

La prohibición de enajenar bienes dejados en nuda propiedad a los hijos menores

SUMARIO

- I. El poder de administración y derecho de usufructo de los padres.
- II. Prohibición testamentaria y legal. Su extensión.
- III. Eficacia de la prohibición testamentaria.

I

La patria potestad, dice RUGGIERO, implica en quien la ejerce el poder de representar al hijo en todos aquellos actos (judiciales o extrajudiciales), para los cuales carece de capacidad.

En virtud del poder de representación, el padre celebra, en nombre y por cuenta del hijo, todos los negocios que interesen a éste. El poder de administración y el usufructo concedido al padre o madre, sobre los bienes de sus hijos menores, no son sino emanaciones o facultades derivadas del poder de dirección y asistencia que compete al padre o madre sobre sus hijos.

Esta representación y administración se ejerce sobre los hijos vivos y sobre el concebido no nacido (*nasciturus*) en virtud del principio tradicional que equipara el *conceptus* al *in natus*, o, como decía el Derecho romano, «al concebido se le tiene por nacido para to;

dos los efectos que le sean favorables», principio recogido en el artículo 29 de nuestro Código. Pero este poder de administración legal no es un poder absoluto, ilimitado, sino más bien restringido; de una parte, dice RUGGIERO, es solamente poder de administrar, no de disponer; de otra, la administración misma se extiende a los actos ordinarios, excluyéndose los extraordinarios. En la función de administración, el padre tiene, por un lado, deberes comunes a los del administrador de los bienes ajenos y debe, por tanto, emplear la debida diligencia, rendir cuenta, asumir responsabilidad.

Por eso el Código habla de la «diligencia de un buen padre de familia», que se toma como prototipo de persona celosa y diligente; por otro lado, el afecto paternal presumible por la ley, impide su equiparación a un extraño, a un mandatario o gestor de negocios. Ni siquiera podrían aplicársele las rigurosas disposiciones dictadas para la administración del tutor. La ley no puede olvidar los vínculos de sangre y la relación de dependencia filial que impide al hijo la fiscalización ilimitada, en su día, de la gestión paterna. Claro está que la misma ley no puede menos de prever circunstancias anormales en las que puede existir incompatibilidad de intereses entre padres e hijos y para ello crea la institución del defensor judicial (art. 165 del Código civil), análoga a la del curador especial del Código civil italiano de 1942.

Al lado del poder o facultad de administración, nuestro Código concede al padre o madre que ejerce la patria potestad, un derecho de usufructo legal cuyos precedentes se hallan en la legislación justiniana, precisamente en el usufructo otorgado al «pater familias» sobre la *bona adventicia* del hijo, que viene a ser un atributo patrimonial de la patria potestad conferida al padre.

Es un derecho real de goce sobre los bienes del hijo, que dura mientras éste viva, o hasta que alcance la mayoría de edad o emancipación. En Derecho romano, el usufructo legal del padre sobre los bienes de sus hijos menores estaba en la unidad patrimonial de la familia, concentrada en el «pater familias», hasta el punto de que aun desaparecida aquella unidad patrimonial en los últimos tiempos, fué, por así decirlo, el último baluarte de aquel poder.

Como dice BONFANTE, el «pater familias» es el único sujeto de derechos patrimoniales, y aunque desde los primeros tiempos fué conocido el *peculium* o pequeño patrimonio separado concedido al hijo, éste se amplía paralelamente a la disminución del poder patri-

monial del padre, que en los últimos tiempos llega a convertirse en un derecho de usufructo sobre los bienes adventicios (*peculium adventicio*), y el hijo ya no adquiere para el padre.

En Derecho germánico, dice don FELIPE CLEMENTE DE DIEGO; predominó el sentido colectivo y familiar. Por eso, aun después de reconocida la propiedad individual, lo que los hijos adquirían engrosaba el patrimonio de la familia, y el padre, como representante de ésta, tenía «tenencia, posesión y usufructo», pero a la muerte de los padres se repartía entre todos los hijos, no sólo entre los que lo habían adquirido.

