.011, exigía la autorización judicial no sólo respecto de los inmuebles, sino de los efectos públicos y valores de toda especie, derechos de todas clases, alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo. El Código Civil, como hemos visto, se refiere solamente en el artículo 164 a los inmuebles. La disparidad de estos dos preceptos plantea el problema de si subsiste el de la Ley procesal o si hay que considerarlo como derogado por el Código.

No faltan autores, como SÁNCHEZ ROMÁN (7) y CLEMENTE DE DIEGO (8), que entienden que sigue vigente el precepto de la Ley. No falta tampoco alguno, como PUIG PEÑA (9), que expone el problema sin adoptar una posición. Pero son numerosos los que estiman que el artículo de la Ley no está en vigor y, por consecuencia, no se requiere autorización judicial tratándose de muebles. Así lo afirma algún comentarista del Código, como MANRESA, basado en que los preceptos de carácter adjetivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil necesita para su aplicación alguna base en el Derecho sustantivo, y aquí esa base falta por completo, y si existe, indica más bien una derogación que una confirmación en todo cuanto a enajenación de bienes muebles de los hijos menores se refiere (10). Y la

(7) F. SÁNCHEZ ROMÁN: *Derecho civil*, tomo V, vol. 2.º, pág. 1166.

(8) F. CLEMENTE DE DIEGO: *Instituciones de Derecho civil*, tomo II, pág. 556.

(9) F. PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil*, tomo II, vol. II, pág. 185.

(10) J. M. MANRESA NAVARRO: *Comentarios al Código Civil*, tomo II, pág. 69.

tendencia de la doctrina actual parece orientarse en este sentido; consideran así como derogado el artículo 2.011 de la Ley de Enjuiciamiento Civil numerosos civilistas. En esta línea están DE BUEN (11), los anotadores de KIPP (12), PUIG BRUTAU (13), ALONSO PÉREZ (14), LACRUZ Y SANCHO (15), ALBALADEJO (16) y ESPÍN (17). Un ilustre notario, don ENRIQUE TAULET, afirma así que la redacción del artículo 164 «es clara y precisa, y tratándose de un precepto prohibitivo, no puede interpretarse extensivamente», llegando a la conclusión de que «el padre, o en su caso la madre, pueden enajenar los bienes muebles del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración, sin necesidad de su autorización judicial, porque ésta no es exigida por el Código Civil y porque en este punto la Ley de Enjuiciamiento Civil está derogada por el Código de 1889» (18).

A esa misma opinión me sumé, por mi parte, hace años (19). Creo con todo, según entonces señalé, que la cuestión de la exigencia de autorización judicial no debe ya centrarse, para el futuro, en la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los objetos enajenados. En nuestros días, como es bien sabido, gran cantidad de bienes muebles alcanzan valor superior al de las fincas. Al limitar las facultades de los padres, el acento debe ponerse, más que en la naturaleza de las cosas enajenadas, en la índole de los actos de enajenación, tendiendo a impedir que el padre realice por sí solo actos que—como los gratuitos o los que impliquen asunción de obligaciones—supongan desaparición de bienes o impongan una responsabilidad al patrimonio. A este propósito dice MARIANO ALONSO: «Una inadecuada gestión onerosa puede ser frecuentemente nociva para el menor y no hay razón para que el padre realice la misma sin autorización judicial. Este criterio se revela, a nuestro modo de ver, imperfecto. Por la índole del acto, siempre debería ser preceptiva la autorización.

(11) D. DE BUEN: *Notas al Curso elemental de Derecho civil*, de COLIN y CAPITANT, tomo II, vol. 1.º, pág. 81, de acuerdo con OSSORIO MORALES.

(12) B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. CASTÁN TOBEÑAS: *Notas al Derecho de familia*, de KIPP, vol. 2.º, pág. 83.

(13) J. PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo IV, vol. II, página 209.

(14) M. ALONSO PÉREZ: «El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad», en *Revista de Derecho Privado*, enero 1973, pág. 23.

(15) J. L. LACRUZ BERDEJO y F. SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, II, 2.ª ed., pág. 185.

(16) M. ALBALADEJO: *Manual de Derecho de familia y sucesiones*, Barcelona, 1974, pág. 153.

