

“EL PROCESO FORMATIVO DEL ACTUAL ARTICULO 166 DEL CODIGO CIVIL”

MARIA TERESA MARIN GARCIA DE LEONARDO

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. DESENVOLVIMIENTO HISTORICO: 1. Las fuentes romanas e intermedias. 2. Nueva y Novisima Recopilaciones. 3. Las enajenaciones de bienes de menores en la práctica coetánea. III. EL MOVIMIENTO CODIFICADOR: 1. Proyectos primitivos. 2. El Proyecto de García Goyena. 3. Precedentes normativos: las leyes especiales. IV. LA ORIGINARIA REDACCION DEL PRECEPTO: 1. Trabajos preparatorios. 2. Confluencia normativa: Código Civil y Ley de Enjuiciamiento. V. PROCESO DE REFORMA DE 1981: 1. El Derecho Aragonés. 2. Trabajos preparatorios. 3. Discusión Parlamentaria. VI. RECAPITULACION.

1. INTRODUCCION

La Reforma del Código Civil llevada a cabo por Ley de 13 Mayo de 1981, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, en consonancia con la línea marcada por la Constitución de 1978, ha sido una de las más esperadas por los juristas españoles.

En materia de patria potestad, los códigos decimonónicos se habían quedado desfasados. Téngase en cuenta que la evolución de la realidad social, con nueva concepción de la familia y el cambio producido en los conceptos educativos, tendente a reconocer el papel que desempeña el hijo en la familia, habían producido una disociación entre lo dispuesto en la ley y lo vivido en la práctica cotidiana. De ahí que nuestro Código Civil ya no ofrecía soluciones válidas en la mayoría de los casos. Todo ello ha hecho necesaria la reforma en esta materia. Pero los problemas que plantean las nuevas normas, a pesar de que se acomodan a la reali-

dad social son numerosos. Se ha producido evidentemente un cambio en los principios que inspiran la patria potestad. Y como estos principios ya estaban proclamados en mayor o menor medida fundamentalmente en el Derecho Foral, es necesario, para poder aportar soluciones válidas, realizar un análisis de los precedentes y fuentes de inspiración de la actual normativa. Este es el objeto del presente estudio ya que consideramos que, sólo cuando se ponen de relieve los puntos de partida del legislador, es cuando podemos llegar a una mejor comprensión de las normas.

El artículo 166 del Código civil comprende las limitaciones a los actos de disposición de bienes de los menores sometidos a la patria potestad. Estas limitaciones se establecen, a diferencia del Código civil de 1889, siguiendo la trayectoria marcada por el Derecho histórico, en un afán de superar la distinción bienes muebles-bienes inmuebles con la tradicional infravaloración de los primeros. La Reforma de 1981 ha preferido considerar los bienes de acuerdo con su valor económico, ya sean muebles o inmuebles, sometiendo a la necesidad de autorización judicial toda disposición que suponga una variación importante en el patrimonio del menor. Esta adecuación a la realidad económica, como afirma la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1978, se va a realizar "siguiendo la línea en que ya se había situado alguna Compilación de Derecho Foral".

La reforma del artículo 166 pretende en definitiva evitar un posible perjuicio en el patrimonio del menor. De ahí que las limitaciones impuestas a la facultad de disponer inciden precisamente en los actos que son susceptibles de producir una variación en su patrimonio. El objeto del presente estudio es analizar, desde la perspectiva actual el proceso formativo del artículo 166 con el fin de aportar criterios válidos para la mejor comprensión del mismo. Hay que tener en cuenta que el Código civil de 1889, como seguidamente veremos, se apartó de la trayectoria histórica, que ha sido, sin embargo, recogida posteriormente por la reforma llevada a cabo en 1981 a través del artículo 166 actualmente vigente. De ahí que el análisis de los precedentes y fuentes de inspiración del citado precepto, a la luz de nuestro Derecho histórico, sirva de criterio de interpretación del texto actual.

II. *DESENVOLVIMIENTO HISTORICO*

1. *Las fuentes romanas e intermedias*

Ya en el Derecho Romano se siente la necesidad de regular la enaje-

nación de bienes de menores en el marco de las relaciones entre el "tutor" y el "impuber". En principio, el tutor era libre para enajenar y pignorar las cosas del pupilo (1). Sin embargo esta libertad de gestión del tutor, fue limitada considerablemente, a raíz de un Senado-Consulto emanado de los emperadores Severo y Caracalla en el año 195 d.C. (Oratio Severi), en el que se prohibía al tutor enajenar el fundo rústico y suburbano sin la autorización del magistrado o del príncipe; que no se concedía sino previa petición y por necesidades graves. Como podemos apreciar ya se pone de relieve la necesidad de una determinada autorización a la hora de disponer de los bienes del menor, condicionada a la existencia de unas causas de necesidad, requisitos que han perdurado en la actual configuración del artículo 166 del Código civil.

Posteriormente esta disposición fue notablemente agravada por una Ley de Constantino recogida en el Código de Justiniano (2), dada en el año 326 (15 de Marzo), mediante la cual se extiende la prohibición a todos los fundos, y al oro, plata, perlas, vestidos y demás bienes muebles preciosos y esclavos. La Ley "De administratione tutorum et curatorum et de pecunia pupillari feneranda vel deponenda" es el primer precedente del artículo 166, de suma importancia en la medida en que no sólo exige una autorización, condicionada a la existencia de causas de necesidad, sino que especifica qué tipo de bienes van a estar sujetos a limitaciones a la hora de disponer. Así establece:

22. "Idem Augustus ad populum". "Lex, quae tutores curatoresque necessitate adstrinxit, ut aurum argentum gemimas vestes ceteraque mobilia pretiosa, urbana etiam mancipia, domos balnea borrea atque omnia intra civitates venderent omniaque ad nummos redigerent praeter praedia et mancipia rustica, i multum minorum utilitati adversa est. Praecipimus itaque, ut haec omnia nulli tutorum curatorumve liceat vendere, nisi hac forte necessitate et lege qua rusticum praedium adque mancipium vendere vel pignorarere vel in dotem dare in praeteritum licebat scilicet per inquisitionem iudicis, probationem causae interpositionem decreti, ut fraudi locus non sit".

Como es de notar, el criterio en atención al cual determinados bienes son objeto de limitación a la hora de disponer atiende al valor eco-

(1) En este sentido véase Bonfante P., "Corso di Diritto Romano", vol. 1, Milano 1963, pág. 603 y 55.

(2) Ley de Constantino recogida en C.J. 5, 37, 22, en Krueger P. revisión de "Corpus Juris Civilis", vol. 2, Codex Justinianus, 14ª Edición, 1967.

nómico de los bienes, criterio presente no sólo en la redacción del Código civil de 1981, sino también en su reforma llevada a cabo por Ley de 13 de Mayo de 1981. En efecto, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 1978 para la reforma del Código civil en materia de patria potestad afirmaba: "El precepto relativo a la enajenación de bienes de menores se actualiza teniendo en cuenta la realidad económica...".

Por último, hay que destacar que Constantino dió esta Ley tanto para tutores como para curadores. La razón es lógica, desde la perspectiva de que todas las instituciones de protección del pupilo en el Derecho Justiniano, se extendieron a las relaciones entre el "curator" y el "minor", con lo que la diferenciación entre tutor y curator se convirtió en una diferenciación formal.

La necesidad de limitar las facultades del ejerciente de la patria potestad, en orden a la enajenación de bienes de los hijos, fue advertida también en el Derecho Medieval español y asoma a textos del Fuero Juzgo y de Las Partidas.

El Fuero Juzgo, a diferencia del Derecho Romano, establece una prohibición absoluta de enajenación de los bienes del hijo en los siguientes términos: "Fuero Juzgo Libro IV, Título 2, Ley 13: La madre muerta, los hijos deuen fincar en poder del padre, e deue tener su buena de los fijos, sise non casar con otras. Nas non puede nada vender ende nin enagenar...". En esta línea Las Partidas también van a dar un paso atrás en la medida en que establecen una prohibición absoluta de enajenar. Sin embargo la norma de Las Partidas, absurda y contradictoria, concede la posibilidad de que realizada la enajenación indebidamente, el hijo podrá indemnizarse con los bienes del padre, a cuyo efecto concede al hijo hipoteca tácita en ellos, con la consiguiente inseguridad que esto produce para el comprador de los bienes del padre y del hijo (3). En efecto, la Partida 5^o, Título XIII, Ley 24 establece: "como quier que tales bienes deuen ser del padre, e puede esquilmar los frutos dellos, con todo eso non los debe enajenar en ninguna manera". Pero más adelante añade: "e si por aventura los enajenase fincarian por ende, obligados, e empenados al fijo los bienes del padre...".

