

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXI

Diciembre 1945

Núm. 211

Enajenación de inmuebles del «*filius-familias*»

Parece inexcusable que los redactores del nuevo Reglamento Hipotecario den al actual artículo 231 una nueva forma y contenido, no sólo porque éste ha sido alterado por la jurisprudencia de la Dirección de los Registros, sino porque su aplicación a determinados casos y actos ofrece dificultades dignas de consideración.

La enajenación de derechos reales inmobiliarios del *filius-familias* (así llamaba a los impúberes sometidos a potestad doméstica el Derecho Romano, y así llamó el Código de Partidas al "hijo que es en poder del padre") se inspiró siempre en el principio de protección y defensa de los hijos, aunque su reglamentación ofrece dos períodos diferentes: uno, importado del Derecho Romano a las Leyes de Partida, que, aunque en éste aparece con un sentido contradictorio, concedía al padre la facultad de enajenar *per se* y sólo otorgaba como garantía para el hijo el quedar los bienes del padre obligados "e empeñados al hijo" y acción a éste para recuperar lo vendido. La otra fase, genuinamente española, iniciada en los Códigos indígenas y desenvuelta en nuestro actual Derecho, niega al padre la facultad de enajenar por sí y le exige para tales actos la previa justificación de la necesidad o utilidad, la autorización judicial y el depósito o inversión adecuada del equivalente de la enajenación.

Pero a efectos hipotecarios la calificación registral de estas enajena-

ciones queda reducida a la apreciación de existencia del acto enajenativo y a la exigencia de la autorización judicial.

En cuanto al *rem alienam facere* lo explicaban las Leyes de Partida diciendo: "Enajenar es una palabra que pusimos en muchas leyes . e por ende queremos aquí demostrar qué quiere decir: e decimos que aquel a quien es defendido de non enajenar la cosa, que la non puede vender, nin camiar, nin empeñar, nin puede poner servidumbre en ella, nin darla a censo". La R. O. de 28 de agosto de 1876 perfiló más este concepto, aclarando que la enajenación no sólo comprende todo acto de inmediata transferencia de dominio, como compraventa y retroventa, sino todo "acto de gravamen o transmisión en potencia, como la hipoteca, y toda extinción de derecho real, como cesión, renuncia, subrogación, cancelación, redención, etc.". Por su parte, la Dirección de los Registros, en su jurisprudencia, ha ido depurando cada uno de éstos conceptos y catalogando otros nuevos, como la prórroga del derecho de retraer, la cesión de prioridad del derecho de hipoteca, la dote estimada, adjudicaciones para pago de deudas, revocación de donaciones, arrendamientos inscribibles, aportación de inmuebles a la Sociedad, etc.

De la depuración del Centro Directivo resulta que la cancelación de hipoteca no es acto enajenativo si tiene por objeto la subrogación por otra hipoteca otorgada por las mismas personas y con iguales derechos (4-4-68); ni tampoco lo es la retroventa, porque no existe transferencia perfecta, sino una resolución que coloca las cosas como estaban antes de la venta; ni tampoco lo es la repudiación o renuncia de herencia ni la ratificación de enajenaciones anteriores, porque no hay desprendimiento patrimonial.

El criterio auténtico para la apreciación del acto enajenativo, según la más reciente jurisprudencia, está en la idea de patrimonio, y para su calificación (empleando una fraseología médica) da buenos resultados la aplicación de la siguiente regla del Digesto: "Entendemos que la cosa está en nuestro patrimonio cuando a los que la poseemos nos compete excepción o si la perdemos nos compete acción para recuperarla." Por tanto, siempre que exista desprendimiento patrimonial hay enajenación, y la autorización judicial es necesaria.

Pero, aunque esta autorización es necesaria, no siempre es exigible por el Registrador en los términos marcados por el Código civil. La razón de ello está en la verdadera naturaleza de la autorización judicial,

que no es, como se ha dicho en la R. O. del 78, un complemento de capacidad del padre, sino el ejercicio de una función tutelar confiada a los Tribunales, ya que el padre ha de tener capacidad de obrar y la representación legal sólo le autoriza para los actos provechosos al hijo, pero no para la facultad dispositiva de los inmuebles. Por eso la autorización judicial no es exigible cuando el mismo Estado ordena la enajenación, como ocurre en los actos por ministerio de la Ley o Resolución judicial (delito, retracto legal, expropiación forzosa, sentencia condenatoria) o en aquellos en que el testador libera a los padres de los herederos voluntarios del cumplimiento de tal exigencia legal, o en aquellos otros en que el derecho real que se extinga ingresó en el patrimonio del hijo sin causa jurídica o legal, como las hipotecas constituidas en favor de los hijos por los padres que no pasaron a segundas nupcias.