(17) D. ESPÍN: *Manual de Derecho civil*, vol. IV, 4.ª ed., pág. 448.

(18) E. TAULET: «Personalidad del padre para vender sin autorización judicial, en nombre de sus hijos menores, la participación de éstos en un barco», en *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 783 y 786.

(19) En el libro *La patria potestad*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960, pág. 302.

Sigue siendo válido el módulo del tipo de bien, siempre que no se base en la distinción entre muebles e inmuebles. Más importante es atender a la entidad económica de los mismos, a su auténtico valor» (20).

La jurisprudencia, por su lado, ha venido a coincidir en este tema con la doctrina. El Tribunal Supremo, en un caso de retirada de valores de un Banco, declaró que la madre de los menores puede, en el ejercicio de la patria potestad, retirar los valores depositados a nombre de aquéllos (Sentencia 10 junio 1919). «En general—observa el Notario antes citado—, es diverso el criterio que se sigue por las Asesorías Jurídicas de los Bancos cuando se trata de retirar valores y metálico de menores por los padres de éstos. La exigencia de la autorización judicial para ello nos parece arbitraria por innecesaria» (21). En cuanto a la Dirección de los Registros, en su Resolución de 9 de mayo de 1913 declaró que consignándose concretamente en el artículo 164 las formalidades requeridas para la enajenación de bienes de menores, no cabe declarar exigible la que establece el artículo 2.015 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la necesidad de oír en el expediente a determinadas personas, puesto que este artículo ha quedado derogado por el 164 del Código Civil, por haber alcanzado a los preceptos de dicha Ley que estén en contradicción con los de éste la derogación general establecida en el artículo 1.976 del Código, según lo declarado ya en Sentencia de 12 de junio de 1894.

Cabe recordar, como lo hace TAULET, que «la Audiencia de Valencia, conociendo un caso de venta de propiedad industrial, ha mantenido el criterio del Juzgado, en el sentido de no ser necesaria la autorización judicial para la venta que había efectuado un padre en nombre de un menor sometido a su potestad» (22).

Por lo demás, el artículo 164 alude a bienes del hijo en que corresponda a los padres el usufructo o la administración; quedan, pues, aparte aquellos otros en que no corresponda. Según algunos comentaristas, como MANRESA y BONET RAMÓN, si se trata de bienes ganados por el hijo viviendo fuera de la casa paterna, es racional presumir que, a pesar de ser considerados los hijos en tales casos como emancipados, habrá que estar a la regla del artículo 317, y, por consiguiente, los hijos, para enajenar estos bienes ganados con su trabajo o industria, necesitarán consentimiento del padre, de la madre o del tutor; y cuando se trate de bienes donados o legados por el hijo, en que no corresponda al padre la administración ni el usufructo, parece lo natural exigir a la persona a quien

(20) M. ALONSO PÉREZ: *El patrimonio de los hijos*, cit., pág. 23.

(21) E. TAULET: *Personalidad del padre*, cit., pág. 785.

(22) E. TAULET: *Personalidad del padre*, cit., pág. 786.

se hubiere confiado la administración las mismas formalidades y garantías en la venta que a los padres (23).

Cabe, por último, observar en este tema que la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967 consagra a la disposición de los bienes de los menores el artículo 13, que dispone: «1. Para la disposición de los bienes del menor de catorce años se estará a lo otorgado por la persona de quien procedan por título lucrativo. 2. En su defecto, el poder de disposición corresponde al administrador, quien, sin embargo, habrá de obtener autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos». La norma es—al igual que las de los artículos 11, 12 y 14—interesante y viene como ellas a reflejar en el plano económico, según alguna vez he puesto ya de relieve (24), el deseo de protección del menor que tradicionalmente ha inspirado al Derecho aragonés. E igualmente cabe recordar aquí la Compilación del Derecho Privado Foral de Navarra, o Fuero Nuevo, que en su ley 64 limita la necesidad de autorización judicial a la enajenación o gravamen de «inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles o sus elementos esenciales» (25).

b) *Actos a que se extiende la limitación.*—En base al Código Civil se entienden comprendidos en la regla que exige la autorización judicial los actos de constitución, enajenación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. Un comentarista, MANRESA, concreta que tratándose de inmuebles se necesita autorización: 1.º, para su enajenación; 2.º, para imponer sobre ellos algún gravamen, y 3.º, para todos los actos que tengan por objeto la extinción de derechos reales sobre inmuebles, como son la cesión, renuncia, redención, etc. (26). Se excluye de dicha regla, en cambio, por expresa disposición del artículo 1.060 del Código Civil, la participación de herencia cuando los menores estén en ella representados por el padre o, en su caso, por la madre.