Por último, se encuentran en Las Partidas (4), unos preceptos de

(3) Puede verse un comentario a esta norma en García Goyena, F., "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español", Tomo 1, Madrid 1851, pág. 169.

(4) En concreto, Partida 3^o título 18 Ley 60 y Partida 6^o título 16 Ley 18.

carácter general y absoluto con arreglo a los cuales no pueden enajenarse los bienes raíces de los “menores” sino por los motivos y con las formalidades prevenidas en ellos, a saber, licencia u otorgamiento del juez del lugar, venta por causas de utilidad o necesidad y en pública subasta (5). Esta ley, si bien referida con carácter general a los menores, vuelve a contemplar, al igual que el Derecho Romano, la necesidad de que existan unas causas que justifiquen la enajenación de los bienes de los menores. En este punto Las Partidas son más concretas en la medida en que se exige que existan “causas de utilidad o necesidad”, exigencia que contempla el actual artículo 166 del Código civil.

Las ilegalidades y abusos de que fué objeto esta ley provocó que por Real Orden de 14 de Julio 1854, dictada a consulta del Consejo de Estado, se mandase observar la Ley de Partida (Partida 3 Título 18 Ley 60) condenando la práctica en contrario.

2. Nueva y Novísima Recopilaciones

La Nueva Recopilación siguiendo la trayectoria de Las Partidas establece ciertas limitaciones a la facultad de disponer de los bienes del menor, haciendo mención expresa a determinados bienes que por su valor se encuentran sometidos a la necesidad de licencia judicial; criterios actualmente presentes en el artículo 166 del Código civil.

En el Libro 5 Título 11 Ley 22 se establecía que: “Ningún fiijo familias que esté debaxo del poder de sus padres, mayor o menor, ni ningun menor, que tenga tutor o curador, sin licencia de los susodichos, no puede comprar, ni tomar, ni sacar en fiado por sí, ni otros en su nombre, plata, ni mercaderias, ni otro ningún género de cosas, ni ningún Plate-ro, ni Mercader, ni otra cualquiera persona se lo pueda vender, ni dar en fiado sin la dicha licencia...” (6).

Posteriormente la Novísima Recopilación (1805) no contiene un precepto expreso en esta materia, si bien podríamos deducir de sus normas la idea que actualmente ha presidido la Ley de Reforma de 13 de Mayo de 1981 de actuación en beneficio e interés del hijo, con su concreción

(5) En este sentido puede verse: Sentencia T.S. 11-III-1861 (C.L. n° 73 p. 184); Sentencia T.S. 2 Diciembre 1862 (C.L. n° 298 p. 744); Sentencia T.S. 12 marzo 1864 (C.L. n° 73 p. 193); Sentencia T.S. 3 abril 1868 (C.L. n° 90 p. 295); Sentencia T.S. 16 noviembre 1871 (C.L. n° 349 p. 613).

(6) En este sentido puede verse Sentencia T.S. 9 mayo 18 (C.L. n° 216 p. 103).

en muy variadas normas. En efecto creemos que, en el Libro 10, Título 12, Ley 1^o, se encuentra una norma cuya finalidad es el beneficio e interés del hijo concretado en la protección de su patrimonio: "Todo hombre que es cabezalero, ó guarda de huerfanos, ó otro hombre o muger qualquier que sea, no puede ni debe comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel o aquellos que administrare; y si la comprare pública o secretamente, pudiendose probar la compra que asi fué hecha, no vala y sea desfecha y torne el quatro tanto de lo que valía lo que compró..."

3. *Las enajenaciones de bienes de menores en la práctica coetánea*

Analizada la normativa existente antes de iniciarse el proceso codificador, podemos plantearnos cuál era la praxis por la que se regían la venta de bienes de menores. Hasta aquí nos encontramos con que ya se establecen unos determinados requisitos a la hora de la enajenación. Se exige por un lado que existan causas de utilidad o necesidad; es decir, que o bien se intente evitar con la enajenación un perjuicio económico grave para el patrimonio del menor, ámbito sobre el que incide la utilidad; o bien que sea conveniente para la subsistencia del menor que es el titular del bien, esfera sobre la que se proyecta la necesidad. Por otro lado esta limitación se proyectó sobre bienes determinados que, por su valor económico, suponen una parte importante del patrimonio del menor (plata, mercaderías...). Sin embargo, el ámbito de estas limitaciones era más restringido al de la actualidad en la medida en que tan sólo se contempla el supuesto de venta de bienes de menores.

Pedro Melgarejo (7) nos describe las formalidades que se seguían: "Muchas veces se ofrece otorgar escritura de venta de bienes de menores, por no tener cómoda división los que la adjudican, o por otras razones, y para ellas ha lo haver pedimento ante la Justicia; proponiendo la causa, y dada información de utilidad, se mandan sacar al pregón; y pasado el termino del, 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, entraron con el tutor en la escritura, y no si son de menores edades. Entrando algún menor ha de pedir licencia a su curador porque en otra manera le está prohibido, y han de jurarla. El pedimento, y auto se han de escribir en el sello quarto, y la información

(7) Melgarejo Manrique De Lara, P., "Compendio de contratos públicos, autos de particiones, executivos y de residencias con el género de papel sellado que a cada despacho toca", Madrid 1704, págs. 283 y 284.

en el sello segundo y el auto para que anden en pregón, y pregones sello cuarto; y las posturas, pujas y remate, sello tercero y el auto en el que se dé licencia para otorgar la escritura, sello cuarto; pero ya se ha hecho estilo el que haga en el sello cuarto, por ser para registro protocolo, las sacas irán en la escritura". Como podemos apreciar el procedimiento que se seguía estaba basado tanto en las normas de Las Partidas, como de las Recopilaciones.

A continuación, Melgarejo ofrece un formulario para la tramitación del expediente que abarca tanto el "pedimento" como las resoluciones judiciales. El modelo de "pedimento" tiene su interés en la medida en que no existe ningún impedimento para considerarlo válido actualmente, incluso los razonamientos alegados son semejantes a los actuales. El modelo de "pedimento" que se nos brinda es el siguiente: "Fulano, Tutor, y Curador de la persona, 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 efecto, a V. md. pido, y suplico mande recibir información de la utilidad, y que las dichas casas se traygan en pregon termino de treinta días; y que al fiado, o al contado, como mas convengan los dichos menores, se admitan posturas, y pujas y se hagan remate".

Posteriormente transcribe el "auto": "Dé el contenido, en nombre de sus menores, la información de utilidad que ofrece, legitimando la persona, y vista, se proveerá. Mandándolo assi su merced F. corregidor en tal día, mes, y año".

Por último, es interesante constatar la "información" de utilidad de la venta de cosas de los menores: "En la Ciudad Villa de tal parte, en tal día, mes y año; el dicho F. para la información que tiene ofrecida, presentó por testigo a F. vecino de tal parte, del qual fue recibido juramento en forma de derecho, y prometió decir verdad; y preguntando por la particion, dixo: Que sabe, que los dichos F. y F. menores tienen por bienes propios suyos unas casas en tal parte, debaxo de tales linderos; y respecto de ser su edificio antiguo, necessita de muchos reparos, de manera, que su aprovechamiento no equivale a ellos: y assi tiene por cierto, que es de muy grande utilidad a los dichos menores el venderlas; y esto dixo ser verdad, so cargo de su juramento. Y lo firmó, y es de tan-

tos años; y declaro, que no le tocan las generales de la ley, que es sabidor, ni trata de comprar las dichas casas”.

