

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

■ Año LXX

■ Núm. 2189

■ Mayo de 2016

ESTUDIO DOCTRINAL



**El interés del menor como derecho subjetivo.
Especial referencia a la capacidad para contratar del menor**

Ignacio Varela Castro



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-15-001-5

www.mjjusticia.es/bmj

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau

Registrador de la Propiedad

Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García

Profesor Titular de Derecho Civil

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos

Catedrático de Derecho Penal

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Excmo. D. Francisco Marín Castán

Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo

Excmo. D.^a Encarnación Roca Trías

Magistrada del Tribunal Constitucional

Catedrática de Derecho Civil

Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social

D.^a Nieves Fenoy Picón

Profesora Titular de Derecho Civil

D. Ángel Menéndez Rexach

Catedrático de Derecho Administrativo

D.^a Teresa Armenta Deu

Catedrática de Derecho Procesal

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

**El interés del menor como derecho subjetivo.
Especial referencia a la capacidad para
contratar del menor**

IGNACIO VARELA CASTRO
Graduado en Derecho
Universidad de Santiago de Compostela

*El capital intelectual del adulto suele reducirse
a una pequeña lotería ganada en la adolescencia*

GÓMEZ DÁVILA

Abreviaturas

BOE	Boletín Oficial del Estado
Cc	Código civil
CcCat	Código civil de Cataluña
CDFA	Código del Derecho Foral de Aragón
CE	Constitución española
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
ET	Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento Jurídico
LDCG	Ley de Derecho Civil de Galicia
LO	Ley Orgánica
LOE	Ley Orgánica de Educación
LOPDH	Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen
LOPJM	Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LOREG	Ley Orgánica del Régimen Electoral General
LRc	Ley del Registro civil
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RDGRN	Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
S(S)TC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo

Palabras clave

Capacidad de obrar, capacidad para contratar, concepto de interés del menor, derecho de la personalidad, derecho subjetivo, derecho sustantivo, mayor de edad, menor de edad, principio general de Derecho.

Keywords

Legal capacity, contractual capacity, the best interests of the child, personality rights, subjective right, substantive right, adult, minor, general principle of law.

Resumen

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce una capacidad de obrar limitada al menor no emancipado si bien, al hacerlo sin unos perfiles correctamente definidos, produce divergencias entre los textos positivos y la realidad. Parte de la doctrina, consciente de esta errónea regulación, ha acudido a diversas teorías para intentar solventarla. Del mismo modo, nuestros tribunales, ante tal realidad insoslayable, han tenido que recurrir a distintas construcciones jurídicas que, en ocasiones, han sido desafortunadas. Además, una correcta comprensión de la capacidad del menor pasa porque hagamos referencia de una forma más general al lugar que ocupa en nuestra sociedad y las posibilidades que tiene de decidir en los asuntos que le conciernen.

Partiendo de esta base, en el trabajo que se presenta, analizamos, por un lado, el status del menor atendiendo a la evolución histórica de la minoría de edad, al concepto de interés del menor, desde su tradicional enfoque como principio y desde su recentísima perspectiva como derecho subjetivo, y finalmente al libre desarrollo de la personalidad del menor. A continuación, estudiamos cómo se reflejan estos extremos en la capacidad contractual del menor, para vislumbrar con mayor claridad su inadecuada regulación legal, incluso tras la reciente reforma operada en julio de 2015, y exponer nuestra propuesta de lege ferenda apoyándonos en la doctrina y jurisprudencia hasta ahora sentadas, y sobre todo en la ya aludida consideración del interés del menor como derecho subjetivo.

Abstract

The limited legal capacity of the minor is recognized by our legal system without properly defined criteria, which causes divergences between legal texts and reality. Some authors, aware of this misregulation, have proposed different theories for solving those circumstances. So did the courts, although they opted for inadequate solutions in some cases. Furthermore, an accurate comprehension of the capacity of the minor requires a global overview of their role in society and their possibility to decide in all actions concerning them.

On this basis, the following proposal analyzes the status of the minor taking into account the evolution of the minority, the concept of the best interests of the child, traditionally regarded as a principle and recently as a subjective right, and finally the free development of personality. Moreover, we study how these points are reflected in the contractual capacity of the child, to perceive more clearly the unsuitable legal regulation, even after the recent Law 26/2015 of 28 July amending the system of protection of the children and teenagers, and we present our reform proposal which is based on the authors' studies, precedents and the aforementioned study of the best interests of the child as a subjective right.

Sumario

- I. INTRODUCCIÓN
- II. DEL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO A SU CONSIDERACIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO;
 1. Evolución del concepto de minoría de edad;
 - a) Modelo de sujeción: época codificadora;
 - b) Modelo de protección: doctrina de DE CASTRO y Constitución de 1978;
 - c) Modelo de respeto de la personalidad del menor: el principio del interés del menor;
 2. El interés del menor como derecho subjetivo (de la personalidad);
- III. ESPECIAL REFERENCIA A LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR DEL MENOR;
 1. Mención a la actual y la antigua regulación y posiciones doctrinales;
 2. Doctrina jurisprudencial y de la Dirección General de los Registros y del Notariado;
 3. Criterios para determinar la capacidad de contratar del menor: opinión crítica;
 4. La reforma del art. 1.263 Cc y propuestas de futuro;
- IV. ELENCO BIBLIOGRÁFICO.