La Ley 14, título II, libro IV, del Fuero Juzgo, concede al padre el derecho a los frutos de los bienes de los hijos y gastarlos con ellos «comunalmente», y después que los hijos se casaran o cumplirían veinte años, el padre debe darles la mitad de la «buena», o sea, el patrimonio heredado de la madre, y él debe tener la otra mitad toda su vida, sin poderla donar ni vender.

Las Partidas establecieron diferentes restricciones para garantizar la conservación de los bienes muebles de los hijos de familia y de los menores incapacitados. Así, la Ley 24, título 13, Partida V, disponía que el padre no pudiera enajenar los bienes inmuebles del hijo y que si lo hiciese quedaban obligados los propios bienes del padre. Lo mismo se prescribe respecto a los bienes de los menores e incapacitados en la Ley 18, título 16, Partida IV, y en la Ley 60, título 18, Partida III, en la que se previene, además, que la venta de los bienes de huérfanos o menores, sólo puede hacerse por razón de deudas o «por gran pró» de los huérfanos mediante otorgamiento (autorización) del Juez y andando la cosa públicamente en almoneda treinta días, o sea, como dice FÁRREGA CORTÉS, al estudiar el precepto, las Partidas exigen para la venta de los bienes de los menores y huérfanos, tres requisitos: Necesidad o gran pró, es decir, utilidad; otorgamiento del Juez; solemnidad de la subasta o almoneda por treinta días. Los comentarios extendieron la prohibición de enajenar que las Partidas establecían para los inmuebles a las alhajas y muebles preciosos.

La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, añadió la prohibición de enajenar los derechos de todas clases y la Real orden de 28 de agosto de 1876 llegó a prohibir a los Notarios que autorizasen escrituras de enajenación, o gravamen de bienes inmuebles o menores de

incapacitados, sin que se hubiese obtenido previamente la autorización judicial, y mandando a los Registradores de la Propiedad no admitiesen a inscripción los documentos, si no se hubiese obtenido previamente aquella autorización.

Finalmente, la Ley de Enjuiciamiento civil vigente añadió una nueva clase de bienes, cuya enajenación estaba también prohibida sin estas solemnidades: la de los valores o efectos públicos. El Código civil, en su artículo 164, parece limitar su prohibición a los bienes inmuebles, aunque no faltan autores que la hagan extensiva a otras clases de bienes.

Dejando a un lado estos antecedentes históricos, es lo cierto que en el Derecho moderno el usufructo legal del padre o madre, en su caso, sobre los bienes de sus hijos menores tiene un fundamento racional: la necesidad de otorgar al padre una compensación por los gastos y cuidados que sobre él pesan por razón de la manutención y educación de los hijos, considerándose el usufructo como un medio de asegurar el cumplimiento de dichos deberes. Este derecho de usufructo corresponde al padre o, en su defecto, a la madre, que ejerza la patria potestad (art. 154-164 del Código civil) y como atributo inherente a aquélla es inalienable y no hipotecable, es decir, que los padres tienen las obligaciones propias de todo usufructuario (artículo 163) y las especiales consignadas en la Ley Hipotecaria y, no obstante, carecen de poder-disposición sobre su derecho de usufructo, cual ocurre en el usufructo ordinario. En nuestro Código civil se distingue entre pura administración de tipo legal, sin derecho a usar ni disfrutar los bienes, y usufructo propiamente dicho.

La distinción aparece consagrada en el párrafo segundo del artículo 163. Los bienes que integran la administración legal, sea cualquiera su naturaleza, quedan sujetos a la formación de inventario con intervención del Ministerio Fiscal, y a propuesta de éste, puede el Juez decretar el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo (ap. 2.º, art. 163).

Por el contrario, el derecho de usufructo conferido a los padres se configura como un derecho real especial, sometido al cumplimiento de importantes deberes familiares. No es un derecho de usufructo común. Con razón hace resaltar don JOSÉ CASTÁN la especial configuración que el derecho patrimonial adopta dentro del seno de la familia, pues ya adopte la figura de un derecho real, como en el usufructo legal, ya un derecho de crédito, como en la obligación alimen-

ticia, el derecho patrimonial familiar imita, pero no reproduce exactamente la categoría del derecho real o de crédito.