(23) J. M. MANRESA-F. BONET RAMÓN: *Comentarios*, cit., tomo II, pág. 73.

(24) En «La patria potestad en los Derechos forales», en el *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 54 (1974), pág. 61.

(25) La nota a la Ley 64 de la Recopilación Privada, de donde procede la Ley 64 de la Compilación o Fuero Nuevo, observa que «la práctica navarra ha recogido la doctrina del Código Civil en cuanto a enajenación y gravamen de los bienes de los menores por no ser ya aplicable la doctrina romana de los peculios» (GARCÍA-GRANERO, AIZPUN, LÓPEZ JACOISTE, SANTAMARÍA, NAGORE, D'ORS, ARREGUI y SALINAS: *Derecho foral de Navarra. Derecho privado (Recopilación Privada)*, Pamplona, 1971, pág. 159. Sobre la norma de la Compilación puede verse F. SALINAS QUIJADA: *Derecho civil de Navarra*, E. Gómez, Pamplona, tomo V, vol. 1.º, 1975, pág. 345.

(26) J. M. MANRESA: *Comentarios*, cit., tomo II, pág. 63.

No impone el Código al padre la necesidad de obtener la autorización judicial para repudiar la herencia a que sea llamado el menor. La doctrina entiende, por ello, que hay que acudir al principio general de representación del padre expresado en el artículo 155. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección de los Registros se han inclinado también a dispensar aquí a los padres de la autorización judicial (Sentencia de 12 junio 1906 y Resoluciones de 13 julio 1911, 25 agosto 1925, 25 noviembre 1942 y 25 septiembre 1943). Sin embargo, creemos que la posible trascendencia de la repudiación justificaría que en una reforma legal se la incluyera entre los actos sometidos a necesidad de aprobación judicial, como se ha hecho en el artículo 320 del actual Código italiano.

No prohíbe expresamente al padre tampoco nuestro Código, como alguno extranjero, otorgar donaciones en representación del hijo; en ausencia, pues, de precepto especial, el régimen de las donaciones se habrá de considerar equiparado, según algunos autores como los anotadores españoles de KIPP y WOFF, al de los demás negocios de disposición, si bien, tratándose de donaciones de bienes inmuebles difícilmente podrá darse el caso de necesidad o utilidad que exige el Código Civil para las enajenaciones de bienes menores (27).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección de los Registros ha ido interpretando el artículo 164, por lo demás, en numerosos casos concretos (28). A través de ellos se ha declarado que es necesaria la autorización judicial: en la venta de bienes inmuebles (Resolución 23 diciembre 1903); en la cesión de créditos hipotecarios (Resolución 5 abril 1892); en la posposición de hipoteca que afecte a los menores (Resolución 20 noviembre 1911); en las adjudicaciones de bienes para pago de deudas (Resoluciones 26 diciembre 1893, 19 noviembre 1897, 1 y 3 abril y 19 y 24 noviembre 1899, 30 septiembre 1905 y 31 mayo 1909); en la cancelación de hipotecas o cancelación de gravámenes (Resoluciones 31 octubre 1892 y 19 julio 1922); en la revocación y por cumplimiento de condición resolutoria, de donaciones de bienes inmuebles hechas a favor de los hijos (Resolución 20 octubre 1892).

Por el contrario, no se ha estimado necesaria la autorización judicial: para la enajenación de bienes en vía de apremio, otorgada por la autoridad judicial (Sentencia 20 enero 1897 y Resolución 23 noviembre 1899); para la escritura de retroventa, otorgada por el padre en nombre de sus hijos menores (Resolución 27 mayo 1926); para la compra de bienes

(27) B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. CASTÁN TOBEÑAS: Notas, cit., vol. 2.º, pág. 81.