I. INTRODUCCIÓN

La edad es el criterio utilizado tradicionalmente por nuestro ordenamiento jurídico para distinguir dos estados civiles: la mayoría de edad y la minoría de edad (dentro de este último también distinguimos otro que es el del menor emancipado), los cuales suponen distintos grados de poder y responsabilidad¹. Cuando una persona cumple los dieciocho años alcanza la mayor edad (art. 12 CE y art. 315 Cc)², siendo entonces capaz para todos los actos de la vida civil (art. 322 Cc)³. Sin embargo, a pesar de las numerosas reformas que se han hecho en la materia, nuestro Código civil no contiene una regulación del *status* del menor de edad, pues no se ocupa de lo que puede hacer o no el menor, sino que, al hilo de los poderes de los titulares de la patria potestad y al atribuirles la representación legal, señala los ámbitos en los que la actuación de los padres queda excluida (cfr. art. 162 Cc). De ahí que la minoría de edad se defina

1 DÍEZ-PICAZO – GULLÓN (2012: 2016). El art. 1 LRc de 1957 enumera los hechos inscribibles, entre los que están todos los que afectan al estado civil de las personas, por lo que los no enumerados, es decir, los no inscribibles, no pueden en caso alguno estimarse como relativos al estado civil. Así, los estados civiles deben buscarse entre los referidos, directamente o a través de los hechos correspondientes, en el citado precepto. El nacimiento (hecho inscribible en virtud del art. 1.1º LRc) supone el comienzo para cómputo de los años que vive una persona y determina las edades por las que ésta pasa. A tal respecto, la mayoría de edad se produce de forma automática independientemente de la voluntad del mayor o de quienes tenían hasta entonces la potestad sobre él. El mayor de edad sale instantáneamente de la patria potestad o la tutela sin necesidad de acto o formalidad algunos y deviene, a la vez que libre, plenamente responsable. En definitiva, nos encontramos ante dos estados civiles (la mayor y menor edad) determinantes de la capacidad de obrar (cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, 2010: 26, 27 y 118).

2 A lo largo de los siglos se ha ido rebajando progresivamente la mayoría de edad. Las Partidas habían introducido los veinticinco años del Derecho Romano (Ley 2, Tit. 19, Part.6). La promulgación del Código civil de 1889 fijó la mayoría de edad en los veintitrés años (art. 320), a diferencia del Proyecto de 1851 que pretendía establecer la mayoría de edad en los veinte años (cfr. arts. 276 y 142), sin afectar a los Derechos forales los cuales mantuvieron su sistema de edad como el Fuero de Aragón (veinte años). Por Ley de 13 de diciembre de 1943 se modificó el Código civil y se fijó la mayoría de edad en los veintiún años para todos los españoles. Finalmente la Compilación aragonesa de Derecho civil de 1967 se avino a la regla de los veintiún años de la Ley de 1943 pero mantuvo la mayoría de edad por matrimonio y la especial capacidad de los menores mayores de catorce años. Posteriormente, el Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, rebajó la mayoría de edad a los dieciocho años para permitir a los españoles de esa edad participar en el referéndum constitucional; lo cual actualmente se mantiene en los arts. 12 CE y 315 Cc. Cabe señalar, por otro lado, que las especialidades recogidas en la legislación aragonesa se encuentran amparadas por la Disposición Adicional Segunda de la CE según la cual «la declaración de la mayoría de edad contenida en el artículo 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los Derechos Forales en el ámbito del Derecho privado». Otra peculiaridad la encontramos en la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra de 1973 cuya Ley 50 diferencia de forma indirecta, dentro de los menores de edad, a los púberes de los impúberes para indicar que aquéllos tienen capacidad para los actos determinados en la Compilación. Dicha ley fue modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, señalando que se consideran púberes los mayores de catorce años de uno y otro sexo, si bien con anterioridad establecía que eran púberes los varones mayores de catorce años y las mujeres mayores de doce.

3 La capacidad del mayor de edad es la regla general y su incapacidad la excepción. Se trata de una presunción *iuris tantum* contra la que cabe prueba en contrario.

formalmente por contraposición a la mayoría de edad: son menores los que no sean mayores de edad⁴.

Consecuencia de esta regulación es que al menor no se le atribuya la plena capacidad de obrar; pero cabe que nos preguntemos, por un lado, si es posible mantener que el dato objetivo de la mayor edad se asocia a la posesión de la aptitud necesaria y exigible para realizar determinados actos y negocios en el tráfico jurídico y, por otro, si no es cierto que la madurez y capacidad de entender y querer conscientemente es diferente en la primera infancia y en la juventud. Pretender someter a todos los menores de edad a las mismas limitaciones en su capacidad de obrar es una opción que evidentemente no se ajusta a la realidad, por lo que las modernas regulaciones, ante tal rígido criterio, han adoptado otro más flexible haciendo depender la capacidad de la aptitud concreta de la persona que se trate (capacidad natural). Como dicen DÍEZ-PICAZO- GULLÓN, «tal orientación puede ser arbitraria e insegura, pues deja la apreciación de la capacidad real, que se traducirá en el reconocimiento de la capacidad de obrar jurídica, a un juicio subjetivo, pero atiende a un objetivo justo, cual es el de procurar la ampliación de la capacidad de obrar del menor en lo que no le perjudique y suponga desarrollo de su personalidad⁵».

Así las cosas, es necesario hacer referencia a la evolución histórica de la consideración del menor de edad, de su capacidad y de los roles que ocupaba tanto en el ámbito patrimonial como el familiar, para llegar a conocer cuál es su situación en la actualidad y poder después centrar el estudio del presente trabajo en su capacidad contractual y hacer sobre ella una visión prospectiva.

II. DEL INTERÉS DEL MENOR COMO PRINCIPIO A SU CONSIDERACIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO

II.1 Evolución del concepto de minoría de edad

a) Modelo de sujeción: época codificadora

Retrotrayéndonos al siglo XIX, el Proyecto de Código civil de 1851, en su Título VI rubricado De la menor edad del Libro Primero De las personas, recoge un único y brevísimo precepto según el cual «las personas de ambos sexos, que no han cumplido 20 años, son menores de edad» (art. 142) sin establecer ninguna otra disposición. La patria potestad se regula en su Título VII (arts. 143 a 170)⁶. En primer lugar, se recoge

4 PARRA LUCÁN (2013: 583 y 584). En el Libro Primero del Código civil se halla el Título VII De las relaciones paterno- filiales, que regula la patria potestad y la representación legal de los hijos, y el Título XI De la mayor edad y de la emancipación; pero no hay una regulación ad hoc sobre la minoría de edad en su sistemática, pues mantiene el tradicional enfoque formal. Lo que hace el Código es establecer algunos actos que puede hacer el menor cuando tiene cierta edad, o el deber de escucharlo y tener en cuenta su opinión.