Fuera de estos casos la autorización judicial es exigible y su ausencia constituye defecto. Pero ¿qué clase de defecto? En este punto ha evolucionado actualmente la doctrina, porque desde que la Ley de Matrimonio civil modificó la doctrina histórica de peculiares y exigió la autorización judicial, y aun antes de esta Ley por imperio del sistema hipotecario, el defecto se reputó insubsanable, criterio confirmado en la Real orden de 1876, que ordenaba a los Registradores la no admisión de documentos de enajenación cuando *no constare de ellos* que los otorgantes habían obtenido previamente la oportuna autorización y que reunían, por lo mismo, la capacidad necesaria para celebrarlos; cuya disposición admitía excepcionalmente que las escrituras otorgadas sin dicho requisito con anterioridad a su publicación podían inscribirse si se subsanaba el defecto, excepción que confirma el carácter insubsanable de las otorgadas sin dicho requisito después de su vigencia.

Actualmente no puede catalogarse el defecto entre los insubsanables por aplicación de la teoría de la nulidad de los contratos, según la que la falta de tal requisito no hace el contrato "radicalmente nulo, sino anulable y susceptible de ser invalidado por acción de nulidad o purificado y convalidado mediante su confirmación", y en consecuencia, la Dirección de los Registros ha tenido que dar un sentido útil a la *previa autorización*, concretando la prioridad de la autorización no al otorgamiento de la escritura, sino a la inscripción solamente. El considerando 9.^º de la Resolución de 10 de marzo de 1944 dice así: "la enajenación de bienes de menores por el padre o madre requiere, a los

efectos del Registro, como previa, la autorización judicial, porque esa formalidad ha de preceder a la inscripción de la venta, ya que el Juez debe conocer con antelación las causas de necesidad o utilidad en que se funda, y su dictamen es elemento inexcusable en la calificación del Registrador".

Hoy pueden celebrarse contratos de enajenación de inmuebles de hijos de familia sin la previa autorización judicial, pero tales contratos no pueden ser inscritos sin que vayan acompañados de una autorización *a posteriori*. Y hasta que ésta llegue al Registro su falta ha de encuadrarse entre los defectos subsanables o los que no son subsanables ni insubsanables. Aunque a primera impresión parece que tales documentos debieran admitirse a inscripción, en la que resalte la existencia del posible ejercicio de una acción resolutoria por analogía con lo resuelto para las enajenaciones de bienes parafernales de mujer mayor de edad sin licencia del marido, una segunda impresión mejor meditada llevará el ánimo al convencimiento de que lo pertinente es la anotación preventiva, porque estas enajenaciones de hijos de familia guardan mayor analogía con las de bienes de matrimonio efectuadas por la mujer sin autorización o apoderamiento del marido, criterio éste que armoniza la teoría de la anulabilidad con los principios hipotecarios, ya que el titular inscrito es una persona sin capacidad de obrar, y quien contrata, otra distinta, que aunque obra en su representación lo hace sin facultades dispositivas.

Dado el actual estado de la doctrina de estas enajenaciones, resalta la eficaz función tutelar que, con efectos prácticos, está encomendada a los Registros de la Propiedad, y resaltan hoy más que antaño las consecuencias beneficiosas que en este orden de protección a los hijos de familia introdujo la primitiva Ley Hipotecaria, con lo que podría muy bien afirmarse que no fué la Ley de Matrimonio civil la que modificó la tradicional doctrina de peculiares, sino que virtualmente lo hizo la Ley Hipotecaria, y que a sus redactores, a aquellos venerables juríscultos muertos en olor de sabiduría, deben hoy los hijos de familia la única garantía eficaz que les preserva, sin necesidad de pleitos, contra las posibles extralimitaciones de los padres. Porque si de éstos, movidos por el vínculo de la sangre, no cabe esperar más que beneficios y abnegaciones para los hijos, ocasiones ofrece la vida, por motivos de penuria o de desnaturalización, para que aquéllos conviertan en provecho propio lo que es de los hijos; y si éstos, por el culto y veneración que

merece quien nos dió el ser y educó en la lucha para la vida, aprobaran, tales actos de sus padres, en cambio la sociedad, en su función tutelar, ha de proteger al desvalido con leyes previsoras que hagan imposible la ejecución de actos que toda conciencia honesta rechazaría.