(28) Puede verse extensa doctrina del Supremo en M. RODRÍGUEZ NAVARRO: *Doctrina civil del Tribunal Supremo*, tomo I, págs. 755-786, y de la Dirección de los Registros en B. CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE: *Comentarios a la legislación hipotecaria*, 1970, vol. II, págs. 6 y ss., y 95 y ss.

bajo condición impuesta al hijo comprador, por gravosa que sea (Resolución 2 julio 1931); para la admisión de un nuevo socio en una compañía mercantil (Resolución 21 septiembre 1907), y cuando el testador deja a los menores, que no sean sus herederos forzosos, herencia o legado de importancia, eximiendo de la obligación de obtener para su venta la autorización judicial (Resoluciones 5 noviembre 1887, 16 septiembre 1890 y 25 agosto 1891).

Con carácter más general, la Resolución de 13 julio de 1911 declara que, dada la naturaleza de la disposición contenida en el artículo 164, ha de interpretarse en sentido restrictivo, y no extensivamente, concretando a los contratos que en él, taxativamente se determinan, la necesidad de la autorización judicial; y la de 24 de mayo 1930 expresa que, mientras las leyes no dispongan lo contrario, las facultades del titular de la patria potestad deben ser tan amplias, cuando menos, como las atribuidas al tutor con la intervención del consejo de familia.

Al problema de si puede el padre dar en arrendamiento de los hijos, me he referido ya al tratar de la administración paterna.

Cabe añadir que, según observa algún autor, como NOVOA, los padres en la práctica, para enajenar bienes de los hijos, emancipan a éstos, si la emancipación es posible, y luego dan consentimiento para la venta (29). Podría plantearse en este caso la aplicabilidad de la doctrina del fraude de ley.

Y cabe también recordar, finalmente, que la Compilación de Navarra, en su ya citada ley 64, después de establecer la regla de la autorización judicial para los actos de disposición de ciertos bienes de los hijos menores, advierte: «No será necesario autorización judicial para la cancelación por cobro de créditos hipotecarios, para la retroventa por ejercicio de un derecho de retracto legal o voluntario, ni para cualesquiera actos de disposición que hayan de cumplirse obligatoriamente».

c) *Procedimiento para obtener la autorización judicial*.—En algunas legislaciones, la jurisdicción para aprobar las enajenaciones de bienes de menores está atribuida al Juez tutelar.

En el Derecho español es la jurisdicción civil ordinaria quien conoce en esta materia. La competencia se atribuye al Juez de Primera Instancia. En el aspecto horizontal, el artículo 164 del Código Civil alude al Juez del domicilio; el artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su regla 23, señala al Juez «del lugar en que los bienes se hallaron o el del domicilio de aquellos a quienes pertenecieren».

La legitimación para pedir la enajenación corresponde al padre—o, en su caso, a la madre—del menor emancipado, a tenor del número 1.º

(29) «Cuestiones prácticas», en *Revista de Derecho Privado*, 1917, pág. 245.

del artículo 2.012 de la Ley, que añade que «si éste fuere mayor de doce y catorce años, respectivamente, según su sexo, firmará también la petición».

El procedimiento se regirá por el Título XI del libro 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (30). Se iniciará el expediente por escrito dirigido al Juzgado solicitando la autorización. El escrito se encabeza con los datos del padre o madre solicitante y del menor que, en su caso, solicita con aquél. Se exponen seguidamente los hechos, como pueden ser el fallecimiento de uno de los padres, la declaración de herederos abintestato a favor de los menores, la participación y adjudicación de bienes, su aprobación judicial, la protocolización del cuaderno particional, el pago de derechos reales en la Oficina liquidadora, y la adjudicación a los herederos de la finca que se desea enajenar, las fechas de nacimiento de los menores, la situación económica de la familia, la necesidad de afrontar ciertos gastos en beneficio de los hijos, etc. Se señalan los fundamentos de derecho, como son el artículo 164 del Código Civil y los 2.011 y siguientes de la Ley procesal. Y se pide al Juez en el suplico que, teniendo por presentado el escrito, se sirva admitirlo con citación del Ministerio fiscal y, practicada la información que se ofrece sobre la necesidad y utilidad de la enajenación, y previo informe fiscal, se dicte auto concendiendo la autorización para enajenar los bienes señalados a fin de aplicar su importe a los fines ofrecidos.