5 DIEZ-PICAZO – GULLÓN (2012: 216).

6 Para GARCÍA GOYENA [(1852) 1974: 87] la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley concede al padre sobre las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados.

el deber general de todos los hijos de honrar y respetar a los padres, pues tal es su obligación con independencia de su estado, edad y condición. En relación con los efectos de la patria potestad, los hijos menores precisan del permiso paterno para contraer matrimonio, éstos dirigen su educación y tienen la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente⁷. Por otro lado, el padre es el administrador legal de los bienes del menor y goza de unos amplios derechos reales sobre los bienes de éstos⁸.

La primigenia versión del Código civil de 1889, a diferencia del Proyecto de 1851, no contiene un título dedicado a la menor edad. En cambio regula en el Título XI del Libro Primero la mayor edad y la emancipación. Como prevé su art. 320, «la mayor edad empieza á los veintitrés años cumplidos. El mayor de edad es capaz de todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este Código⁹». Los autores de la época sustraen las siguientes reflexiones del precepto: «La edad se divide en mayor ó mayoría y menor ó minoría; en la primera puede el hombre administrar, vender sus bienes, comparecer en juicio, y en una palabra, verificar todos los actos previstos en el Código, siempre que no tenga alguna incapacidad física ó moral, y en la segunda, hállase imposibilitado de llevar á cabo ninguno de los actos mencionados, por suponerse que carece de experiencia y capacidad bastantes para obligarse, contratar, etc.¹⁰».

7 «El padre, encargado de mantener la disciplina doméstica, debe estar armado por la ley de todos los medios necesarios y razonables para conseguirlo. Si tiene la obligación de educar al hijo; ¿cómo negarle el derecho de castigarle y corregirle?» [GARCÍA GOYENA, (1852) 1974: 91].

8 Los bienes adquiridos por el menor con el caudal de su padre pertenecen a éste en propiedad y usufructo durante la vigencia de la patria potestad, los que adquiere con su trabajo e industria los tiene el padre en usufructo salvo que el hijo no estuviere en poder y compañía del padre, en cuyo caso le pertenecen al propio menor en usufructo además de en propiedad, y los adquiridos a título lucrativo también los tiene el padre en usufructo mientras que el hijo esté en su poder (cfr. arts. 150 y ss. Proyecto de 1851 acerca de los efectos de la patria potestad sobre los bienes de los hijos).

9 Sorprende la letra del art. 321 según la cual, a pesar de lo dispuesto en el art.320, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía vivan salvo para tomar estado o cuando éstos hayan contraído ulteriores bodas. BONEL Y SÁNCHEZ (1889: 505) opina que la mujer sólo debe salir de la casa paterna bien para contraer matrimonio, bien para dedicarse a una profesión que indispensablemente le exija cierta En este sentido se pronuncia GARCÍA GOYENA [(1852) 1974: 87] cuando comenta el Proyecto de 1851. En efecto, el precepto es trasunto del art. 277 del Proyecto de 1851 el cual, recordemos, rebaja la mayoría de edad de los veinticinco a los veinte años; de esta forma, el legislador del siglo XIX creyó adecuado limitar tal innovación respecto de las mujeres. Sin embargo, DE CASTRO [(1952) 2008: 243] señala que el precepto establece, por razón del sexo femenino, una restricción excepcional a la independencia jurídica del mayor de edad que impide la libre elección de la morada, por lo que tal previsión, anómala y anticuada, debe interpretarse restrictivamente.

10 ABELLA (1888: 138). Esta fijación de la mayoría de edad en los 23 años es recibida con críticas, entendiendo que es más acertada establecerla a los 20 años como hacía el Fuero de Aragón y el art. 276 del Proyecto de Código de 1851. En este sentido BONEL Y SÁNCHEZ (1890: 503).

Similares a las disposiciones del Proyecto de 1851 respecto a la patria potestad son los preceptos del Código civil de 1889¹¹; además, la regulación a la que antes hicimos referencia en relación con los bienes del hijo, también se establece en el Código de 1889. Por aquel entonces, la patria potestad se concibe como derecho fundado sobre la naturaleza y simplemente confirmado por la ley. Así, en la familia, el padre, como legislador, dicta las reglas de conducta; como juez, corrige y castiga con moderación a sus hijos; como tutor, cuida de la subsistencia y educación; y como señor, se aprovecha de su trabajo y bienes¹². Elocuentes son a día de hoy los pronunciamientos de los juristas de entonces cuyo tono es propio de un contexto epocal: «Débil nuestra naturaleza al nacer, nos coloca en la necesidad imperiosa de que los padres tengan omnímodo poderío sobre nosotros en nuestra infancia para nuestra protección y defensa: más, allá en la segunda etapa de nuestros primeros años, hacia la pubertad, cuando ya se observa, se discurre y se reflexiona, necesitamos quien ayude á nuestro espíritu que comienza á ejercitar sus fuerzas, que ayude nuestra inexperiencia a formar su juicio, que auxilie la imaginación en sus primeros vuelos, que imprima carácter a nuestros primeros pasos en la vida social, que nos modere de las pasiones que se apoderan de nuestro corazón, que mitigue nuestros deseos vehementes y nos haga ver la realidad de nuestras ilusiones, que nos dirija hábilmente hacia el bien¹³.

