

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**14792** *Resolución de 14 de mayo de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto por el notario de Mazarrón don José Areitio Arberas, contra la negativa del registrador de la propiedad de Mazarrón, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un préstamo.*

En el recurso interpuesto por don José Areitio Arberas, Notario de Mazarrón, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Mazarrón, don Eduardo Cotillas Sánchez, a inscribir una escritura de constitución de hipoteca en garantía de un préstamo.

#### Hechos

##### I

Mediante escritura autorizada el 29 de julio de 2009 por el Notario de Mazarrón, don José Areitio Arberas, de la que son otorgantes, de una parte, «C. C. R., S. C. C.», y de otra: como deudor e hipotecante, don A. G. M., y como hipotecantes sus hijos E. (mayor de edad y también deudor), A. (mayor de edad) y M. A. (entonces mayor de dieciséis años) G. F., la citada entidad financiera concedió a los dos deudores un préstamo de treinta y tres mil euros, «con la finalidad rehabilitación de vivienda», garantizándose el mismo con hipoteca sobre una finca de la que son copropietarios los dos deudores y el resto de hipotecantes. En la comparecencia de la escritura se indica que tales copropietarios intervienen: «... en su propio nombre y derecho. Y don A. G. M. además, como titular de la patria potestad de doña M. A. G. F., que consiente según el artículo 166 del Código Civil»; y se añade en la cláusula decimoquinta de la escritura: «... los titulares del bien que se describirá al final de esta escritura, constituyen hipoteca, conforme al artículo 217 del Reglamento Hipotecario, y además, doña M. A. G. F., a los efectos de dar el consentimiento expreso a que se refiere el artículo 166 del Código Civil, al tener 17 años cumplidos, sobre el mismo a favor de C. ...».

##### II

Presentada la escritura en el Registro de la Propiedad de Mazarrón, fue objeto de la calificación siguiente:

«... el Registrador que suscribe con esta fecha ha calificado negativamente la inscripción solicitada en base al/los siguientes Hechos y Fundamentos de Derecho:

Hechos: 1.º Compareciendo en el presente documento un menor de edad, concretamente de diecisiete años, a los efectos de dar el consentimiento expreso a que se refiere el artículo 166 del Código Civil, para poder hipotecar un inmueble de su propiedad sin necesidad de la autorización judicial; es lo cierto que el dinero lo recibe el padre y otro de los hermanos por lo que hipotecándose su participación en garantía de deuda ajena existe contraposición de intereses entre el padre representante legal del hijo menor y éste, por lo que se precisa el nombramiento de defensor judicial, lo que no se ha operado. Téngase en cuenta que, conforme al Código Civil, los padres que ostentan la patria potestad de los hijos quedan exceptuados en su representación legal cuando existe con el hijo un conflicto de intereses, en cuyo caso habrá de nombrarse al hijo un defensor judicial y en el precedente documento se opera tal supuesto por cuanto el menor nada recibe en contraprestación a la hipoteca que formaliza. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de Mayo de 2004 declara que «siendo deber de los padres ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos sujetos a ella (artículo 154 del Código Civil), la excepción

que, para el concreto ejercicio de la representación que la norma les atribuye, significa la actuación del defensor judicial ha de estar justificada por la inutilidad de aquella para cumplir, en el caso concreto, el antes mencionado fin», y si en el precedente documento el hijo menor hipoteca su propiedad en garantía de un préstamo que recibe su padre y otro hermano, no puede el padre hacer uso de su representación legal para una hipoteca que en nada beneficia al menor. Por lo mismo, en este caso la representación la representación del padre sería contraria al Principio que implica ejercitar la patria potestad en beneficio del hijo, y sin que, por lo demás, el consentimiento del hijo de diecisiete años de edad impida que su capacidad daba ser suplida por el representante legal, en este caso, el defensor judicial, ni elimina la existencia de conflicto de intereses.

A tales hechos son de aplicación los siguientes Fundamentos de Derecho: 1.º Artículos 162, 163, 154, 1259 y concordantes del Código Civil. Siendo los defectos expresados subsanables se suspende la inscripción solicitada.

Contra la presente calificación podrá recurrirse...

Mazarrón, 9 de septiembre de 2009.—El Registrador (firmado electrónicamente)».