Al escrito se acompañarán los documentos que prueben las manifestaciones del actor: por ejemplo, la copia de la escritura de protocolización de operaciones particionales, los documentos que acrediten el pago de derechos reales, las certificaciones de las actas de nacimiento de los menores, etc. Es fundamental que «se exprese el motivo de la enajenación y el objeto a que deba aplicarse la suma que se obtenga» (art. 2.012, número 3.º) y que «se justifique la necesidad o utilidad de la enajenación» (art. 2.012, núm. 4.º). Oídos los testigos y evacuado informe por el fiscal, el Juez dictará auto—apelable en ambos efectos—otorgando o negando la autorización para la venta (arts. 2.013 y 2.014).

d) *Naturaleza de la autorización.*—En la doctrina italiana reciente, los profesores PROTETTI (ETTORE y CESARE AUGUSTO), en base al artículo 320 del Código Civil italiano (que señala los actos que el padre no puede realizar sino con autorización del Juez tutelar), se preguntan cuáles son la naturaleza y la función de la autorización referida. A su juicio, la función es la de ejercitar un control sobre el mérito del acto, a través

(30) Sobre el expediente para la enajenación de bienes de menores, véase J. GUASP: *Derecho procesal civil*, Madrid, 1965, págs. 1664 y 1665. Un modelo de escrito para solicitar la enajenación puede verse en M. MIGUEL Y ROMERO: *Práctica forense (Derecho procesal práctico)*, 1947, tomo II, pág. 552.

de una valoración de los requisitos de necesidad o utilidad evidente para el menor, control que, sin embargo, no excluye la rescindibilidad, por vía contenciosa, de un contrato estipulado en virtud de autorización. Justamente por esta función de control que desempeña, la autorización no puede ser más que preventiva, lo que, sin embargo, no significa—añaden—que la autorización del Juez tutelar deba incluirse entre las «condiciones» en sentido estricto (elementos accidentales del negocio), ya que ni es eso ni tampoco un elemento integrante del acto (31). Parece que el tema podría plantearse en términos similares con referencia al artículo 164 del Código español.

Cabe recordar a este respecto que la Dirección General de los Registros, en su resolución de 10 de marzo de 1944, declaró que la enajenación requiere, como previa, la autorización judicial, a efectos del Registro de la Propiedad. La misma finalidad persiguió la Resolución de 26 de octubre de 1964.

B) *Para transigir*

De acuerdo con la idea de que transigir es enajenar, y ante el temor de que el patrimonio del menor pueda resultar afectado por una transacción, se impone la exigencia de aprobación judicial a partir de una cuantía determinada.

El artículo 1.810, en efecto, dice en su párrafo 2.º que «el padre, y en su caso la madre, puede transigir sobre los bienes y derechos del hijo que tuvieren bajo su potestad; pero si el valor del objeto sobre que recaiga la transacción excediera de 2.000 pesetas, no surtirá ésta efecto sin la aprobación judicial». Como observa ALONSO PÉREZ, «hoy resulta nimia esa cantidad y sería conveniente elevar el tope para la exigencia de la autorización judicial» (32).

La exigencia relativa a la transacción es extensible, según observa un ilustre procesalista, al compromiso, en virtud de lo preceptuado en el artículo 1.820 del Código Civil y hoy en la Ley de 22 de diciembre de 1953 (33).

Los artículos 2.025 a 2.029 de la Ley de Enjuiciamiento Civil regulan el procedimiento a seguir para obtener la aprobación judicial. Están

(31) E. PROTETTI y C. A. PROTETTI: Comentarios al artículo 320 en la obra *Commentario teorico-pratico al Codice civile diretto da Vittorio de Martino*, lib. I, Edizioni Pem, Roma, 1974, pág. 66.

(32) M. ALONSO PÉREZ: *El patrimonio de los hijos*, cit., pág. 22.