Así, el usufructo legal del padre sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados no es precisamente un usufructo común. Esta fisonomía peculiar es clara, pues mientras en el usufructo común y el usufructuario queda obligado en todo lo relativo a la conservación de bienes, pago de cargas y contribuciones que recaigan sobre los frutos (art. 504), en el usufructo que anotamos, además de aquellas obligaciones, ha de sufragar los gastos de manutención, educación e instrucción de los hijos.

En aquél puede disponer de su derecho de usufructo, aquí no puede enajenar ni hipotecar; en el usufructo ordinario ha de prestar fianza, de la que resulte relevado en éste «salvo el caso de que contrajera segundo matrimonio» (art. 492), pues ello sería incompatible con la dignidad paterna.

Por otra parte, los modos de extinción del usufructo común ponen bien de relieve la especialidad de este derecho concedido a los padres. El usufructo legal se extingue al terminar la patria potestad (mayoría de edad o emancipación), por pérdida o privación de la patria potestad de los padres, cuando así se declare por sentencia firme, o por contraer segundas nupcias, según el Derecho italiano. Las obligaciones especiales impuestas al usufructuario legal, dice don JOSÉ CASTÁN, son las establecidas en la Ley Hipotecaria, que se reducen a la de constituir el padre o madre, hipoteca legal en el caso de contraer segundas nupcias, a tenor de lo prevenido en el número 3.º del artículo 168 y artículo 190 de la referida Ley.

Como administrador, hay que suponer, dice SÁNCHEZ ROMÁN, tendrán los padres las obligaciones propias del mandatario.

II

Con estos antecedentes podemos entrar en el examen de la prohibición voluntaria y sus efectos, a que alude el epígrafe. Es corriente que los testadores al ordenar su disposición testamentaria, singularmente la atribución de bienes y tratándose de menores dejen a éstos la nuda propiedad y el usufructo al padre o madre con quienes vivan, con la prohibición absoluta de enajenar los bienes, ni gravarlos, sea cualquiera su causa.

El Código civil contiene una prohibición análoga en cuanto referida a los bienes inmuebles y dispone en el artículo 164: «el padre o en su caso la madre, no podrá 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».

El precepto anterior aparece fundado en la patria potestad, aunque expresamente no lo diga el artículo 164 del Código civil y, de consiguiente, únicamente podrán referirse y afectar al padre, o en su caso la madre, que ejerza la patria potestad. El Código civil italiano de 1942 contiene un precepto análogo al del artículo 164 del Código español.

Ahora bien; la prohibición absoluta de enajenar los bienes dejados a los hijos menores, impuesta por el testador, ni gravarlos, ¿es compatible con el precepto del artículo 164 del Código civil?

Obsérvese, en primer término, que la prohibición legal, literalmente, se refiere de forma exclusiva a los bienes inmuebles, en tanto que la prohibición voluntaria, ordinariamente, impuesta en testamento, afecta o puede referirse a toda clase de bienes. Además, la prohibición legal encuentra sus propios límites en la necesidad o utilidad, justificada y apreciada por el Juez en el correspondiente procedimiento (en la práctica, expediente), previo dictamen del Ministerio Fiscal.

En cambio, la prohibición testamentaria puede ser y normalmente lo es, con carácter absoluto, sin limitaciones ni excepciones de ninguna clase, o sea, que ésta última suele ser absoluta, aunque en el caso concreto concurren causas de utilidad o necesidad para la enajenación de los bienes.

Claro está que la extensión de la prohibición legal, a pesar de los términos taxativos del artículo 164 del Código civil, no aparece clara en nuestros autores y comentaristas. MANRESA, seguido de DE BUEN, y al mismo tiempo don JOSÉ CASTÁN, entienden que el artículo 2.011 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ampliatorio de la prohibición legal a las demás clases de bienes, ha sido derogado por el 164 del Código civil, y de consiguiente, la prohibición legal no puede extenderse a los efectos y valores públicos, derechos de todas clases, alhajas, muebles y objetos preciosos, que no puedan conservarse sin menoscabo.