III. EL MOVIMIENTO CODIFICADOR

1. *Proyectos primitivos*

Hasta el siglo XVIII, la tarea que se desarrolló se redujo a una labor de recopilación. Posteriormente, en 1808, los acontecimientos extraordinarios de la invasión francesa en España, la ausencia y cautiverio del rey D. Fernando VII, la reunión de las Cortes verificada más adelante (24 de Septiembre de 1810) y el cambio radical que se operó en la política y en el gobierno, trajeron consigo una gran mudanza en las instituciones y en las leyes y, es entonces, cuando comienza a pensarse en la formación de Códigos al estilo moderno, aunque hasta 1821 no se redactará ningún Proyecto de Código civil. El Proyecto de 1821 es interesante en la medida en que admite que el padre autorice con el sólo consentimiento la renuncia de la herencia. En efecto el artículo 377 establece entre las obligaciones de los padres la de “autorizar, con su consentimiento, los actos que pueden ser beneficiosos a los hijos, como enlaces matrimoniales, admisión o renuncia de herencia u otros semejantes...” (ap. 5)

En este punto el artículo 166 se separa del Proyecto ya que actualmente se exige autorización judicial en cuanto a la repudiación de la herencia. Sin embargo, será años más tarde cuando nos encontramos con limitaciones no sólo en cuanto a los bienes de menores objeto de disposición, sino con respecto a los tipos de actos dispositivos, algunos de los cuales contempla el artículo 166 del Código civil actual. En efecto, el 9 de Mayo de 1833 se nombra a D. José María Cambronero, para que redactara un Código civil español, trabajo que comenzado, no pudo llegar a efecto sorprendido por la muerte. Sus trabajos versaban fundamentalmente sobre materias referidas a tutela, curatela, ausencia y personas morales. En concreto el artículo 73 establecía: “Los tutores y curadores no pueden enajenar los bienes inmuebles, alhajas y demás cosas del pupilo, menor o incapacitado, que aunque sean muebles puedan conservarse, a no proceder aprobación judicial, decretada en vista de una información de la necesidad o grande utilidad de la enajenación”.

El artículo 74 referido a los tipos de actos dispositivos, establecía las limitaciones a la facultad de disponer en los siguientes términos: “No pueden tampoco los tutores y curadores sin la autorización del juez, pro-

ceder a los actos siguientes: 1) Aceptar herencias sin beneficio de inventario, ni repudiarlas. 2) Recibir un legado condicional. 3) Transigir o separarse de un pleito empezado o promover otro nuevo. 4) Imponer capitales a censo o a réditos, ni sacar los que esten impuestos. 5) Dar en arrendamiento por más tiempo que el de 6 años las fincas del pupilo menor o incapacitado”.

Aunque como podemos apreciar se refiere a la tutela y curatela, es interesante destacar, por un lado, los bienes objeto de disposición dentro de los que se encuentran sometidos a la necesidad de aprobación judicial, a la hora de la enajenación, no sólo los inmuebles, bienes que recogerá el Código civil de 1889, sino las alhajas y demás cosas muebles que puedan conservarse. Esta última extensión de la limitación será recogida posteriormente en las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881.

Por otro lado se habla de distintos tipos de actos dispositivos lo que supone un avance con respecto al Código civil de 1889 pues éste en el artículo 164 no contempló esta amplia gama de tipos de actos dispositivos. Además incluye la repudiación y aceptación de herencia, y la materia relativa al arrendamiento superior a 6 años que posteriormente pasó a la Ley Hipotecaria atribuyendo al arrendamiento, de acuerdo con su artículo 2, ciertos efectos reales a pesar de ser un derecho personal (8). Ello implicará la consideración como acto que excede de la mera administración y sometido por tanto a limitaciones en cuanto a la disposición. Por último hace referencia también a la transacción, sometiéndola al igual que la enajenación a la autorización del juez. Lástima que los trabajos de Cambroner, aunque recogidos posteriormente en el Proyecto de 16 de Noviembre de 1936 no cristalizaran, ya que revisado el Proyecto por una comisión presidida por Nicolás María Garelly no llegó a ser presentado a las Cortes.

Los intentos de contener el Derecho civil en forma de Código continuaron y así aparecieron diferentes Códigos civiles de particulares que más que crear leyes nuevas contienen recopilaciones de leyes vigentes con el fin de que sirvieran de manejo a los juristas (9).

(8) El artículo 2 de la Ley Hipotecaria establece en su apartado 5: “En los registros expresados en el artículo anterior se inscribirán: 5) Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un período de más de 6 años...”.

(9) Así nos encontramos con el Código de Gorosabel (1842), el Código de Fernández de la Hoz (1843) y de esta misma fecha un Código firmado por F. de P. y J.B.S.

2. El Proyecto de García Goyena

Llegamos al Proyecto de Código civil de 1851 fechado el 30 de Abril y denominado "Proyecto de García Goyena". ¿Cuáles fueron las bases para el Proyecto de Código civil de 1851? La Sección de Código civil (10) elevó a la Comisión General el 13 de octubre de 1843 las bases iniciales del libro 1^o, entre las cuales estaba la relativa a patria potestad (Leg. 4 de Com; doc. 74). En la Comisión General dió comienzo la discusión sobre las bases del Código civil el 4 de Noviembre hasta el 16 de Diciembre. La discusión de las bases 7, 11, y 12 que propuso la sección, relativas a la patria potestad de la madre, originaron, en general, la diferencia de criterio mantenido por el Presidente Cortina y por Seijas, que dió lugar a nueva propuesta de la Sección el día 26 del mismo mes de octubre, con una extensa base que recoge las limitaciones discutidas: "A falta del padre, la madre ejercerá la autoridad paterna sobre sus hijos. Estará, sin embargo, obligada a oír el dictamen del consultor o consultores que el padre hubiese nombrado en su testamento u otro acto solemne, en todos los negocios que el mismo hubiese determinado; y no podrá obrar en contradicción de aquel dictamen, cuando se trate de *enajenar u obligar bienes de menores*".

Sin embargo, en la revisión posterior se suprimió la referencia a la enajenación de los bienes de menores y así quedó en el texto de las Bases del Código civil, de 7 Marzo 1844. Con respecto al libro I, cuyo título VI es el relativo a la patria potestad, hay 4 ejemplares (11). En el primer ejemplar o "manuscrito A" aparece este título sin división alguna (artículos 225 a 246) como en el Código. En el "manuscrito B" presenta la misma división que el Proyecto, pero en éste son apreciables numerosas mejoras en el orden y expresión de conceptos. El título de la patria potestad, se nos presenta con absoluta originalidad respecto al modelo francés, y más unido a nuestro Derecho en los puntos principales. Aunque

(10) Formaban parte de la Sección de Código civil: García Goyena, que la presidía; Luzuriaga y Cirilo Alvarez que eran vocales también de la Sección de Código Penal; Domingo Vila, Javier de Quinto, Domingo Ruiz de la Vega, Vizmanos y Ortiz de Zuñiga, Secretario.

(11) En los dos primeros, A y B, pone en la cubierta "Proyecto de Código civil redactado por el Sr. D. Cirilo Alvarez y Martinez en virtud de encargo de la Sección y presentado a la Comisión General para su discusión", Noviembre 1844. El "manuscrito C" dice en la cubierta: "Libro I del Código civil discutido y aprobado por la Comisión General", Mayo, 19, 1845; y contiene un texto bastante diverso de los anteriores. El "manuscrito D" es el mismo que el anterior con las correcciones en limpio, y debe ser el texto definitivo aprobado por la Comisión General el 17 de marzo 1845 y elevado al Ministerio el día 27 siguiente.

el Proyecto de 1851 no llegó nunca a estar vigente, como afirma Lasso Gaité (12) "desde su situación de archivo perpetuo, sirvió en España de muy útil aportación a los trabajos de codificación posteriores".

La materia objeto de nuestro estudio, venía regulada en el artículo 158: "El padre no puede enajenar los bienes inmuebles del hijo en que le corresponde 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 de domicilio".

García Goyena (13) cita como concordancia en el Derecho extranjero, el art. 232 Sardo, el 291 y 292 Napolitano; el 170 Prusiano (título 2 parte 2º) y finalmente el 364 Holandés y el Código Francés del cual afirma que "con su silencio parece disponer lo mismo que el Holandés pues se reconoce la tutela del padre y de la madre; por consiguiente se entenderá con ellos lo dispuesto para el tutor". Este Proyecto constituyó el precedente inmediato del artículo 164 del Código civil de 1889, artículo que regulaba la enajenación de bienes de menores. Recoge, como claramente podemos apreciar, los antecedentes de nuestro Derecho histórico patrio pero desechando las iniciativas, tan interesantes, surgidas con los trabajos de Cambronero, iniciativas que no serán recogidas hasta la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855.