(33) J. GUASP: *Loc. cit.*; véase también T. OGAYAR: *El contrato de compromiso y la institución arbitral*, Madrid, 1977, págs. 157 y ss.

legitimados para pedirle las mismas personas que pueden pedir la venta (art. 2.025, párr. 1.º), es decir, el padre y, en su caso, la madre del menor sujeto a patria potestad. La tramitación comenzará con escrito en que «se expresarán el motivo y objeto de la transacción, las dudas y dificultades del negocio y las razones que la aconsejen como útil y conveniente» (art. 2.025, párr. 2.º); este escrito abrirá el expediente, pero «si sobre el derecho transigible hubiera pleito pendiente, el escrito se presentará en los mismos autos» (art. 2.026). Al escrito «se acompañará el documento en que hubieren formulado las bases de transacción», exhibiéndose también «los documentos y antecedentes necesarios para poder formular juicio exacto sobre el negocio» (art. 2.025, párrs. 2 y 3). Practicadas las diligencias que procedan para demostrar la necesidad de la transacción y oído el Fiscal, el Juez dictará auto—apelable en ambos efectos—concediendo o denegando la autorización, según lo estime conveniente para los intereses del menor (arts. 2.027, 2.028 y 2.029).

2. SANCIONES

A) *Anulabilidad de la enajenación realizada sin autorización*

En las legislaciones que someten a aprobación judicial las enajenaciones de bienes de menores sometidos a patria potestad, surge la cuestión de cuál será la sanción aplicable a los actos realizados por el padre sin haber obtenido la autorización (34). En el Derecho español, la doctrina entendió que la enajenación que no se sujeta a las formalidades del artículo 164 del Código Civil será nula por aplicación de los artículos 4.º (texto anterior a la reforma del Título preliminar) y 1.300 del mismo cuerpo legal (35). Como plazo para ejercitar la acción se ha señalado el de cuatro años, a contar desde que salieron los menores de la patria potestad. La Sentencia de 31 de mayo de 1912 declaró que están comprendidos en el artículo 1.301 los contratos celebrados a nombre de los menores:

La Sentencia de 9 de diciembre de 1953 pone de relieve que la venta «sólo podría convalidarse por los menores al llegar a la mayor edad; pero la posibilidad de esa futura ratificación no impide que mientras ésta no surja puede decretarse la nulidad mediante el ejercicio de la acción que concede el artículo 1.302 del Código Civil»; señala también la

(34) Véase, por Francia, la jurisprudencia recogida en DALLOZ, tomo III, página 673; por Italia, F. MESSINEO: *Manual de Derecho civil y comercial*, traducción española, Buenos Aires, 1954, tomo II, pág. 139.

(35) Véase DE BUEN: *Notas, cit.*, tomo II, vol. 1.º, pág. 82.

sentencia que «esa nulidad no cabe subsanarla obteniendo posteriormente la autorización judicial, pues ésta sólo daría la validez a la enajenación verificada con posterioridad a la misma, pero no convalidaría la anteriormente estipulada sin que precediera ese requisito, que indispensablemente se exige como previo».

Sentencias posteriores—como las de 22 de febrero 1958, 25 junio 1959 y 28 mayo 1965—se inclinan, más que por la anulabilidad, por la nulidad absoluta. Este criterio parece aceptable al profesor ALONSO PÉREZ, que subraya que «están en juego, frecuentemente, valores patrimoniales delicados y es justo que tales actos dispositivos estén afectados de nulidad radical para tutela del sometido, siempre en condiciones de inferioridad» (36).

La Dirección de los Registros, por su parte, ha declarado en la Resolución de 10 de marzo de 1944 que la enajenación requiere, a los efectos del Registro de la Propiedad, como previa, la autorización judicial. La misma finalidad persigue la Resolución de 26 de octubre de 1964.

B) *Impugnabilidad de la enajenación realizada con autorización*

Cabe preguntarse si serán impugnables, por otro lado, las enajenaciones en que ha mediado aprobación judicial. Según MANRESA, la autorización ampara solamente las enajenaciones cuando se acomodan a lo que ella dispuso, pudiendo ser anuladas por incapacidad del transmitente las que excedieren de los límites marcados en la autorización; ninguna influencia tiene, respecto a la validez del acto, los defectos observados en el procedimiento: como afirmó la Sentencia de 28 de octubre de 1907, el vicio de un expediente de autorización no puede afectar a la parte que ninguna intervención tuvo en él y que contrató sobre la base de un acuerdo judicial que tenía todos los caracteres de legitimidad, pudiendo sólo trascender para los efectos de indemnización de perjuicios a los funcionarios que cometieron los defectos que en el expediente existan, pero no a quienes pudieran válidamente contratar sobre la base de una autorización judicial de indiscutible autoridad, mientras no conste de algún modo lo contrario (37).