### III

El Notario autorizante interpuso recurso contra la anterior calificación, mediante escrito que tuvo entrada en el Registro de Mazarrón el 9 de octubre de 2009, con base en los siguientes argumentos:

1.º En el supuesto que motiva el recurso, el interés del padre puede ser distinto, pero no opuesto, al de la menor, pues el importe del préstamo se destina a la rehabilitación de la vivienda de la familia, siendo la operación documentada aún más favorable para la menor que el caso de que ella fuera también prestataria, puesto que si la deuda se hiciera efectiva sobre el bien los dos prestatarios habrían de rembolsar a las dos hermanas hipotecantes no deudoras, al tratarse de pago de deuda con tercero.

2.º Dada la naturaleza de la hipoteca constituida, no se da conflicto de intereses entre el padre y la menor, ya que aquélla se formaliza en interés de la entidad prestamista, y la mera existencia de una hipoteca no supone aumento del activo del acreedor ni del pasivo del deudor o del hipotecante, dado que es un gravamen de una inmaterialidad acusada y no supone, per se, una minoración del valor del bien, aparte del derecho de repetición que el hipotecante no deudor podría ejercitar contra el deudor caso de haberse ejecutado la garantía.

3.º Tanto las facultades representativas propias de la patria potestad, como las facultades de la personalidad de los menores, tienen un carácter normal, por lo que sus limitaciones han de interpretarse restrictiva y no extensivamente, y, siempre que sea posible, salvarlas, tal y como indicó en su día la Resolución de 13 de julio de 1911. No se da ninguno de los supuestos de los que han sido resaltados tradicionalmente para definir el conflicto de intereses: situación en que los valores patrimoniales, si no fueran directa o indirectamente atribuidos al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo, por lo que han de excluirse del supuesto de conflicto aquellos supuestos de intereses concurrentes, que podrán ser coincidentes, paralelos o comunes e incluso distintos, siempre que sean compatibles. Cabe citar en apoyo de tal postura la Resolución de 6 de julio de 1917, que contempló un supuesto de hipoteca de porciones indivisas de una misma finca, no siendo necesario el nombramiento de defensor judicial.

4.º El riesgo que la hipoteca pueda representar para el menor lo tiene en cuenta nuestro Derecho de dos modos: uno con la previa autorización judicial (con los trámites pertinentes) y otro, con el consentimiento del menor en los términos que prevé el artículo 166: ante Notario, quien ha de velar por el interés del menor ponderando la situación de la familia, algo que se ha cumplido en este caso, toda vez que el Notario recurrente también había tramitado el Acta de Declaración de Herederos y la Partición de la Herencia.

## IV

Mediante escrito con fecha de 16 de octubre de 2009, el Registrador de la Propiedad emitió informe y elevó el expediente a este Centro Directivo (con registro de entrada el día 22 de octubre de 2009).

**Fundamentos de Derecho**

Vistos los artículos 39.4 de la Constitución; 3, 92, 121, 154, 159, 162, 163, 164, 157, 158, 159, 162, 164, 166, 167, 173, 177, 231, 248, 317, 319, 320, 321, 443, 625, 626, 663 y 688 del Código Civil; 1, 2 y 3 a 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; la disposición transitoria única de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos; artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica; artículos 1, 3.1, 9.1 y 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989; la disposición transitoria única Real Decreto 193/2000, de 11 de febrero, de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil en materia relativa al nombre y apellidos y orden de los mismos; las Sentencias del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2000 y 26 de mayo, 6 y 9 de junio de 2005; las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004 y 3 de marzo de 2006; y las Resoluciones de 6 de julio de 1917, 3 de marzo de 1989, 7 de julio de 1998 y 21 de febrero de 2004.

1. Mediante la escritura calificada se formaliza un préstamo hipotecario concedido por determinada entidad de crédito a una persona y a uno de sus hijos –mayor de edad–, con la circunstancia de que los hipotecantes son, además de los dos prestatarios, otras dos hijas, una mayor de edad y la otra con diecisiete años cumplidos. Según se expresa en dicha escritura, los cuatro hipotecantes tienen su domicilio en la finca hipotecada, y el préstamo «ha sido concedido con la finalidad rehabilitación de vivienda». En el mismo título se indica que el padre, viudo, interviene en su propio nombre y derecho y, además, como titular de la patria potestad de su hija menor de edad, también compareciente, «que consiente según el artículo 166 del Código Civil».