¿Por qué no se hacía referencia a otro tipo de bienes en el Proyecto de García Goyena? Pensamos que sólo se hizo referencia a los bienes inmuebles por la importancia que en la realidad económico-social de la época tenían este tipo de bienes. Evidentemente si lo analizamos desde el punto de vista actual, gran cantidad de bienes muebles superan en valor a los inmuebles. Pero en aquella época los bienes inmuebles presumiblemente eran los que representaban la parte más importante de un pa-

(12) Lasso Gaité, J.F., "Crónica de la Codificación civil española", volum. I, Madrid 1979, pág.

(13) García Goyena, F., "Concordancias..." cit., pág. 169. El art. 232 del Código Sardo dice: "En caso de necesidad o utilidad demostrada y previo decreto del tribunal del domicilio". El art. 291 Napolitano permite al padre vender los muebles; el 292 le prohíbe enajenar o hipotecar los inmuebles sino en caso de urgente necesidad y con la aprobación judicial; el 170 Prusiano título 2, parte 2, sujeta al padre a obtener autorización judicial, aun para hacer en la propiedad del hijo las mudanzas o innovaciones que el usufructuario no puede hacer sin el consentimiento del propietario. Finalmente, el 364 Holandés manda que en este caso se observe lo dispuesto en el título de "tutela" para la enajenación de bienes de los menores; el Código Francés con su silencio, parece disponer lo mismo que el Holandés, pues reconoce la tutela del padre y de la madre: de consiguiente se entenderá con ellos lo dispuesto para el tutor.

trimonio. De ahí la necesidad de que estuvieran sometidos a limitaciones a la hora de la disposición.

3. *Precedentes normativos: Las leyes especiales*

Paralelamente a la evolución legislativa que estamos examinando con respecto a las leyes sustantivas, es necesario constatar el desarrollo de la codificación procesal. La primera Ley de Enjuiciamiento civil data de 5 Octubre 1855 (14). Esta Ley establece en el artículo 1401 unas limitaciones, en atención a los bienes objeto de disposición, introduciendo en nuestro Derecho una novedad al extender la limitación a las "alhajas de plata, oro y piedras preciosas". En efecto el precepto dispone: "Será necesario licencia judicial para la venta de bienes de menores e incapacitados que correspondan a las clases siguientes: 1º Bienes raíces. 2º Derechos de toda clase. 3º Alhajas de plata, oro y piedras preciosas. 4º Bienes inmuebles y los muebles o semovientes de valor que puedan conservarse sin menoscabo".

Aunque el precepto habla de *venta* de bienes, la doctrina (15) estima que no existe ningún inconveniente en extender a todas las enajenaciones de bienes de menores el sistema que establece para la venta, es decir, podrán incluirse dentro del ámbito del precepto, todos los actos traslativos de dominio.

A diferencia del Proyecto de García Goyena, la Ley de Enjuiciamiento civil va a recoger también la obligación de justificar la necesidad o utilidad de la enajenación (16); idea ya presente en nuestro Derecho histórico patrio y en algún Proyecto de Código civil. Sin embargo, lo que no se determina son los motivos o causas que legitiman la enajenación. Evidentemente, como afirma Hernández de la Rúa, no se puede

(14) Tuvieron destacada participación en esta Ley los Sres. Gómez de la Serna y Cortina. En relación a su estructura consta de un total de 1.415 artículos, divididos en dos partes: jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.

(15) Hernández de La Rúa, V., "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil", tomo 5, Madrid 1856, pág. 317 y 55.

(16) El artículo 1.402 Ley Enjuiciamiento civil dispone: "Para decretar la venta de bienes de menores e incapacitados, se necesita: 1º Que la pida por escrito el tutor del menor, o éste asistido por su curador. 2º Que se expresen el motivo de la enajenación y el objeto a que deba aplicarse la suma que se obtenga. 3º Que se justifiquen la necesidad o utilidad de la enajenación. 4º Que se oiga sobre ello al curador para pleitos del menor, si lo tuviere nombrado con anterioridad, y, en su defecto, al promotor fiscal del juzgado".

dejar al arbitrio judicial sin sentar al menos unas indicaciones generales. Para ello, hay que acudir como estima el citado autor a los Códigos civiles que rigen en España y, a este efecto, cita la Partida 3ª Título 18 Ley 60 y Partida 6 Título 16 Ley 18. Esta idea es importante porque ya aporta algo que será recogido posteriormente por el artículo 164 del Código civil: El que la actuación del juez no es discrecional sino que viene condicionada por la apreciación de la utilidad o necesidad (17), si bien desde un punto de vista material esto, que duda cabe, puede conducir al libre arbitrio judicial, porque es el juez el que, en definitiva, aprecia si existe o no necesidad o utilidad. Será por tanto un problema de probar la existencia o no de estos criterios.

Lástima que esta Ley, más que iniciación de un buen camino, significó meta y descanso de las inquietudes suscitadas y este estancamiento en la doctrina, reducida a comentarios de más o menos calidad a lo largo de tantos años, produjo un sensible retraso en la aportación a esta rama del Derecho (18).

Años más tarde, la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 regulará exhaustivamente esta materia, en términos muy parecidos al actual artículo 166 del Código civil, no sólo por los bienes objeto de disposición sino también por los tipos de actos dispositivos. De ahí que podemos considerarlo como uno de sus precedentes. ¿Qué establece el artículo 2011 de la Ley de Enjuiciamiento civil? El artículo 2011 establece la necesidad de licencia judicial "para *enajenar* o *gravar* los bienes de menores o incapacitados que correspondan a una de las clases siguientes: 1º Inmuebles. 2º *Efectos públicos* y *valores* de toda especie sean al portador o nominativos. 3º Derechos de todas clases. 4º Alhajas, muebles y *objetos preciosos* que puedan conservarse sin menoscabo.

Por su parte el artículo 2030 de la Ley de Enjuiciamiento civil dis-

(17) Sobre esta materia una Real Orden de 28 agosto de 1876 dispuso que: "Los notarios que fuesen requeridos para autorizar algún acto o contrato de venta, retroventa, hipoteca o cualquier otro por el que resulten gravados o enajenados bienes inmuebles pertenecientes al peculio de los hijos no emancipados, exigirán de los otorgantes el documento que acredite haberse concedido la correspondiente autorización judicial previa justificación de la necesidad o utilidad, cuya autorización se obtendrá con arreglo a los trámites de la L.E.C., dándose conocimiento a las personas designadas en el art. 205 de la L.H., a los efectos expresados en el artículo 202".

La Dirección General de los Registros en 30 de los mismos, resolvió en idéntico sentido, exigiendo para la inscripción el requisito de la autorización judicial.

(18) Lasso Gaité, J.F., "Crónica de la Codificación Española", Procedimiento civil, tomo 2, Madrid 1972, pág. 77.

pone: "Para *hipotecar* o *gravar* bienes inmuebles, o para la *extinción* de derechos reales que pertenezcan a menores o incapacitados, se observarán las mismas formalidades que para la venta, con exclusión de la subasta".

Es importante destacar que la Ley de Enjuiciamiento civil hace referencia a los efectos públicos y valores de toda especie y también a los objetos preciosos, objetos ambos incluidos actualmente en el artículo 166 del Código civil y, en un intento de salvaguardar el patrimonio del menor, los somete, dado su valor en la realidad económica, a la necesidad de autorización judicial en el momento de la disposición de este tipo de bienes del menor. Al mismo tiempo hemos de resaltar que la Ley no sólo habla de enajenación en sentido amplio, sino también de otros tipos de actos: gravamen, hipoteca, extinción de derechos reales...

IV. LA ORIGINARIA REDACCION DEL PRECEPTO

1. *Trabajos preparatorios*

Llegamos a la última etapa de la Codificación civil en España. El período comienza con la elaboración del Anteproyecto de 1882, el cual representa la culminación del esfuerzo de muchos años; y su historia comienza con la elaboración del Proyecto de 1851, base sobre la que había de trabajarse en la nueva etapa codificadora (19).