EXTINCIÓN DE DERECHOS INSCRITOS

Sentado el concepto de enajenación como todo acto de desprendimiento patrimonial, la extinción de derechos reales inscritos es acto enajenativo que requiere el consentimiento hipotecario del titular inscrito o de sus causahabientes o representantes legítimos; pero cuando de hijos de familia se trata, la representación legítima de ellos no puede prestar tal consentimiento sin las formalidades exigidas por el artículo 164 del Código civil y 205 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, la misma legislación hipotecaria sienta la doctrina, de que para la cancelación de asientos registrales no hace falta el consentimiento del favorecido cuando el derecho inscrito ha quedado extinguido por declaración de la Ley o por cumplimiento de los requisitos previstos en el asiento que se ha de cancelar. Pero, en este punto concreto, se ha dudado y discutido si acreditado el pago o cumplimiento de la obligación principal garantida con hipoteca, procede la cancelación del asiento sin necesidad del consentimiento a este solo fin, duda que mantiene la redacción del actual artículo 155 del Reglamento al admitir en su primer párrafo la cancelación sin consentimiento o automática cuando de la misma escritura inscrita u otro documento fehaciente resulte que el derecho asegurado se ha extinguido, y sin embargo, no se admiten a registro las escrituras de carta de pago del crédito principal si no va acompañada del consentimiento para cancelar.

El fundamento de la cuestión está en la dualidad de orden jurídico entre obligaciones y derechos reales y en el mayor rigor de éstos; y el problema que entraña es el de resolver si la fuerza extintiva del pago o solución de la obligación principal alcanza a lo accesorio, que es la hipoteca, o si, por el contrario, aquella fuerza extintiva no traspasa el ámbito del derecho de obligaciones por encontrar un dique en el campo de los derechos reales.

Los dos primeros Reglamentos hipotecarios admitieron, a este efecto, que una vez extinguido el derecho "por efecto natural del contrato".

qué diere causa a la inscripción, como se verifica con la hipoteca cuando el deudor paga su deuda", no era necesario el consentimiento a la cancelación. Según estos Reglamentos, la fuerza extintiva de la obligación tenía efectos hipotecarios inmediatos; pero, a pesar de ello, los Registradores, amparados en la Ley y apoyados por la Dirección, no reconocieron tal poder extintivo y exigieron siempre el consentimiento para cancelar, cuya doctrina parece corroborar el Tribunal Supremo al sentar que el pago tiene carácter de negocio jurídico *bilateral* cuando se trata de cobrar y cancelar deudas garantidas hipotecariamente (S. de 20 de marzo de 1945).

La doctrina de la Dirección está basada en que la cancelación es acto de desprendimiento patrimonial o enajenativo que requiere el consentimiento del favorecido registralmente. En su copiosa jurisprudencia sólo existe como excepción el caso único de la Resolución de 4 de abril de 1868 y la R. O. de 20 de abril de 1867, que afirma que la *cancellation* no es acto de transferencia, sino de liberación; pero esto se declaró con miras a no considerarla como acto comprendido en el artículo 20 de la Ley y a hacer posible que los herederos, en representación del causante a cuyo favor se inscribió la hipoteca, una vez efectuado el pago, puedan cancelarla sin el requisito de la previa inscripción a su favor, criterio recogido por el actual artículo 184 del Reglamento.

En cuanto a los hijos de familia, el legislador rechazó también el criterio de los Reglamentos hipotecarios de cancelar automáticamente, exponiendo la R. O. de 28 de agosto de 1876, con claridad insuperable, que la representación legítima sólo autoriza para los actos provechosos a los hijos; que las facultades del padre o madre como administrador y usufructuario son las de cuidar, conservar y restituir los bienes y la de cobrar créditos y dar recibos, pero nunca la de verificar actos de enajenación, en cuyo concepto está incluido toda extinción de derecho inscrito, como el de hipoteca; y que para tales enajenaciones, aun cuando fueran consecuencia forzosa o necesaria de otra anterior, se ha de acudir a la autorización judicial, la que supliendo la falta de capacidad en el padre y declarando la *necesidad legal* de la cancelación, autorice al mismo para otorgarla.