Sin querer ser excesivamente prolijo en las citas a la doctrina decimonónica, y con una referencia a la ley meramente ejemplificativa, se ha de dejar patente la existencia de una estructura familiar jerarquizada en cuya cúspide está el jefe de familia. Las previsiones de los Códigos son muestra de un modelo de sujeción del menor a la familia, y en concreto al titular de la patria potestad, sirviendo el menor a los intereses del padre, lo cual es consecuencia directa del carácter patriarcal de las relaciones familiares y la autoridad del padre. Como argumenta VALPUESTA FERNÁNDEZ, la regulación de la familia en los Códigos decimonónicos dejaba su dirección interna a la autoridad del marido o del padre que en el ejercicio de las facultades legalmente atribuidas ejercía el gobierno sobre la misma¹⁴.

b) *Modelo de protección: doctrina de DE CASTRO y Constitución de 1978*

Una segunda etapa en la evolución de la situación del menor de edad va a estar marcada por la preponderancia de los principios del Derecho de la persona sobre los de jerarquía familiar. Debemos hacer mención inmediata a la influencia de DE CASTRO, quien deja constancia de que la importancia primaria de la protección se ha alcanzado

11 Obligación de los hijos bajo la potestad del padre o la madre de obedecerles y tributarles respeto y reverencia, el deber de los padres de educarlos e instruirlos así como la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente, etc. (arts. 154 y ss. Código civil de 1989).

12 ABELLA (1888: 102).

13 BONEL Y SÁNCHEZ (1890: 261).

14 VALPUESTA FERNÁNDEZ (2012: 101) plasma un modelo de familia desigual y jerárquica que no se benefició de la proclamación de la libertad y la igualdad como los nuevos valores informadores de las relaciones sociales y políticas.

al convertirse la patria potestad y la tutela en oficios de protección¹⁵. Primeramente, es necesario que nos paremos en el estudio que el autor hace de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar para después continuar con la cuestión del menor de edad con la cual están completamente vinculados.

Pues bien, DE CASTRO define la capacidad jurídica como la cualidad de la persona de ser titular de las distintas relaciones jurídicas que la afectan. De esta forma, la capacidad jurídica nace y muere con la persona, pues es una manifestación inmediata de la personalidad que a todos corresponde. Distinta es la consideración del autor respecto a la capacidad de obrar y critica que la doctrina la haya definido como la aptitud natural del individuo para conocer, saber o querer. Entiende que tal definición propicia que se oscurezca y desvirtúe el sentido de las leyes, pues hace que se interprete el precepto sobre la mayoría de edad como reflejo de un criterio extralegal según el cual en ella comienza la requerida aptitud psicológica y, por tanto, la capacidad, lo que lleva a concluir erróneamente que el menor de edad o el incapacitado carecen totalmente de capacidad de obrar. DE CASTRO define la capacidad de obrar como la cualidad jurídica de la persona que determina, conforme a su estado, la eficacia jurídica de sus actos. Por lo tanto, al depender del estado civil, la capacidad de obrar es cambiante y variable al contrario que la capacidad jurídica¹⁶.

Conforme a lo dicho, la situación del menor va a estar definida, por un lado, por la dependencia de sus guardadores, en cuanto aseguran el amparo del menor y, por otro lado, por la protección que el ordenamiento jurídico dispensa al menor, lo que conduce a que tenga capacidad de obrar limitada. Siendo las limitaciones legales que afectan al menor medio de protección y beneficio, DE CASTRO clarifica que en la codificación del Derecho español no hay indicio alguno de que se pretendiese suprimir la capacidad de obrar del menor; por ello critica la doctrina coetánea que, contrariamente a los antecedentes históricos, niega al menor capacidad de obrar alguna y además lo hace sin explicación ni justificación¹⁷. Seguir esta posición doctrinal supondría que los casos

15 DE CASTRO [(1952) 2008: 176].

16 DE CASTRO [(1952) 2008: 45, 49 y 50].

17 CLEMENTE DE DIEGO (1929: 173 y 174) entiende que los menores de edad no cuentan con un desarrollo físico, intelectual y moral completo por lo que no tienen capacidad de obrar y, en este tanto, están sometidos a la patria potestad o a la tutela. Cuando el autor analiza la correlación entre edad y capacidad, estima preferible utilizar un sistema de reglas generales más que acudir a la casuística (a lo que se refiere como «juicios periciales en cada caso»), ya que ello no entorpece la vida civil con el examen minucioso de las circunstancias individuales ni está expuesto a equivocaciones y falsedades. Y si bien tiene la desventaja de no apreciar las diferencias individuales, el autor opina que el rigor de las reglas generales se temple mediante la emancipación y la *venia aetatis*; de ahí que aquéllas no sean absolutamente inflexibles. Según CASTÁN TOBEÑAS (1941: 92) la condición y capacidad general de los menores no está establecida con claridad en el Código, de manera que es indudable que la regla general es su incapacidad. Por ello son excepcionales los casos en que se les reconoce capacidad de obrar. Esta posición se mantiene en otras obras del autor (cfr. CASTÁN TOBEÑAS; 1956: 153) e incluso en posteriores ediciones revisadas (cfr. DE LOS MOZOS, 1982: 178) tras un periodo de tiempo después del cual, de acuerdo con lo se pretende reflejar en este trabajo, no es posible mantener la incapacidad del menor como regla general. No obstante, ello atiende a un fin irrepachable como es el de mantener la enseñanza del maestro.

en que la ley reconoce capacidad de obrar al menor son excepcionales; habría que interpretarlos restrictivamente, pues el menor carecería de capacidad de obrar en todo caso salvo lo explícita y taxativamente dispuesto por la ley, invirtiendo de este modo la doctrina clásica. Efectivamente, entender la mayoría de edad como el paso automático a la situación de plenamente responsable desde la de protegido y dependiente tiene como efecto reflejo que la menor edad se configure como un estado civil unitario, pero de ello no se puede inferir la incapacidad de obrar del menor¹⁸.