El 9 de mayo de 1882, se publican en el Diario de Sesiones del Senado (apéndice 6º al nº 95º) los Proyectos de los libros I y II del Código civil. En cuanto a los actos de enajenación de bienes de menores sometidos a patria potestad, el Proyecto regulaba esta materia en el artículo 131 C.C., a tenor del cual: "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 previa la autorización del juez del domicilio, con audien-

(19) El 18 marzo 1881, se encarga el estudio de los informes y observaciones al Proyecto de 1851. Cárdenas como Presidente, distribuye la revisión de los títulos estudiados, encargando la Ponencia de las de adopción y patria potestad a Germán Gamazo. Este hizo ver en la discusión, que en algunos puntos olvidaba la Ponencia, que la Ley Hipotecaria exige al padre que preste fianza para la administración del peculio adventicio. Defendieron Ygón y Albacete la inclusión de esta materia en el Código civil, como las demás de tal índole que figuraban en las leyes especiales, y se acordó acomodarlo a la Ley Hipotecaria.

cia del Ministerio Fiscal; salvas las disposiciones que en cuanto a los efectos de transmisión establece la Ley Hipotecaria”.

Podemos afirmar que, si bien en el orden dialéctico y técnico-jurídico, no pueden considerarse definitivos los Libros I y II, antes de aprobarse las bases, en el terreno práctico de los hechos, así fue considerado el Proyecto de tales libros.

El Proyecto de 1882 coincidió en la primera parte con el Anteproyecto (título preliminar y los dos libros primeros completos). De ahí, que los esfuerzos se centraran en la redacción de los Libros III y IV. Así resulta de las afirmaciones hechas en la discusión parlamentaria del Código civil (20). Finalmente por Real Decreto de 24 de julio de 1889 se mandó insertar en la Gaceta el texto de la nueva edición del Código civil, con las enmiendas y adiciones propuestas por la Sección de lo civil de la Comisión de Codificación (21).

El Código civil en su artículo 164 incluye la materia objeto de nuestro estudio en los mismos términos que en el artículo 131 del Proyecto de 1882.

2. *Confluencia normativa: Código civil y Ley de Enjuiciamiento*

La coexistencia del artículo 2.011 de la L.E.C. con el antiguo artículo 164 del Código civil planteaba un problema: la delimitación de los bienes a que afecta la limitación del artículo 164 del Código civil.

La Ley de Enjuiciamiento civil, en el artículo 2.011, exige la autorización judicial no sólo respecto a los bienes inmuebles sino también en relación con los “efectos públicos y valores de toda especie sean al portador o nominativos, derechos de todas clases, alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo”.

El Código civil, por su parte, se refería a los “bienes inmuebles”. Como podemos apreciar, la exigencia de autorización judicial, se extien-

(20) “Discusión Parlamentaria del Código civil”, Madrid 1861, pág. 132 y 139: Romero Girón en el Senado “...precisamente aquellos a los cuales ha dado mayor importancia, me parece, si no estoy equivocado, que se encuentran con levisimas diferencias contenidos ya en aquellos libros I y II que se trajeron a la consideración del Senado en 1882...”

(21) Gaceta n° 206 de 25 julio 1889.

de, de acuerdo con la Ley procesal, a un mayor número de bienes, por lo que tal disparidad plantea la problemática de la vigencia de la misma. La doctrina se encontraba dividida en este punto. Sánchez Román y De Diego estimaban que el precepto de la Ley de Enjuiciamiento Civil continúa vigente (22). En el mismo sentido Mucius Scaevola (23), al plantearse la cuestión, consideraba que "el Código es una Ley sustantiva cuya publicación sólo puede afectar a las de su misma índole, no a las de naturaleza procesal como la de Enjuiciamiento. Además, la disposición final derogatoria del Código, sólo hace perder su fuerza a las leyes que constituyen el Derecho civil común, y esto en las materias objeto del mismo. Derogación, por tanto, que no puede alcanzar a una Ley extraña al Derecho civil común, y menos aún en una materia que no es objeto del Código y que, por el contrario, viene a llenar un vacío del mismo. El precepto del artículo 164 no es una modificación de lo dispuesto en la L.E.C., sino una ratificación, puesto que aunque aquél no se hubiera consignado, seguiría siendo necesaria la autorización judicial para enajenar o gravar los bienes de los hijos, en virtud de exigirlo así una Ley, cuya esencia no ha sido alterada por la publicación del Código". Puig Peña (24) no parecía apuntar ninguna solución, limitándose, tan sólo, a exponer las dos posturas que sostenía la doctrina.

La mayor parte de la doctrina, entre los que podemos citar a Taulet (25), Reus (26), De Buen (27), Castán Vázquez (28), y Manresa (29), se

(22) Sánchez Roman, F., "Estudios de Derecho civil", Derecho de familia, Tomo V, volumen 2, Madrid 1912, pág. 1.164; Diego, de, F.L., "Instituciones de Derecho civil español", Tomo II, Madrid 1930, pág. 556.

(23) Mucius Scaevola, Q., "Código civil comentado y concordado", Tomo III, Madrid 1890, pág. 299.

(24) Puig Peña, F., "Compendio de Derecho civil español", Tomo V, Pamplona 1972, pág. 598.

(25) Taulet y Rodríguez Lueso, E., "Personalidad del padre para vender sin autorización judicial, en nombre de sus hijos menores, la participación de éstos en un barco", R.D.P. 1944, págs. 783 y 786. En este sentido Sentencia T.S. 12 junio 1894.

(26) Reus, "Ley de Enjuiciamiento civil de 3 febrero 1881, concordada y anotada", Tomo IV, 2ª Edición, Madrid 1910, pág. 577: "En virtud de los preceptos del Código civil, resulta sin aplicación posible, tanto el artículo 2.011 como los relacionados con este título, en cuanto afecten a los bienes de menores tutelados".

(27) De Buen, D., en "Notas al curso elemental de Derecho civil" de A. Colín y H. Capitán, tomo 2, volumen 1, Madrid 1923, pág. 81: "Tal vez fuera justa la aplicación analógica del artículo 164, a ciertos bienes muebles de importancia excepcional".

(28) Castán Vázquez, J.M., "La patria potestad", Madrid 1960, pág. 302.

(29) Manresa y Navarro, J.M., "Comentarios al Código civil español", Tomo 2, 2ª Edición, Madrid 1903, pág. 41 y ss: "El artículo 2.011 de la L.E.C. no es incompatible, sino complementario del que estamos comentando" (art. 164 cc). El famoso comentarista

inclinaban por considerar derogado el artículo 2.011 de la L.E.C. Castán Vázquez matizaba en este sentido que "la cuestión de la autorización judicial, no debe centrarse para el futuro, en la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de los objetos enajenados. 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". Por su parte Alonso Pérez (30), afirmaba que, "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. Por la índole del acto, siempre deberá ser preceptiva la autorización. Lo importante, es atender a la entidad económica de los bienes, a su auténtico valor".

Estos criterios, son los que actualmente ha considerado el legislador en la Ley de Reforma del Código civil de 13 de mayo 1981, con lo que vuelve a la trayectoria de nuestro Derecho histórico, línea que abandonó el Código civil de 1889. ¿Por qué el Código civil consideró la distinción bienes muebles-bienes inmuebles con la consiguiente atribución de valor a estos últimos? La razón estriba en que el citado cuerpo legal recogió la línea del Proyecto de García Goyena (1851); proyecto que tenía un marcado carácter afrancesado y, en esta época, los bienes inmuebles tenían una importancia en la realidad económico-social que posteriormente ha ido desapareciendo.

V. PROCESO DE LA REFORMA DE 1981

1. *El Derecho Aragonés*

Los trabajos prelegislativos para la reforma legal en materia de pa-

en una edición posterior rectifica su postura, considerando que "los términos del artículo 164 del Código civil, al exigir autorización judicial sólo respecto a los bienes inmuebles del hijo, omitiendo todo precepto más o menos análogo en cuando a los muebles, hacen más verosímil la suposición de que tratándose de esta clase de bienes, no procede la autorización judicial, ya se considere más o menos acertada la doctrina; porque los preceptos de carácter adjetivo de la L.E.C. necesitan 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" en Manresa y Navarro, J.M. "Comentarios al Código civil español", Tomo 2, 4ª edición, Madrid 1914, pág. 51.