El Registrador suspende la inscripción por entender que existe contraposición de intereses entre el padre representante legal de la hija menor y ésta, por lo que es necesario el nombramiento de defensor judicial.

El recurrente alega, en esencia: 1.º Que en el presente supuesto el interés del padre puede ser distinto, pero no opuesto al de la menor, ya que el importe del préstamo se destina a la rehabilitación de la vivienda de la familia, y la operación documentada es más favorable para la menor que el caso en que ella fuera también prestataria; 2.º Que dada la naturaleza de la hipoteca constituida, no se da conflicto de intereses entre el padre y la menor, puesto que la mera existencia de una hipoteca no supone aumento del pasivo del deudor o del hipotecante, ni supone, per se, una minoración del valor del bien; 3.º Que las limitaciones de las facultades derivadas de la personalidad de los menores deben interpretarse restrictivamente; y en este caso no se dan ninguno de los supuestos propios del conflicto de intereses existen ya que los intereses concurrentes son compatibles, y 4.º Que el riesgo que la hipoteca pueda representar para el menor lo tiene en cuenta nuestro Derecho de dos modos: uno, con la previa autorización judicial, y otro, con el consentimiento del menor conforme al artículo 166 del Código Civil.

2. Para resolver el presente recurso es fundamental la interpretación que haya de darse al apartado tercero del artículo 166 del Código Civil, según el cual, para gravar bienes inmuebles del menor los padres no necesitarán autorización judicial si aquél hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público.

Es cierto que dicha interpretación habrá de atender a la realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada (cfr. artículo 3.1 del Código Civil) y sin que pueda olvidarse que el Derecho civil común ha evolucionado en favor de una mayor autonomía del menor de edad (alineándose así con una tendencia consolidada en los ordenamientos civiles

forales, cuyos primeros exponentes fueron los de Aragón y Navarra y, posteriormente, el de Cataluña).

Este Centro Directivo, en la Resolución de 3 de marzo de 1989, puso de relieve que, respecto de la esfera de actuación del menor de edad, «no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código Civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres o tutores respecto de los hijos menores no emancipados», y añadió que «... si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esta edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (artículos 1, 3 y 4 del Código Civil), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad».

Es indudable que, legalmente, se presupone determinado grado de discernimiento en el menor que sea mayor de cierta edad, según los casos: Así resulta, entre otras normas legales, del Código Civil, en el marco de las relaciones paterno-filiales y respecto de la administración o disposición de los bienes del menor (vid. artículos 154, párrafo tercero, 156, párrafo segundo, 157, 158, 159, 162, 164, párrafo segundo apartado 3.º, 166, párrafo tercero, y 167); acogimiento familiar (artículo 173.2); adopción (artículos 177, apartados 1 y 3 n.º 3), procedimientos matrimoniales (artículos 92, párrafo segundo y 159); tutela (artículos 231, 248 y 273), emancipación (artículos 317, 319, 320 y 321); filiación (artículo 121), otorgamiento de testamento, salvo el ológrafo (artículos 663.1.º y 688.1.º); adquisición de la posesión (artículo 443); aceptación de donaciones salvo que sea condicionales u onerosas (artículos 625 y 626, según la interpretación de este Centro Directivo en la citada Resolución de 3 de marzo de 1989), etc.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificativa de algunos de los preceptos del Código Civil antes citados, declaró en su Exposición de Motivos que «El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás». En esa línea, el artículo 2 de dicha Ley establece que «primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», y enuncia también un principio fundamental: «Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva».

Estos postulados han inspirado regulaciones posteriores, como la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Así, respecto del derecho a otorgar el consentimiento informado, establece, en su artículo 9.3 c), que se otorgará el consentimiento por representación, «Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación».