Cabe también preguntarse si se puede rescindir el contrato celebrado con autorización judicial, por existir lesión para los intereses del menor. A juicio del comentarista antes citado, el caso no está comprendido en el artículo 1.291, y si bien el número 5.º de este precepto se refiere a

(36) M. ALONSO PÉREZ: *El patrimonio de los hijos*, cit., pág. 24.

(37) J. M. MANRESA: *Comentarios*, cit., tomo II, pág. 72. Puede verse también la Sentencia de 21 de junio de 1943.

cualesquiera otros en que especialmente la ley determine la rescisión, no sólo ésta no se expresa en ningún precepto del Código, sino que no es está el espíritu del legislador, y así lo demuestra el artículo 1.296, que, tratando de contratos celebrados en representación de ausentes, no admite la rescisión ni se han celebrado con autorización judicial (38).

C) *Anulabilidad de la transacción acordada sin autorización*

La jurisprudencia española ha considerado como meramente anulable la transacción otorgada por el padre sin autorización judicial. La Sentencia de 21 de mayo de 1940 declara así que, aun respecto de la transacción que exceda de 2.000 pesetas (que es para la que exige el artículo 1.810, como vimos, aprobación judicial), «el padre y, en su caso, la madre pueden transigir sin cumplimiento previo de formalidad alguna complementaria de su capacidad, ni celebrando un contrato perfecto, siquiera para su consumación, esto es, para que surta efecto, sea precisa la aprobación judicial, cuya falta nunca sería determinante de nulidad absoluta o radical del contrato, puesto que en él concurren los requisitos esenciales que señala el artículo 1.261 del Código Civil, sino que constituiría para su consumación un impedimento por defecto subsanable, quedando entre tanto el contrato en la situación jurídica de anulable y susceptible de ser invalidado por acción de nulidad, o purificado y convalidado mediante su confirmación, según disponen los artículos 1.300 y 1.310 del Código Civil». Anteriormente, ya la Sentencia de 8 de junio de 1917 había declarado que, en ese caso, el contrato queda perfeccionado por el consentimiento de los padres, aunque para su consumación necesita de la aprobación judicial.

A tenor de la Sentencia de 10 de abril de 1908 y de la Resolución de 28 de agosto de 1913, la aprobación judicial de una transacción, con fecha posterior a la misma, subsana la falta de autorización judicial previa.

El plazo que tiene el menor para impugnar la transacción es, como declara la Sentencia de 11 de noviembre de 1955, el de cuatro años a partir de la mayoría de edad. Algunos civilistas, como GULLÓN y ALONSO PÉREZ, observan que es el menor el legitimado, cuando llegue a la mayoría, para impugnar la transacción o confirmarla (39).

(38) J. M. MANRESA: *Loc. cit.*

(39) A. GULLÓN BALLESTEROS: *La transacción*, Madrid, 1964, pág. 92, y M. ALONSO PÉREZ: *El patrimonio de los hijos*, cit., pág. 22.

III. LA ENAJENACION DE BIENES MENORES EN EL PROYECTO DE LEY SOBRE REFORMA DEL CODIGO CIVIL EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD

En las páginas anteriores me he esforzado en contemplar el tema en dos planos: el del Derecho histórico y el del Derecho vigente. Quisiera, antes de terminar, entrar, siquiera sea muy brevemente, en un tercer plano: el del Derecho futuro. Que en este caso es de un futuro muy próximo, ya que está a punto de coronarse la reforma de la patria potestad en el Código Civil.

Los trabajos prelegislativos para dicha reforma han sido realizados fundamentalmente por un Grupo de Trabajo denominado de «Filiación, Patria Potestad y Tutela», que para preparar la reforma legal en esos tres grandes temas se constituyó en el seno de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación (40). El Anteproyecto relativo a la patria potestad estaba terminado antes del pasado verano. Después de conocido y aprobado por el Pleno de la Sección, y luego de algunos retoques que a su texto se hicieron en el Ministerio de Justicia en base a observaciones formuladas por los otros Departamentos ministeriales, fue remitido—ya en concepto de Proyecto de Ley—a las Cortes y ha sido publicado en el *Boletín Oficial* de las mismas de 15 de septiembre de 1978 (41). Sus líneas generales son bastante conocidas y no creo procedente recordarlas aquí.