(30) Alonso Pérez, M., "El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad", R.D.P. 1973, pág. 23.

tria potestad quedan plasmados en el "Proyecto de Ley sobre Reforma del Código civil en materia de patria potestad" de 12 septiembre 1978 (B.O.E. nº 148 de 15 septiembre). La Exposición de Motivos del Proyecto enfoca la cuestión de la disposición en los siguientes términos: "El precepto relativo a la enajenación de bienes de menores se actualiza, teniendo en cuenta la realidad económica, en la misma línea en que se había situado alguna compilación de Derecho Foral".

Esta afirmación nos obliga a examinar qué normas de Derecho Foral influyeron en el Proceso de la reforma de 1981. Es el Derecho Foral aragonés, el que en su artículo 13 regula adecuadamente dando muestras de un "buen texto legislativo" (31) la disposición de bienes del menor de 14 años, tomando serias precauciones, dada la índole de la facultad y aproximándose al texto del anterior artículo 164 del Código civil pero matizando y perfeccionando aspectos muy importantes que escaparon a la legislador de 1889 y servirán de "fuente de inspiración" al de 1981.

El artículo 13 dispone: "Para la disposición de los bienes del menor de catorce años se estará a lo ordenado por la persona de quien procedan por título lucrativo. 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".

Como podemos apreciar este precepto después de señalar, con lógica, que en orden a la disposición de los bienes del menor de 14 años se estará a lo ordenado por la persona de quien procedan por título lucrativo, determina en el párrafo 2 que la facultad dispositiva corresponde al administrador, quien deberá contar con la 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 Exposición de Motivos de la Compilación pone de relieve que, "hay bienes, a los que puede atribuirse una importancia económica no inferior a la de los inmuebles, porque en la hora presente, se halla más que superado el brocado —res mobilis res vilis—. De ahí que el precepto intente reconocer esta directriz valorativa de la riqueza mobiliaria, reco-

(31) Lacruz Berdejo, J.L., "Objetivos y método de la Codificación Aragonesa", R.C.D.L., Marzo-abril 1968, pág. 318.

gida también por el legislador de 1981, superando la clásica dicotomía bienes muebles-bienes inmuebles, con la tradicional infravaloración de aquéllos (32).

Por otro lado, la norma, como afirma Castán Vázquez (33) viene a reflejar en el plano económico, el deseo de protección del menor que tradicionalmente ha inspirado el Derecho aragonés". Incluso podemos afirmar que, en esta materia, la Compilación aparece redactada con mayor precisión que el Código civil. En efecto dedica un precepto, el artículo 13, a regular este tema atribuyendo como norma general el poder de disposición de los bienes del menor a aquel que sea administrador de los mismos. Por su parte el artículo 12 afirma: "El padre y la madre tendrán la administración de los bienes del menor...". De todo lo cual podemos deducir que la Compilación aragonesa, implícitamente reconoce, a diferencia del Código civil, que no especifica, que la facultad de disposición es una de las que integran el contenido de la patria potestad. Este deseo de protección del patrimonio del menor y en general de buscar su beneficio e interés, ha sido uno de los principios que ha presidido la reforma del Código civil de 13 mayo 1981.

2. Trabajos preparatorios

Como ya hemos puesto de relieve los trabajos prelegislativos para la reforma legal en materia de patria potestad quedaron plasmados en el "Proyecto de Ley sobre reforma del Código civil en materia de patria potestad" de 12 septiembre 1978. Se partió de la necesidad de actualizar esta materia y así una ponencia que redactó Castán Vázquez por encargo del grupo de trabajo denominado "Filiación, patria potestad y tutela" 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 corresponde 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 Ministerio Fiscal, salvas las disposiciones que, en cuanto a los efectos de la transmisión establece la Ley Hipotecaria: la misma autorización necesi-

(32) Alonso Pérez, M., "El patrimonio..." cit., pág. 38.

(33) Castán Vázquez, J.M., "La patria potestad en los Derechos Forales", Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, n° 34, 1974, pág. 61.

tarán para repudiar la herencia a que sea llamado el sujeto a la patria potestad" (34).

Castán Vázquez (35) pone de relieve cómo este texto fué 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 D. Luis Díez Picazo. El Proyecto adoptó en el art. 166 el siguiente texto: "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 les 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" (36).

(34) El grupo, al elaborar el primer borrador para la nueva regulación de la patria potestad, aprobó la norma propuesta, con estas modificaciones: sustitución del "padre y la madre" por "los padres"; sustitución de "negocios" por "establecimientos" y supresión del último inciso referente a la repudiación de la herencia.

(35) Castán Vázquez, J.M., "La enajenación de bienes de menores sometidos a patria potestad", R.D.D.I., Septiembre-Octubre 1979, pág. 1.035.

(36) La propuesta que en abril de 1978 presentó, D. Luis Díez-Picazo, no incluía apartado del artículo 166 referente al caso de peligro para los bienes del hijo (actual art. 167). En concreto decía: "Los padres no podrán en ningún caso disponer a título gratuito de los derechos o bienes a que éste correspondan, ni renunciar a los derechos de que sea titular.

Los padres no podrán enajenar ni gravar los bienes inmuebles del hijo, los establecimientos mercantiles o industriales, los valores mobiliarios que no coticen en bolsa u objetos preciosos, sino por causas justificadas de necesidad o utilidad 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.

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

3. *Discusión Parlamentaria*

Durante la anterior legislatura, en la Comisión de Justicia del Congreso, una Ponencia comenzó a examinar el Proyecto de Ley. Los Grupos Parlamentarios formularon en algunas enmiendas diferentes propuestas respecto al artículo 166. Por un lado se pretendía incluir en el párrafo 3 las palabras "... en tal caso, si el juez denegare la autorización se entenderán automáticamente aceptados la herencia legado o donación". Esta enmienda fue propugnada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso. Por su parte, el Grupo Parlamentario Minoría Catalana postuló 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 o 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". Finalmente, el Grupo parlamentario Socialistas de Catalunya, "defendió el mantenimiento del antiguo artículo 164 del Código civil, con la supresión del término "inmuebles" y la adición de un nuevo párrafo con el siguiente texto: "Los padres deberán recabar 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".

La Ponencia no había llegado al examen del artículo 166, cuando la disolución de las Cortes interrumpió los trabajos.

El proceso legislativo en esta materia continuó, y así, el 5 de septiembre 1979, se ordena la revisión a la Comisión de Justicia y la publicación en el Boletín Oficial de las Cortes del "Proyecto de Ley por el que se modifica el Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio" (37). En su Exposición de Motivos, se decía, en el apartado relativo a la patria potestad, que la reforma del Código civil en esta materia pretendía "agilizar la administración y enajenación de los bienes del menor". Conviene apuntar que este objetivo, como señalan Suárez Sánchez Ventura y Martínez Martínez (38), "sólo

(37) Publicado en el B.O. Cortes Generales, C. Diputados, nº 71-1 de 14 septiembre 1979.

(38) Suarez Sánchez Ventura, J.M. y Martinez Martinez, F., "Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código civil", R.D.P., octubre 1981, pág. 352.

se ha conseguido parcialmente". Los citados autores exponen claramente las razones: "La nueva concepción de la patria potestad como función de ejercicio mancomunado por los dos progenitores, juntamente con el potenciamiento de la posición jurídica del hijo menor —en los casos en que tuviere suficiente juicio— en el marco del nuevo sistema de patria potestad, ha obligado al legislador a articular un complejo juego de consentimientos, antes inexistente, de cuyo valor y eficacia nada se dice, por lo que, según sea el que se le atribuya, ante la multiplicidad de casos que pueden existir en la práctica en que los consentimientos se omitan, podría ocurrir que todos esos actos de disposición que se otorguen en tales circunstancias devinieran ineficaces "a posteriori", con lo cual la idea de agilidad que se ha querido imprimir a esta materia se derrumbaría ante la falta de formulación de unos principios tendentes a darle consistencia".

En cuanto al artículo 166, la redacción del precepto de acuerdo con el Proyecto era:

"Los padres no 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 de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.

No será necesaria autorización judicial, si el menor hubiere cumplido dieciséis años y consintiere la enajenación en documento público.

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

Como podemos apreciar se producen claras diferencias con el texto del Proyecto de 1978, suprimiendo además el último apartado relativo al supuesto de peligro para los bienes del hijo. Por otro lado, el ámbito objetivo del precepto es más amplio.