Por el contrario, otros autores patrios (SÁNCHEZ ROMÁN, SCAEVOLA, DE DIEGO, VALVERDE, etc.), consideran vigente el precepto de la Ley de Enjuiciamiento civil, de suerte que a juicio de estos ilustres autores, el precepto, un tanto restrictivo, del artículo 164, del Código civil, no es sino su complemento. DE BUEN, entiende, no obstante, que el artículo 2.011 de la Ley de Enjuiciamiento civil, aunque derogado por el Código, pudiera ser aplicable por analogía a ciertos bienes muebles de importancia excepcional. De ello resulta, según MANRESA, que la autorización judicial será necesaria: Primero. Para todos los actos de enajenación de bienes. Segundo. Para imponer algún gravamen. Tercero. Para todos los que tengan por objeto la extinción de derechos reales sobre inmuebles (cesión, renuncia, redención, etc.).

Sin embargo, hay casos expresamente excluidos de la aprobación judicial, como le sucede a la partición de la herencia cuando los menores de edad estén representados por el que ejerza sobre ellos la patria potestad (art. 1.060 del Código civil).

Respecto de la transacción (enajenación analógica, según la concepción clásica), el Código civil determina en su artículo 1.810, que el padre, o en su caso la madre, pueden transigir sobre los bienes o derechos del hijo que tuviesen bajo su potestad, pero si el valor del objeto sobre el que recaiga (la transacción) excede de 2.000 pesetas, no surtirá efecto sin la aprobación judicial.

En cuanto a la prohibición testamentaria impuesta a los padres, en orden a sus límites, entendemos que aun cuando concurren las aludidas causas de utilidad o necesidad, no será posible la enajenación, pues aquella prohibición voluntaria encierra una cláusula testamentaria perfectamente lícita, e impone una obligación de no hacer (negativa) que en nada se opone a las leyes, a la moral, ni al orden público y, en consecuencia, de mediar aquella cláusula, no podrán el padre o la madre invocar para la enajenación el precepto legal, debiendo, por tanto, respetarse la voluntad testamentaria, que en definitiva, no es sino una limitación del dominio, doctrina sentada por la Dirección general de los Registros y del Notariado.

La enajenación de bienes de menores constituye en nuestro Derecho Positivo un acto de jurisdicción voluntaria específico, el llamado expediente de necesidad o utilidad. Se inicia mediante solicitud del padre o, en su caso, de la madre, que ejerce la patria potestad. Si el hijo fuese mayor de catorce años, deberá firmar también la so-

licitud, en la que habrá de expresarse el motivo de la enajenación y el objeto a que deba aplicarse la suma que se obtenga, que se acredite la utilidad o necesidad de la misma y que dictamine el Ministerio Fiscal.

Se ofrecerá en el escrito información testifical suficiente para justificar la utilidad o necesidad de la enajenación, la que deberá practicarse por medio de tres testigos, por lo menos, dando fe el Secretario de conocerlos, o exigiendo testigos de conocimiento en su caso.

La autorización se concede siempre imponiendo al que la obtiene el deber de justificar la inversión del precio. Entretanto, la cantidad importe del precio se entregará a los padres, o al que de ellos la hubiese solicitado. El mismo procedimiento es el seguido para la imposición de gravámenes.

En cuanto a la transacción, ya hemos dicho habrá de estarse a lo prevenido en el párrafo 2.º del artículo 1.810 del Código civil y artículo 1.811 de la Ley procesal cuando el valor de la misma exceda de 2.000 pesetas. Es interesante consignar la Sentencia de 21 de junio de 1943, citada por don MANUEL DE LA PLAZA, que reproduce la doctrina de la de 28 de octubre de 1907, a cuyo tenor los vicios del expediente de enajenación de bienes de menores, no pueden afectar a las personas que no tuviesen intervención en él, y que contrataron sobre la base de un acuerdo judicial que tenía todos los caracteres de legitimidad, y que los defectos que existan en el expediente sólo pueden trascender a los funcionarios que a ellos dieron lugar, pero no a quienes pueden válidamente contratar sobre la base de una decisión judicial de indiscutible autoridad.