Puede afirmarse que, tanto la legislación de protección de menores como la jurisprudencia, parten en la actualidad del principio de que los menores, según sus condiciones de madurez y con las limitaciones establecidas por el legislador, tienen capacidad para el ejercicio de derechos por sí mismos, tanto en su esfera personal como patrimonial, sin necesidad de intervención de sus representantes legales. Es a la luz de estos principios como debe interpretarse y aplicarse la norma contenida en el apartado

tercero del artículo 166 del Código Civil, introducida mediante la reforma efectuada por la Ley 13/1981. En este sentido, es indudable que la posibilidad de sustituir la previa autorización judicial por ese consentimiento prestado en documento público por el mayor de dieciséis años tuvo como finalidad evitar las frecuentes emancipaciones que hasta entonces se llevaban a cabo para evitar la autorización judicial en el caso concreto. Este consentimiento del mayor de dieciséis años es puesto por el legislador en plano de igualdad con la posible autorización judicial, pues ambas son alternativas, y su justificación se encuentra en la consideración legal de que el menor, alcanzada esa edad, tiene madurez suficiente para adoptar por sí una decisión que, sin duda, puede comprometer su patrimonio, sin olvidar que la exigencia de que ese consentimiento se preste en documento público supone una mayor garantía para el menor, por la intervención del funcionario que lo autorice (lo que, en el frecuente caso de que dicho documento sea la escritura pública, será resultado del cumplimiento por el Notario de su genérico deber de control de legalidad y sus especiales deberes de asesoramiento y asistencia especial al necesitado de ella –cfr. artículo 147 del Reglamento Notarial–). Precisamente, la intervención notarial es tenida en cuenta como factor determinante en el Derecho civil catalán (artículo 153 del Código de Familia), al posibilitar que el consentimiento alternativo a la autorización judicial, para el acto concreto, se preste en escritura pública bien por el mayor de dieciséis años, bien por determinados parientes del menor.

3. No obstante, a pesar del reconocimiento de esa esfera de válida actuación del menor de edad que legalmente es considerado con la suficiente madurez, nunca puede llegar a prevalecer sobre las normas generales tuitivas previstas para las situaciones de conflicto de intereses entre el menor y sus padres, que en todo caso deberán ser interpretadas conforme al referido principio de la primacía del interés del menor.

En efecto, para el caso de actuación del menor emancipado debe nombrarse un defensor judicial siempre que existan intereses opuestos entre aquél y los padres que deban completar su capacidad (artículo 163, párrafo primero, segundo inciso, del Código Civil). Por ello, con mayor razón debe llegarse a la misma conclusión respecto del consentimiento de menor que, aun habiendo alcanzado la edad de dieciséis años no haya sido emancipado, pues en el supuesto del último párrafo del artículo 166 del Código Civil son los padres quienes realizan el acto de gravamen sobre inmuebles de los hijos, siquiera sea con el consentimiento de éstos. Por ello, si los padres tienen intereses opuestos al de sus hijos no emancipados, aunque se trate de esos mayores de dieciséis años que consientan, es indudable que será preceptivo el nombramiento de defensor judicial, conforme al citado artículo 163, párrafo primero, inciso inicial, del Código.

El legislador toma en consideración el conflicto de intereses en relación con cada asunto concreto (cfr. artículos 163 y 299.1.º del Código Civil), por lo que deben ser valoradas las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia (cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2004). Y para determinar que existe conflicto de intereses deberá concluirse que es razonable entender que la satisfacción por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos.

En el presente caso el recurrente alega que, al destinarse el importe del préstamo a la rehabilitación de la vivienda de la familia, existe «identidad de aspiraciones» más que conflicto de intereses. Pero lo cierto es que esa finalidad y el destino del préstamo no resultan acreditados, pues en la escritura calificada se expresa únicamente que el préstamo «ha sido concedido con la finalidad rehabilitación de vivienda», sin especificar si se trata o no de la vivienda habitual, por lo que no puede descartarse según el mismo título que la hipoteca favorezca únicamente a los prestatarios. Y no debe prejuzgarse en este expediente si quedaría excluido el conflicto de intereses, a los efectos de la cuestión debatida, por el mero hecho de la vinculación del préstamo hipotecario a la rehabilitación de la concreta vivienda referida.

Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 14 de mayo de 2010.—La Directora General de los Registros y del Notariado, M.<sup>a</sup> Ángeles Alcalá Díaz.