A nuestro juicio, esta etapa, que engloba un modelo de protección del menor, culmina con las previsiones de la Constitución española de 1978 cuyos valores y principios suponen un profundo cambio en diferentes sectores del ordenamiento como el Derecho de la persona y de la familia. El art. 39 CE dispone que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos, establece el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos y garantiza a los niños la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos¹⁹. La finalidad del sistema de protección (patria potestad, o en su caso tutela) es precisamente compensar la falta plena de capacidad del menor²⁰.

Como adelantamos, estas disposiciones supusieron la consiguiente modificación de las previsiones del Código civil en lo tocante a la patria potestad y su concepción. La reforma de 1981²¹ implicó la superación del modelo decimonónico en el que la patria

18 DE CASTRO [(1952) 2008:174 y175]: «Convencen de ello las siguientes consideraciones: 1ª. Que tal era la doctrina del antiguo Derecho español, y que al no haber indicación alguna de que se quisiera abandonar al redactarse el Código civil hay que presumir que se ha mantenido. 2ª. Ninguna disposición del Código civil permite inferir una incapacidad absoluta del menor. 3ª. La teoría de la incapacidad absoluta resulta falta de lógica, aplicada a nuestro sistema jurídico. ¿Cómo hablar de una incapacidad absoluta y admitir una serie numerosa de casos en que es capaz el menor y respecto de actos de tanta trascendencia como hacer testamentos, adquirir la posesión y celebrar contratos? Más aún: si se caracterizan de excepciones todos los supuestos en que el Derecho considera expresamente capaz al menor, será necesario que haya y se señale la «ratio iuris» que justifique la anomalía de cada ruptura de la regla general de la incapacidad. Si no se explica o si no se puede explicar el hecho de que el ámbito de las llamadas excepciones sea tan amplio (o más amplio) que el de la regla, ni el porqué de esa continuada quiebra de la llamada regla general, tal teoría se revela dogmáticamente inútil y falsa. 4ª. En fin, y ello parece decisivo, la doctrina tradicional permite explicar con sencillez, y con más justos resultados prácticos, los preceptos de nuestras leyes». Así concluye el autor que la limitación de la capacidad de obrar del menor habrá de estar en cada caso justificada jurídicamente, y en este sentido puede decirse que es excepcional.

19 Actualmente, esta previsión implica una clara remisión a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

20 CASTÁN VÁZQUEZ (1993: 546) afirma que la norma constitucional proclama así, sin concretarlo, dicho deber de asistencia de todo orden. Del mismo modo que GÁLVEZ MONTES (1980: 476) y ROCA I TRIAS (1999: 223), opinamos que si bien el texto constitucional prevé la posibilidad de acciones por parte de los poderes públicos para la protección y asistencia del menor, tal protección se concibe subsidiariamente para los casos en que los padres no pueden o no se hacen cargo de sus hijos.

21 Ley 11/1981, de 13 de mayo. Sin embargo, el contenido del art. 154 Cc fue modificado posteriormente por la Ley 54/2007 que suprimió la parte del precepto referida a la facultad de corrección de los padres, si bien el art. 155 Cc sigue estableciendo el deber de los hijos de obedecer y respetar siempre a los padres mientras permanezcan bajo su potestad.

potestad se alzaba como un derecho en beneficio de los padres²². Así la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejerce siempre en interés de los hijos de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental (art. 154 Cc)²³. Este modelo de protección del menor supone la quiebra del modelo jerárquico familiar y del autoritarismo paterno, ya que el Código en la actualidad prescinde de aquellas menciones que consagraban el anterior sistema de sujeción del menor²⁴.

*c) Modelo de respeto de la personalidad del menor:
el principio del interés del menor.*

Llegados a este punto, se produce otro cambio de rumbo en la situación del menor de edad pues, como indica RIVERO HERNÁNDEZ, frente a una tradicional visión paternalista que concibe al menor como una persona meramente protegida, actualmente, sobre todo a partir de la adolescencia, se le confiere el status de persona tendencialmente autónoma, participe principal en la concreción de su propio interés²⁵. El punto de partida de esta nueva concepción del menor es el art. 3 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989²⁶ según el cual en la toma de todas las medidas concernientes a los niños²⁷, el interés superior del niño será una consideración primordial a que deberá atenderse. Esta Convención se desarrolla en nuestro país a través de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor la cual ha sido profusamente reformada por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, ésta de naturaleza ordinaria, de idéntica denominación.

22 Como señalamos previamente, DE CASTRO [(1952) 2008: 176] la concibe como oficio de protección. Para ROCA I TRIAS (1999: 222) se trata de una función y no de un derecho.

23 Precepto recientemente reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

24 VALPUESTA FERNÁNDEZ (2012: 283) reafirma que la reforma de 1981 suprime toda discriminación entre los hijos y equipara a los cónyuges en el ejercicio de la patria potestad, que cambia de filosofía al alejarse de la idea de jerarquía que la había presidido.

Con relación a los bienes del hijo, el art. 164 Cc prevé que sean administrados por los padres con la misma diligencia que los suyos propios con una serie de excepciones que el propio precepto establece. Además, el art. 165 Cc dispone que al menor no emancipado le pertenecen siempre los frutos de sus bienes así como todo lo que adquiriera con su trabajo o industria. No obstante, los padres podrán destinar parte de los bienes del menor al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de ello. Parece que esta previsión pretende compensar la pérdida de los derechos reales que los padres disfrutaban sobre los bienes del menor.