¿Cómo enfoca el Proyecto de Ley la concreta cuestión de la enajenación de bienes de menores? Al comenzarse los trabajos prelegislativos, una Ponencia que por encargo del Grupo citado hube de redactar y que constituyó el primer borrador del futuro Título VII del libro I del Código Civil, sugería como nuevo texto del artículo 164 el siguiente:

«El padre y la madre no podrán enajenar ni gravar los bienes del hijo en que les corresponda el usufructo o la administración cuando se trate de inmuebles, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad, y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del

(40) Presidente y Secretario del Grupo fueron nombrados, respectivamente, don PEDRO ARAGONESES ALONSO y don JESÚS DÍEZ DEL CORRAL. Vocales que han participado en las tareas han sido don MANUEL ALBALADEJO, don MANUEL DE LA CÁMARA, don JOSÉ JAVIER LÓPEZ JACOISTE, don LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA, don MANUEL PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, doña CARMEN SALINAS ALFONSO, doña CONCEPCIÓN SIERRA ORDÓÑEZ, doña MARÍA TELO NÚÑEZ y el autor de estas páginas.

(41) Número 148, del 15 de septiembre de 1978, págs. 3186-3192.

Ministerio Fiscal, salvas las disposiciones que, en cuanto a los efectos de la transmisión, establece la Ley Hipotecaria. La misma autorización necesitarán para repudiar la herencia a que sea llamado el sujeto a la patria potestad.»

Este texto fue, a lo largo de las discusiones en el Grupo, mejorado y enriquecido, especialmente por las aportaciones y sugerencias que en el mes de abril hizo el recién nombrado Presidente de la Sección Primera don LUIS DíEZ-PICAZO. Y el texto que, en definitiva, ha adoptado el Proyecto en esta cuestión, ahora regulada en el artículo 166, dice:

«Los padres no podrán disponer a título gratuito de los derechos o bienes que pertenezcan a sus hijos.

Tampoco podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. En tal caso, si el Juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado o donación.

Cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o imponer una rendición periódica de cuentas.»

En la Comisión de Justicia del Congreso, durante la legislatura anterior, una Ponencia comenzó a examinar el Proyecto de Ley. Las enmiendas formuladas por los Grupos Parlamentarios al artículo 166 son ciertamente escasas (42). La disolución de las Cortes interrumpió natu-

(42) Los Grupos Parlamentarios, cuyas enmiendas contienen alguna propuesta respecto al artículo 166, han sido los siguientes: a) El Grupo Parlamentario «Grupo Socialista del Congreso», que propugna la adición al párrafo 3.º de las palabras «... en tal caso, si el Juez denegare la autorización, se entenderán automáticamente aceptados la herencia, el legado o donación». b) El Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana, que postula como redacción del último párrafo: «Cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las providencias que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución y fianza para la continuación en la administración o imponer una rendición periódica de cuentas o nombrar un Administrador Judicial». c) El Grupo Parlamentario «Socialistes de Catalunya», que defiende el mantenimiento en el futuro artículo 166 del actual artículo 164 con la supresión del término «inmuebles», y la adición de un nuevo párrafo con el siguiente texto:

ralmente los trabajos de la Ponencia, que no había llegado en su examen al texto del artículo 166. La nueva Cámara será, pues, la llamada a discutir y, en su caso, aprobar el Proyecto. Cabe esperar que en fecha próxima la enajenación de bienes de menores se regirá por un precepto nuevo. A la Historia del Derecho español pasará entonces la norma del actual artículo 164 del Código Civil, que tanto tiempo ha regulado la materia. Pero la rica doctrina que a lo largo de ese tiempo se fue construyendo por los autores y por la Jurisprudencia—y que antes traté de resumir—seguirá siendo útil y valiosa para la interpretación de la norma nueva y para el estudio de su problemática.

JOSÉ M.^a CASTÁN VÁZQUEZ
Letrado del Ministerio de Justicia

«Los padres deberán recabar la autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que les fuesen ofrecidas, así como para aceptarlas sin beneficio de inventario. En tal caso, si el Juez denegare la autorización se entenderán automáticamente aceptados la herencia, el legado o la donación».