III

Prácticamente, ¿cuál será la eficacia de la prohibición testamentaria? Es necesario discriminar, según se trate de bienes inmuebles o de las demás clases de bienes. En el primer caso, si la prohibición consta en el Registro de la Propiedad, la venta no será inscribible y, por tanto, ningún perjuicio puede causar al menor.

En tal supuesto (si hubiera existido enajenación); se trataría de un acto jurídicamente inexistente o, si se quiere, de un acto nulo, con nulidad de pleno derecho, sometido a la prescripción absoluta del artículo 4.º del Código civil. En los demás casos, la enajenación será:

anulable, y el menor podrá ejercitar la acción correspondiente dentro de los cuatro años siguientes a su mayoría de edad, conforme a los artículos 1.301 y número 2.º del artículo 314, del Código civil.

A este respecto, tiene declarado el Tribunal Supremo que el hijo, para entablar dicha acción, deberá renunciar previamente a la herencia del padre o de la madre que efectuó la enajenación anulada.

Vemos, por tanto, que la cláusula prohibitiva despliega una mayor influencia y eficacia en orden a la protección de los hijos menores cuyo «patrimonio» trata de defender contra posibles extralimitaciones y abusos de algunos padres. Claro está que la misma norma, no obstante su natural rigidez, deja algún resquicio de la que maliciosamente se aprovechan algunas personas para burlar la prohibición legal y, desde luego, la impuesta por el testador.

Si agotar los medios utilizados, y por vía de ejemplo, pueden citarse el emancipar al menor, conforme al artículo 317 del Código civil, una vez cumplidos los dieciocho años, o bien proceder judicialmente para el pago de deudas, pues la Dirección general de los Registros ha declarado, con criterio un tanto utilitario, que procede la enajenación de bienes de los menores, siempre que hayan sido condenados al pago de deudas, o simplemente dejar de satisfacer los impuestos, especialmente la contribución territorial, rústica o urbana, consiguiendo con ello la venta de la finca en pública subasta con anuencia previa de postores, pues aunque lo lógico sería que se subastase únicamente el derecho de usufructo perteneciente al padre, a cuyo cargo corre, a título de usufructuario, el pago de la contribución territorial, la jurisprudencia administrativa tiene declarado que cuando el usufructuario no satisface los impuestos territoriales, se procederá contra toda la finca. De entre todos estos medios leoninos y notoriamente lesivos para los intereses de los menores, sobresale en la práctica el muy divulgado de simular deudas, a cargo del patrimonio de aquéllos, con lo que se provoca el apremio judicial y la venta subsiguiente en pública subasta. Con ello se realiza plenamente y de forma legal el fraude de los menores, quedando perfectamente frustrado el interés del testador.

BIBLIOGRAFIA

- RUGGIERO : «Instituciones de Derecho civil». Traducción de la 4.^a edición italiana (Reus, 1931). V., 2.º, pág. 895 y ss.
- BONFANTE : «Instituciones de Derecho romano». Traducción de la 8.^a edición italiana (Reus, 1929). Pág. 165 y ss.
- CLEMENTE DE DIEGO : «Instituciones de Derecho civil español». Madrid, 1929. T. 3.º, pág. 478.
- DE BUEN : «Derecho civil común» (Judicatura). Reus, 1932. V., 2.º, página 183.
- FÁBREGA CORTÉS : «Lecciones de Práctica Forense». Barcelona, 1921, pág. 426 y ss.
- CASTÁN : «Derecho civil español, común y foral», 5.^a edición, tomo tercero, pág. 439.
- MANRESA : «Comentarios al Código civil español». Tomo 2.º, página 51.
- DE BUEN : Obra citada, II, pág. 188.
- MANRESA : Obra citada, I, págs 51-52.
- DE LA PLAZA : «Derecho procesal civil español». V., 2.º, pág. 714.

JUAN DE TORRES ACUILAR
Juez Municipal