25 RIVERO HERNÁNDEZ (2007: 28).

26 Ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE de 31 de diciembre de 1990). Recordemos que conforme al art. 39.4 CE, los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

27 Según el art. 1 de la Convención, «se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad».

El nuevo art. 2 LOPJM no sólo se limita a decir que primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, pues la reforma realizada en el mismo es verdaderamente exhaustiva; ahora incluye una lista de criterios generales para interpretar y aplicar el interés del menor como, por ejemplo, el desarrollo del menor; la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior o la preservación de su identidad. Además, señala que estos criterios se ponderarán de acuerdo a la edad y madurez del menor; el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la promoción de su efectiva integración y desarrollo en la sociedad; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; así como otros elementos de ponderación que deben ser valorados conjuntamente conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad. Como exponemos a lo largo de este trabajo, se trata de criterios no desconocidos ya que previamente han sido barajados por la doctrina y la jurisprudencia para determinar el contenido del concepto del interés del menor. En cualquier caso, no es desdeñable que el legislador incorpore los mismos al texto legal en aras de esclarecer con mayor facilidad el contenido de dicho concepto²⁸. Además, nos encontramos ante principios generales del Derecho porque estas ideas o criterios deben presidir la interpretación y aplicación del interés del menor y, en consecuencia, de las distintas normas que se refieren a dicho interés como exige el legislador. Por ello, tales previsiones no pueden ser desconocidas a la hora de dar sentido al contenido de los arts. 1263.1º o 162.II.1º Cc a los cuales particularmente nos referimos en el presente trabajo.

El interés del menor implica que ya no solamente se busca lo mejor para el menor sino que, sin prescindir de la protección que todo ordenamiento jurídico debe ofrecerle, pretende darle instrumentos para que pueda alcanzar una mayor autonomía e identidad propia de manera progresiva, ejercitando directamente sus derechos y libertades²⁹. De ahí que podamos hablar de un modelo de respeto de la personalidad del menor.

A la hora de concretar qué es el interés del menor surgen dificultades pues nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado o cláusula general abierta con un contenido ambiguo y de difícil precisión, por lo que para concretarlo se debe atender a la casuística, ya que es inútil pretender establecer una línea teórica que

28 Por otro lado, la nueva letra del art. 11.2 LOPJM recoge la supremacía del interés del menor y el libre desarrollo de su personalidad como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos.

29 Según la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor, «las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos».

recoja todos los supuestos en que pueda encontrarse un menor, pues estaría muy lejos de ser exhaustiva³⁰. En efecto, se refiere a un supuesto de hecho general y abstracto, sin límites precisados exactamente por la ley, siendo el juez quien debe dar contenido concreto a tal concepto cuando aplique la ley y juzgue un determinado supuesto de hecho y sus circunstancias. Por ello, podemos destacar dos caracteres en el concepto de interés del menor: su relativismo, por su directa dependencia de las coordinadas personales y circunstanciales del menor a que alcance; y su aspecto dinámico, móvil y cambiante, al ir ceñido al mismo menor a su evolución personal y cambios vitales con el paso del tiempo u otros avatares que afectan a su circunstancia³¹.

También debemos indicar que el interés del menor constituye en nuestro Derecho un principio constitucional³²; concretamente se trata de uno de los principios rectores de la política social y económica que aparece subsumido por el mandato constitucional de protección integral de los hijos menores de edad del art. 39 CE y, en definitiva, por la remisión que dicho precepto hace a la protección de los acuerdos internacionales que velan por los derechos del niño. Por tal ubicación en la Constitución, el interés del menor vincula a todos los poderes públicos ex art. 53.3 CE³³. Las leyes civiles instrumentan y desarrollan el mandato contenido en el art. 39 CE aludiendo en

30 ROCA I TRIAS (1999: 211 y 218) se inclina por un sistema como el español, que establece una cláusula general que impone la obligación de actuar conforme al interés del menor, y alega que una construcción jurídica que tenga como base la previsión de todas y cada una de las situaciones en que puede encontrarse el menor es peligrosa, en tanto que puede dejar fuera situaciones impensables en el momento en que se redacte la norma como consecuencia de la evolución social. Posteriormente, la autora precisa que en la zona de incertidumbre de las reglas en que la ley utiliza conceptos válvula o conceptos indeterminados no se está permitiendo una actividad discrecional, pues el aplicador de la norma deberá buscar la decisión más adecuada al caso concreto en atención a las circunstancias concurrentes, condiciones que deberán ser debidamente ponderadas y valoradas a la hora de precisar aquello que sea más conveniente u oportuno para el interés de ese menor. (DE PALMA, 2006: 116 y 117; citado en ROCA I TRIAS, 2013: 64). Según DE TORRES PEREA (2009: 21) resulta temerario todo intento definitorio en materia de interés del menor; de hecho, una definición exacta no sería ni razonable ni posible, dado que resultaría imprecisa e incompleta.

Nuestro Código civil hace múltiples referencias al mismo. A modo meramente ejemplificativo, se puede confrontar el art. 20.2a) acerca de la nacionalidad; los arts. 90B), 92.4 y 8, 94.2 y 103.1^a sobre crisis matrimoniales; el art. 149 en relación con los alimentos; los arts. 154.2, 156.5, 159, 161 y 170 relativos a la patria potestad; los arts. 172.4, 173.3 y 4 o 173bis.2^o para la guarda y acogimiento; los arts. 176.1 y 180.2 referidos a la adopción; los arts. 216.2^o, 234.2, 235, 239, 245 y 246 sobre la tutela; el art. 304 acerca de la guarda de hecho; etc.

31 RIVERO HERNÁNDEZ (2007: 70).

32 Recordemos la diferenciación que ALEX Y (2007: 67 y 68) establece entre principios y reglas: los principios son mandatos de optimización, esto es, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de forma que pueden cumplirse en diferente grado y la medida debida de su cumplimiento depende de las posibilidades reales y también de las jurídicas. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Según GARCÍA RUBIO (2010: 1084), a diferencia de las reglas, que son normas susceptibles de ser utilizadas en términos de todo o nada, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible.

33 «El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos».

innumerables ocasiones al interés del menor, interés superior del menor o beneficio del niño, alzándose éste como principio general de Derecho privado. Además, al estar recogido en las normas sustantivas, a modo de cláusula general, el principio del interés del menor tiene valor normativo, lo cual justifica su aplicación directa y no subsidiaria³⁴; lo que en absoluto impide su aplicación en el caso concreto, debido a su carácter informador del ordenamiento jurídico, o en defecto de norma legal o consuetudinaria (cfr. art. 1.4 Cc)³⁵.