Sobre este precedente se redactaron más tarde los artículos del Código civil y Ley Hipotecaria y su Reglamento, con lo que la *mens legis* no puede ofrecer duda para la calificación registral. Pero ha transcurrido ya tanto tiempo de vigencia de esta doctrina que cabe formular estas

preguntas: ¿El fin primordial de protección a los hijos se ha conseguido prácticamente? ¿La experiencia ha puesto de relieve casos en que la formalidad de estas enajenaciones no pueda cumplirse? ¿La evolución del Derecho no habilitará medios más sencillos y económicos para la protección de los hijos?

La primera interrogante queda contestada, en parte, con el comentario hecho a las autorizaciones judiciales *a posteriori*, donde se expone que pueden autorizarse escrituras sin previa autorización judicial, escrituras que llevarán como secuela otra serie de actos en completa clandestinidad o al margen de las leyes protectoras, que únicamente podrán destruirse con el ejercicio de acciones judicialmente o con el tope fiscalizador de la calificación registral.

Existe también una norma legal en contradicción con la fundamental civil de los hijos, cual es la continuación por éstos del comercio o industria que hubieran ejercido sus causantes con todas "la contingencias favorables y adversas de todo negocio mercantil y con la *ilimitada responsabilidad* de las personas físicas comerciantes", como dice el considerando segundo de la Resolución de 26 de mayo de 1945, pues aunque este criterio está inspirado en la tendencia, en beneficio de los hijos, de no extinguir o interrumpir los negocios que se consideren favorables, no deja de extrañar el problema de la validez de esa responsabilidad ilimitada cuando se presente el momento de proceder contra los bienes inmuebles inscritos de los hijos. Porque si el padre o madre, en representación de los hijos, no puede aportar inmuebles a la Sociedad, ¿cómo es posible que los pueda obligar para el futuro? Sin embargo, dado el artículo 5.^o del Código de Comercio y la Resolución dicha, el padre o madre pueden válidamente, en nombre de los hijos, continuar y aun constituir *ex-novo* una Sociedad mercantil de responsabilidad ilimitada, continuadora de negocio anterior, y llegado el momento de hacer efectiva la responsabilidad de los socios en sus propios bienes, los Tribunales accederán en cuanto a los de los hijos de familia, fundados en la preexistencia de una obligación anterior, con lo que el artículo 164 del Código civil resulta inoperante. Por ello, con acierto muy atinado, se previó en el informe del Consejo Superior Bancario a que alude la Resolución citada que en el caso de Sociedades colectivas pudieran los padres exigir que la participación hereditaria del hijo se convirtiera en aportación comanditaria.

La legislación vigente en este orden puede ofrecer un caso paradó-

jico, pues al lado de la norma general del artículo 164 del Código civil existe otra relativa al supuesto de que el padre viudo contraiga segundas nupcias, en cuyo caso se les mira con evidente recelo y se les obliga a la constitución de hipoteca en garantía de los bienes muebles de los hijos; y puede ocurrir que al padre a quien se autorizó judicialmente para la cancelación de una hipoteca por pago del crédito, más tarde, por el solo hecho de sus segundas nupcias, sea compelido a la constitución de hipoteca en garantía de lo anteriormente cobrado, con la agravante de que entonces la acción corresponde a personas distintas del hijo al Ministerio Fiscal, y la hipoteca puede no constituirse por carecer de inmuebles el padre.