Los Grupos Parlamentarios presentaron diferentes enmiendas al texto del Proyecto. El Grupo Coalición Democrática (39), con respecto al

(39) Enmienda n^o 150 presentada por el Grupo Parlamentario Coalición Democrática. Congreso de Diputados.

párrafo 2, propuso la siguiente redacción: "No será necesaria autorización judicial, si el mayor hubiere cumplido 16 años y consintiera la enajenación de valores mobiliarios, adquiridos para los hijos por los mismos padres que enajenaren o donados por éstos". El razonamiento de esta postura está basado en la realidad social, puesto que es evidente, que en muchos supuestos es práctica que los padres adquieran valores a nombre de los hijos, cuya enajenación no debe quedar sometida a los requisitos del párrafo 1 del artículo 166. Sin embargo, pensando en el interés de los hijos, en el Informe de la Ponencia, se rechazó esta enmienda. Lo que realmente nos cuestionamos es si en apoyo del beneficio del hijo en los actos de disposición de los bienes del mismo, no se le va a perjudicar; por cuanto es evidente que, con estas limitaciones, los progenitores, tenderán a evitar adquirir valores a nombre de los hijos, y ello va a suponer un perjuicio mayor en el patrimonio de éstos.

También con respecto a los valores mobiliarios, y con objeto de no impedir la normal sustitución de los mismos, que es un puro acto de administración y no de disposición, el Grupo Centrista U.C.D. (40) propuso una enmienda al apartado 2 del artículo 166, redactándolo en los siguientes términos: "La misma norma se aplicará al patrimonio mobiliario del menor en su conjunto. Serán válidos los actos de enajenación de títulos mobiliarios, con obligación de invertir su importe en otros bienes igualmente seguros". La Ponencia, aún reconociendo que había considerado la hipótesis de autorizar la enajenación de los valores mobiliarios, con obligación de invertir su importe en otras igualmente seguros, o, incluso, de eliminarlos del precepto, por las mismas razones que la enmienda anterior, mantuvo provisionalmente el texto del Proyecto, en este punto.

En punto al párrafo 2 del artículo 166, el Grupo Socialistes de Catalunya (41) propuso colocarlo al final y sustituir "la enajenación" por la "enajenación o renuncia", basándose en que no se necesite la emancipación, donde basta con un consentimiento, razón que opera igual en

(40) Enmienda nº 495, firmante Oscar Alzaga Villamil, presentada por el grupo centrista U.C.D. Congreso de Diputados. La Ponencia aceptó esta enmienda en lo que respecta a la inclusión de la cautela del "beneficio de inventario"; concretamente en el párrafo 4: "Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que le fueron ofrecidas. Si el juez denegase la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado o donación, y la herencia a beneficio de inventario".

(41) Enmiendas nº 216 y 217 Grupo Socialistas de Catalunya, Congreso de Diputados.

el caso de renuncia. El mismo Grupo, intentando contemplar todo el supuesto de hecho, pretendía añadir "Los padres no administradores del artículo 164, no podrán renunciar...". Estas dos proposiciones fueron rechazadas, pensando en el mayor beneficio e interés de los hijos.

Por último, al redactar el Proyecto, existía un olvido importante en esta materia, cual era la previsión del caso de denegación de la autorización judicial para repudiar el legado y la donación y que no se hubiera previsto, en cambio, el caso más comprometido de la aceptación de la herencia; que además, dadas las condiciones del supuesto, deberá ser a beneficio del inventario. De ahí, que el Informe de la Ponencia, propuso una nueva redacción al párrafo 3 en la que, básicamente, se aceptaba esta proposición (42). El texto era el siguiente: "Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferido al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado o donación y la herencia a beneficio de inventario".

Con fecha 1 diciembre 1980, se publicaba en el B.O.C.G. el dictamen emitido por al Comisión de Justicia relativo al Proyecto de Ley sobre filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Con respecto al precepto que examinamos propuso algunos retoques, dando una nueva redacción al artículo 166, que después de su aprobación en el Pleno del Congreso de los Diputados, fue remitida al Senado con fecha 2 de febrero de 1981. El texto era el siguiente:

"Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, objetos preciosos y valores mobiliarios, establecimientos mercantiles o industriales salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, 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. Si el Juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado o donación y la herencia a beneficio de inventario.

No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público ni para la enajena-

(42) Proposición objeto de la enmienda n^o 393 presentada en el Congreso de Diputados por el Grupo Vasco, al párrafo 3 del artículo 166 C. civil, que según el citado grupo debería decir: "Si el juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente la herencia, a beneficio de inventario, el legado de la donación".

ción de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros”.

Si lo comparamos con el texto del Proyecto de Ley se aprecian notables diferencias (43):

1º) Coloca como apartado segundo lo que en el Proyecto era tercero, y viceversa, sin duda con el objeto de admitir que el consentimiento del menor también excluyese la autorización judicial en materia de herencias, legados y donaciones; y así lo prueba el que tras el término “consintiere” se haya suprimido toda referencia a “la enajenación”.

2º) Contempla los efectos de la denegación de autorización judicial para repudiar herencias, que antes solamente hacía referencia a legados y donaciones.

3º) En materia de valores mobiliarios admite la eficacia de su disposición, sin autorización judicial ni consentimiento, si su importe se invierte en bienes o valores seguros.

En el Senado se presentaron dos enmiendas, encaminadas a dar mayor precisión al contenido por razones de estilo y de sistemática legal (44). Además existía imprecisión en la alusión a la donación o el legado aceptados a beneficio de inventario. La institución del beneficio de inventario es sólo aplicable a la herencia, a su aceptación, no al legado y a la donación. La razón de que el legado quede fuera de esa institución, se centra en que en su propia esencia está la irresponsabilidad del legatario por deudas de la herencia y, si a su vez, el legado estuviere gravado con cualquier carga o con otro legado, la responsabilidad del legatario es siempre limitada; por lo que no puede derivarse para el hijo perjuicio alguno de la aceptación. En cuanto a la donación, el Código civil tiene sus propias normas sobre el pago de las deudas del donante y, en todo caso, la donación ha de hacerse expresando el alcance que tenga respecto de cargas y especificando las condiciones exactas en que se hace, con lo que

(43) Estas diferencias han sido puestas de relieve por Suarez Sánchez Ventura, J.M. y Martínez Martínez, F., ob. cit., pág. 868.

(44) Enmienda nº 85 presentada en el Senado por el Grupo parlamentario U.C.D., postulando la sustitución del párrafo 2 por el siguiente texto: “La donación, herencia o legado deferidos al hijo se entenderán aceptados en todos casos a beneficio de inventario. Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar aquéllos”. La Ponencia, aceptó en su espíritu la enmienda. En segundo lugar, Enmienda nº 31 del Grupo Parlamentario Socialista Andalúz presentada en el senado.

el donante, se limita a aceptarla o no en las condiciones en que se ofrece; de modo que no existe posibilidad de que de ella pueda derivar, para el donatario, responsabilidad alguna imprevista, que es la razón de que exista la posibilidad de aceptar a beneficio de inventario una herencia, de la que si puede derivar para el heredero una responsabilidad que no hubiera podido tenerse en cuenta al tiempo de manifestar la voluntad de aceptarla.

Por otra parte, teniendo en cuenta que las formalidades especificadas en los artículos 1.010 y ss. del Código civil, no tienen aplicación práctica a la aceptación de un legado o de una donación, por ser ajenas a esas dos instituciones, es lógico que se suprimiera del texto del artículo 166 del Código civil la alusión a la donación o el legado aceptados a beneficio de inventario. A este efecto el Grupo Parlamentario Socialista Andaluz presentó una enmienda en la que propuso la siguiente redacción con respecto a este párrafo: "Los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el juez denegare la autorización, se entenderá automáticamente la herencia aceptada a beneficio de inventario". Esta enmienda fue aceptada por la Ponencia y el texto del artículo 166, después de recibir el asentimiento de la Cámara y su aprobación definitiva por el Congreso, pasó a constituir el precepto actual. El texto ha quedado como sigue: "Los padres no 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 de acciones, 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 deferidos al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el juez denegase la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado, herencia o donación. La aceptación de la herencia se entenderá hecha, en todo caso, a beneficio de inventario No será necesario autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros".