Recordando lo dispuesto en el art. 2 LOPJM, el interés del menor prima sobre cualquier otro tipo de interés por lo que, como criterio hermenéutico que es y sin necesidad de su tipificación en el texto legal, su satisfacción es prioritaria y se impone sobre otros intereses legítimos que puedan concurrir. Pero cabe que nos preguntemos si se puede dar alguna situación que justifique otro resultado y qué parámetros se deben utilizar para, en su caso, restringir el interés del menor. Al respecto señala RIVERO HERNÁNDEZ que la prevalencia o superioridad no se da siempre, ni es absoluta pues queda delimitada o moderada por el principio de proporcionalidad. Se trata de una regla general que no excluye excepciones, ya que hay otros bienes e intereses valiosos jurídicamente que deben ser apreciados en cada caso cuya relevancia puede conducir a la preponderancia de éstos mediante la restricción del interés del menor³⁶. Sin embargo, para ello es necesario que contemos con algún criterio ponderativo que nos permita medir la razonabilidad y proporcionalidad existente entre la medida que restrinja el interés del menor y su finalidad. Así las cosas, y para lo que nos interesa, podemos tomar la doctrina del juicio de proporcionalidad de ALEX Y y, con relación al principio del interés del menor, mutatis mutandis, llegar a las siguientes conclusiones: a) el sub-principio de idoneidad supone que la medida restrictiva del principio del interés del menor sea susceptible de alcanzar y promover el objetivo para el que se adoptó tal medida; b) el sub-principio de necesidad implica que la medida restrictiva del principio del interés del menor sea imprescindible; esto es, por un lado, no debe existir otro medio menos oneroso para lograr la finalidad de dicha medida y, por otro lado, de entre las posibles formas de imponerla, debe elegirse en todo caso la menos gravosa para tal finalidad; c) por último, el sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto se concreta en probar argumentada, comprensible y racionalmente que,

34 DE TORRES PEREA (2009: 27) opina que no se trata de anteponer la aplicación de un principio general del Derecho a la propia ley, porque dicha cláusula general que recoge el principio del menor es una disposición de la ley.

35 «En esa calidad de principio general, reforzado por su elevación a constitucional, además de ser garantía para los ciudadanos y vincular a los poderes públicos (art. 53.3 CE), a cuya actuación pone límites, el del interés del menor actúa: a) como instrumento informador de instituciones que afectan a las personas que se pretende proteger (patria potestad, tutela, desamparo y acogimiento, adopción), para lo que da directrices para la consecución de fines constitucionales (protección de los menores); b) proporciona criterios de interpretación, coherentes con ese principio y sistema de valores, de normas directas o conexas que alcanzan a menores; y c) deviene norma supletoria de aplicación (art. 1.4 Cc), cuando proceda a falta de otra norma especial, es decir, fuera de los casos tipificados (función de integración del ordenamiento)» (RIVERO HERNÁNDEZ, 2007: 84 y 85).

36 RIVERO HERNÁNDEZ (2007: 75).

efectivamente, los otros bienes o intereses por los que se pretende restringir el principio del interés del menor sufrirían un riesgo cierto y no presunto, de manera que éste sería aún mayor si aquél no se limitase en lo estrictamente necesario³⁷. Entendemos, sin embargo, que éste no es el criterio que mantiene el legislador. Si bien el nuevo art. 2.4 LOPJM introducido por la LO 8/2015 sanciona el respeto a otros intereses legítimos que pudiesen concurrir con el interés del menor, señala que en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro. De esta forma, el legislador se decanta en todo caso por la satisfacción del interés del menor mediante una ponderación ex lege que lo coloca por encima de cualquier otro interés de cualquier índole o naturaleza. Nosotros consideramos, ante la casuística que se puede dar, que tal previsión es prescindible y una correcta aplicación del juicio de proporcionalidad, que el propio legislador ahora sí recoge, es suficiente garantía de respeto a los intereses en juego.

No obstante, el interés del menor no se reduce únicamente a un principio flexible y adaptable caso por caso, en busca del mejor beneficio y menor perjuicio del menor de edad, sino que presenta otra faceta directamente vinculada con la autonomía individual y personal de su titular. Debido a una creciente vinculación entre autonomía y menor de edad, comprendemos que la protección del menor sólo se puede conseguir considerándole como un sujeto activo, lo que se traduce en un reconocimiento cada vez mayor de su autonomía, permitiéndole participar en los asuntos que le conciernen³⁸. En este sentido, recordemos que el art. 10.1 CE consagra el respeto de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad. La observancia de este precepto nos conduce a atribuir a la personalidad del menor la relevancia que merece pudiendo decidir o participar éste en la determinación de su propio interés y en la formación de su personalidad futura³⁹.

37 Sobre el juicio de proporcionalidad en su triple faceta (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) vid. ALEX Y (2011: 124 y ss.). La jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional hace referencia en diversas ocasiones al juicio de proporcionalidad para determinar si una medida restrictiva de un derecho fundamental respeta dicho juicio (entre otras, las SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10; 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6). En nuestro Derecho, sobre el juicio de proporcionalidad BASTIDA (2004: 145 y ss.).

38 PARRA LUCÁN (2013: 594 y 595).

39 Tales consideraciones son tenidas ahora en cuenta por el nuevo art. 2 LOPJM. Sin embargo, la STC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 3, señala que el interés del menor no coincide siempre con sus deseos. En materia de adopción, guardia y acogimiento de menores, la SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 14 de mayo de 2015 (JUR 2015\165362) clarifica que la voluntad manifestada por el menor «no se traduce necesariamente en decisión ni vincula al tribunal que debe analizar, teniendo en cuenta todos los elementos fácticos que concurren, cual es la medida que más se ajusta a su interés, interés que no siempre coincide con su voluntad». Según RIVERO HERNÁNDEZ (2007: 149) «no consiste, desde luego, en acceder a cuanto pida ni atender en todo caso a su opinión o sentimientos, por más que haya idéntico acuerdo en que debe concedérsele progresivamente más protagonismo a medida que avanza en edad y madurez».