En el orden adjetivo o de los medios adoptados para la protección de los hijos también existen defectos de técnica y de utilidad práctica. El caso frecuente que se presenta en las oficinas es el de herencias aceptadas para el hijo en las que existe algún crédito hipotecario; más tarde el padre cobra y queda obligado a cancelar mediante el otorgamiento de escritura y autorización judicial. Esta obligación de cancelar es un *ad faciendum* del acreedor convertido en deudor por el pago, y esta obligación es inexcusable por imperio de la Ley, es decir, se convierte en una necesidad legal, y su prueba es una exigencia anti-jurídica; lo que ha de probarse es la extinción de la obligación, cuyo acto jurídico, cuando consta fehacientemente, lo mismo queda sometido a la consideración de los Tribunales que a la apreciación de los Notarios y a la calificación de los Registradores. Y una vez justificada la extinción del derecho, es inexcusable en los Tribunales el otorgamiento de la autorización, como para los Notarios la autorización de escrituras y para los Registradores la apreciación de una realidad jurídica. Por ello, en los casos de extinción de obligaciones garantizadas hipotecariamente, el expediente judicial queda reducido a una mera fórmula que se viene exigiendo ante la consideración de que el carácter obligatorio de la cancelación no le priva de su naturaleza enajenativa, y por respeto a la letra de la Ley, razón por la cual bien puede el nuevo Reglamento Hipotecario excepcionarlas de una formalidad que no sólo no produce resultados provechosos, sino que en ocasiones resultan francamente perjudiciales y en una gran mayoría ineficaces, ya que la práctica enseña que los Juzgados ordenan, pero no ejecutan ni vigilan, con lo que sus medidas protectoras son utopías.

Respecto a la segunda interrogante, el ejercicio de nuestra profesión

nos ha ofrecido los siguientes casos: Adjudicaciones de pequeños créditos hipotecarios; de otros en proindivisión a varios herederos, de los que alguno estaba sometido a patria potestad. Las cancelaciones de estas hipotecas no pueden tener acceso al Registro, porque la suma de gastos por expediente judicial. Notaría, Derechos Reales y Registro importan más que la cuantía principal asegurada. Lo mismo ocurre en otros casos en que el padre, en representación del hijo y antes de hacer la partición, cobró el crédito hipotecario y cancelaba, en cuyo supuesto se ve la contradicción entre la finalidad del artículo 184 del Reglamento de dar facilidades y economía al cancelante y la del 231, que dificulta aquella finalidad.

REFORMA DEL ARTÍCULO 231 DEL REGLAMENTO

La norma fundamental del Código civil ha de ser mantenida en toda su integridad, pero admite interpretación en su extensión o alcance, basada en cuanto queda expuesto y principalmente en el precedente de los Reglamentos de 1861, 1870, en cuanto a la cancelación automática; en la corriente de dar a los padres mayor amplitud de desenvolvimiento en su función representativa, acusada con la teoría de la anulabilidad y con la facultad de celebrar contratos que en potencia llevan la obligación futura de los inmuebles del hijo; y singularmente, en la facultad legal de los padres de cobrar y dar recibos de cuanto se adeude a sus hijos. Porque resulta verdaderamente anómalo que los padres puedan extinguir la obligación que dió origen a la inscripción, y sin embargo no lo puedan hacer respecto a la cancelación formal del asiento, anomalía que resalta cuando se observa que el obstáculo que lo impide es la cualidad enajenativa de la cancelación, pero no lo que es fundamental de la doctrina o protección de los hijos, porque el peligro que la Ley trata de evitar no se halla en el momento de cancelar, sino en el anterior de cobrar el crédito, y para ese momento la Ley nunca exigió garantía.

Por eso la corriente actual en favor de la supresión del *ad faciendum* del acreedor pagado tiene buenas raíces y es de presumir y esperar que sea recogida en el nuevo Reglamento Hipotecario. Pero al mismo tiempo es también de desear que se exija a la representación legal de los hijos el cumplimiento de las medidas establecidas para su seguridad

Creemos que se lograría este propósito sin detrimento de la doctrina dando al actual artículo 231 la siguiente redacción: "La autorización judicial que necesite el padre o la madre para enajenar o gravar los bienes del hijo será igualmente necesaria para inscribir los actos o contratos que tengan por objeto la extinción de derechos reales de la propiedad de los mismos hijos, excepto aquellos que sean consecuencia forzosa de una obligación legal o anterior inscrita, como la cancelación de hipotecas, redención de censo, retracto voluntario u otros análogos, en los que será suficiente la escritura en que conste la extinción del derecho inscrito y la advertencia de dar inversión adecuada al equivalente."

RAFAEL RAMOS FOLQUÉS.

Registrador de la Propiedad.