Por último señalar que la reforma llevada a cabo en el artículo 166 del Código civil por Ley de 13 de mayo 1981 ha intentado limitar los poderes representativos de los padres en materia de renunciaciones y de disposición de los bienes que cita, exigiendo para ello determinadas formalidades que se establecen en garantía del hijo, al objeto de evitarle disminuciones en su patrimonio. De ahí la necesidad de que determinados ac-

tos, por su importancia, junto con el objeto sobre el que recaen, estén sometidos a un control especial.

VI. RECAPITULACION

El artículo 166 del Código civil como hemos podido apreciar presenta innovaciones con respecto a su antecedente inmediato el artículo 164. Consecuencia en su mayoría de los nuevos principios que inspiran la patria potestad.

En primer lugar, por congruencia con el sistema de patria potestad compartida (artículo 154) que hace referencia a "los padres" en lugar de "el padre o la madre en su caso". Por otro lado, somete expresamente las renunciaciones de derechos del menor a la regulación del artículo 166, a diferencia del artículo 164 que no hacía referencia a ella. En este punto ya se había puesto de relieve la conveniencia de extender efectivamente la autorización a la renuncia de derechos, tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia (45). De ahí que desde el Proyecto de 1978 en el apartado 2 del artículo 166 se incluyera esta materia.

Debido al interés de conservar sin que sufra menoscabo el patrimonio del menor, idea ya presente, como hemos podido constatar, a lo largo de nuestro Derecho histórico español, y en consonancia con la ampliación del ámbito objetivo del artículo 166, se ha extendido la limitación no sólo a los actos de enajenación sino que también se incluyen los "actos de gravamen" y la "transacción" que actualmente de acuerdo con el artículo 1.810 se somete a la normativa de la enajenación. La ampliación del ámbito objetivo se ha realizado teniendo en cuenta los criterios, por un lado de la Ley de Enjuiciamiento civil y por otro de la Compilación aragonesa, superando en consecuencia la clásica dicotomía bienes muebles-bienes inmuebles, con la tradicional infravaloración de aquéllos (46).

(45) En este sentido Santos Brinz, J., "Derecho civil", Teoría y práctica, tomo I, Madrid 1982, pág. 391 y Sentencias sólo 2ª T.S. 19 febrero 1974, 11 junio 1974 y 23 septiembre 1975. En contra Fernández Martín Granizo, M., "La renuncia de las indemnizaciones debidas a los menores e incapacitados" en Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Pr. I. Serrano Serrano, volumen I, Valladolid 1965, pág. 244.

(46) Esta idea ya fue puesta de relieve en la Exposición de motivos de la compilación aragonesa cuando habla de "la intención de actualizar el ordenamiento, adaptándolo a las necesidades y exigencias económicas y sociales de nuestros días teniendo en cuenta la importancia que hoy se atribuye a la riqueza mobiliaria..."

Conserva la exigencia, presente ya en cierta medida desde el Derecho romano, de que existan causas justificadas de necesidad o utilidad para que el juez pueda apreciar la conveniencia de la autorización para disponer.

La materia relativa a la repudiación de la herencia, regulada en el párrafo 2 del artículo 166 del Código civil es una novedad introducida en nuestra legislación por la Ley de 13 de mayo 1981. En efecto el Código civil en su redacción originaria no sometía al padre a la necesidad de obtener autorización judicial para repudiar la herencia a que sea llamado el menor. Sin embargo ya algún sector de la doctrina, en concreto Castán Vázquez (47), sugirió, a pesar del panorama legislativo, "que la posible trascendencia de la repudiación justificaría que en una reforma legal se incluyera entre los actos sometidos a la necesidad de aprobación judicial". ¿Qué precedentes existen sobre este punto?

Por un lado nos encontramos con el artículo 14 de la Compilación aragonesa que en su párrafo 2 dispone: "El representante legal del menor necesita autorización judicial para rechazar cualquier atribución gratuita en favor de éste". Por otro lado, el artículo 320 p.3 del Código civil italiano (reformado por Ley 19 mayo 1975) contempla la necesidad de la autorización del juez tutelar (48) tanto para aceptar como para renunciar la herencia en los siguientes términos: *I genitori non possono alienare, ipotecare o dare in pegno i benipervenuti al figlio a qualquasi titolo, anche a causa di morte, accettare o rinunziare ad eredita o legati... se non per necessità o utilità evidente del figlio dopo autorizzazione del giudice tutelare.*

La doctrina italiana considera que la renuncia, a pesar de no ser un acto de enajenación en sentido técnico, entra dentro de los actos considerados de extraordinaria administración (49).

Ambos textos se pueden considerar como precedentes del párrafo 2 del artículo 166 del Código civil.

(47) Castán Vázquez, J.M., "La enajenación..." cit., pág. 1.027.

(48) Sobre la competencia del juez tutelar en este artículo puede verse Cospite, N., "Permanente incertezza sulla competeza per autorizzare la vendita dei beni ereditati dei minori", *Rivista di diritto civile*, 1.977-2, págs. 255 a 259.

(49) De La Rosa, "La tutela degli incapaci", 1, Milano 1962, pág. 701, n^o 1: "La rinunce pur non essendo atti di alienazione in senso tecnico, rientrano nella straordinaria amministrazione".

También debemos destacar que la introducción del párrafo 3 del artículo 166 del Código civil, es decir la no exigencia de autorización judicial si el menor es mayor de 16 años y consiente en documento público, ha evitado tener que acudir, como anteriormente se había impuesto en la práctica, al subterfugio de emancipar al hijo en cuyo caso era él quien actuaba con el consentimiento del padre. Por lo tanto en este punto la reforma se puede calificar de elogiable ya que se permite a los padres poder prescindir de la autorización judicial, sin necesidad de emancipar al hijo, contando sólo con su consentimiento.

Finalmente queremos resaltar las ideas que se desprenden del análisis del proceso formativo del actual artículo 166 del Código civil. En primer lugar, se aprecia en nuestro Derecho histórico una cierta consideración de la importancia económica de determinados bienes muebles, no inferior a la de los inmuebles; esto supone la superación tanto del brocardo —*res mobilis res vilis*— cómo de la clásica dicotomía bienes muebles-bienes inmuebles, con la tradicional infravaloración de los primeros. Sin embargo, el Código civil de 1889, rompe en este punto con la trayectoria del Derecho histórico y vuelve a hacer referencia a los bienes inmuebles, seguramente porque el citado cuerpo legal recogió la línea del Proyecto de García Goyena (1851). Proyecto de marcado carácter afrancesado y en aquella época presumiblemente los bienes inmuebles eran los que representaban la parte más importante del patrimonio. En segundo lugar, la actuación judicial no es discrecional sino que viene condicionada por la apreciación de la utilidad o necesidad. La utilidad hace referencia al objeto que se pretende enajenar, mientras que la necesidad incide en la persona titular de un bien refiriéndose por tanto a la subsistencia del ser humano. Ambos criterios serán valorados o apreciados por los padres aunque, evidentemente, la justificación se realiza ante el juez. Existen por tanto dos momentos claros: La apreciación de la necesidad o utilidad que realizan los padres y la justificación que debe hacerse ante el juez. La valoración que realiza el juez, de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento civil, tendrá como límite y condicionamiento, por un lado, la justificación de la necesidad o utilidad de la enajenación, y por otro, el motivo de la misma y el objeto a que debe aplicarse la suma que se obtenga. Pero nada impide que, dentro de estas coordenadas, el juez discrepe de la petición de las partes y, en consecuencia, deniegue la autorización para la venta. Esto puede conducir en ocasiones a calificar desde un punto de vista material la actuación como de “libre arbitrio” (50). En tercer lugar, con estas limitaciones lo que se pretende es

(50) El desarrollo amplio de esta materia se encuentra en mi tesis doctoral, actual-

mantener la consistencia del patrimonio mediante la técnica de la subrogación real, para de esta forma conseguir que, al menos cualitativamente, el menor conserve la integridad del patrimonio.

En último lugar, la reforma del artículo 166 del Código civil, como se desprende de su trayectoria parlamentaria, ha conseguido una aproximación al Derecho Foral aragonés, con lo que se ha producido una convergencia normativa en esta materia. Ello nos conduce, desde un punto de vista material, a una unidad legislativa sin llegar a un proceso formal de unificación.

mente revisada para su próxima publicación, bajo el título "Los actos de disposición de bienes de los menores sometidos a la patria potestad".