En consonancia con esta obligación, tras la reforma del Código civil de 1981, además del art. 154 Cc, también se modificó la letra del art. 162 Cc, de manera que se exceptuaban de la representación legal de los padres que ostentan la patria potestad los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. Sin embargo, este precepto también ha sido reformado por la Ley 26/2015 y actualmente establece lo siguiente: «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia. (...)». Más adelante, para evitar romper la línea explicativa, nos centraremos en las críticas a la reforma de este precepto, pero es menester que en este momento y de forma breve dejemos patente nuestra disconformidad con su nuevo contenido. A lo largo del presente trabajo, defendemos que la virtualidad del art. 162.1º.II Cc era precisamente recoger la capacidad de obrar del menor con carácter general, lo que con su nueva redacción es difícil de sostener. Sin embargo, esa es nuestra concepción del precepto y así la seguimos sosteniendo a la espera de una futura reforma que corrija la nueva previsión.

La personalidad, recordando lo que ya hemos mencionado, se ha venido identificando con la capacidad jurídica que corresponde a toda persona por el mero hecho de serlo, que se inicia con su nacimiento y termina con su muerte, y significa la aptitud para ser titular de derechos subjetivos; esto es, sería una condición abstracta de la persona que supone la mera posibilidad de tener derechos u obligaciones⁴⁰. Frente a esta cualidad de la persona dimanante de su dignidad, encontramos la capacidad de obrar que definimos como la aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos (adquirir derechos y obligaciones), la cual DE CASTRO vincula con el estado civil, en evitación de aquella posición doctrinal que, haciendo equivaler el alcance de la mayoría de edad con la adquisición de la madurez y capacidad exigible para realizar actos jurídicos, considera incapaz al menor de edad. Sin embargo, la alusión que hace el art. 162.II.1º Cc a las condiciones de madurez del menor nos lleva (o al menos nos llevaba) a concluir que el criterio que utiliza el legislador para definir la capacidad de obrar es la capacidad natural, esto es, la aptitud para conocer, saber o querer, prescindiendo del estado civil⁴¹.

40 GARCÍA RUBIO (2013: 93).

41 GORDILLO CAÑAS (1986: 20 y ss.) diferencia dos aspectos, el estático y el dinámico, en la personalidad. El primero se corresponde con la capacidad y tiene las siguientes propiedades: es siempre una y la misma, es decir, igual en todos y para todos y, en cada cual, estática, constante, uniforme, general o abstracta y no admite grados ni modificaciones. Por todo ello, el mencionado autor destaca el fundamental valor ético-social de la categoría de la capacidad jurídica pues a través de ella el ordenamiento jurídico toma nota del dato previo de la existencia personal y se constituye al individuo en sujeto de derecho; es en definitiva reflejo directo o simple versión jurídica de la personalidad. El aspecto dinámico se corresponde con la capacidad de obrar. A diferencia de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar tiene como presupuesto la madurez necesaria para valorar la conveniencia de los actos que la persona realiza, es decir, requiere capacidad de autogobierno. Se dice que es contingente, ya que se

Además, debemos hacer referencia a la reciente superación de la división de los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, como demuestra la doctrina del Tribunal Constitucional que esclarece: «en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)⁴²». Si la capacidad de obrar se presume plena como principio general (no para los menores, que la tienen limitada) y su restricción o limitación afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad, no podemos hablar de la capacidad jurídica y de obrar como dos conceptos con una rígida y estricta separación sino que ambos están íntimamente relacionados en defensa de los derechos que recoge la Constitución⁴³.

Como se ha dicho, hoy en día no sólo la doctrina considera que el menor no es un incapaz, sino que éste es el criterio que utiliza el legislador en el art. 2.2 LOPJM al indicar que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva. Por lo tanto, los menores tienen capacidad de obrar limitada, pero tales limitaciones son la excepción a la regla general de capacidad, de manera que poseen la aptitud necesaria para realizar actos que la ley no les prohíba, con la condición de que tengan capacidad natural suficiente para ello.

puede tener o no, y variable, pues admite grados y modificaciones. Así, se entiende que no acompaña siempre a la personalidad, ni es en igual medida en todos los hombres, ni en la misma persona en los distintos momentos de su vida.

42 Cfr. SSTC 174/2002, de 9 de octubre, FJ 5 y 7/2011, de 14 de febrero, FJ 2.

43 En este sentido, GORDILLO CAÑAS (1986: 41 y 42) recuerda que capacidad jurídica y de obrar son manifestación directa de la personalidad por lo que, aunque la primera sea reflejo inmediato, necesario y directo ésta, no es la única que merece el carácter de categoría trascendental, pues la capacidad de obrar, aun admitiendo recortes, es el cauce ordinario de desarrollo de la personalidad; de ahí que deba entenderse como atributo básico y esencial de la persona. El libre desarrollo de la personalidad es uno de los valores constitucionales sobre los que se asienta el orden político y la paz social (art. 10 CE). Desde tal punto de vista, cabe resaltar el valor práctico del concepto de la capacidad de obrar ligado estrechamente al reconocimiento de la libertad de la persona y de su debida autonomía. GARCÍA RUBIO (2013: 98) hace referencia a la posible superación, o al menos necesaria revisión, de la dualidad capacidad jurídica/capacidad de obrar, basándose en Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España el 21 de abril de 2008), la cual no reconoce la asentada dicotomía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar que caracteriza algunos ordenamientos como el español. En efecto, el art.12 de la Convención rubricado Igual reconocimiento como personas ante la ley menciona únicamente la capacidad jurídica, sin hacer alusión algún a la capacidad de obrar y, tras sentar el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica, se refiere a su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás y a la adopción de medidas adecuadas para el ejercicio de la misma.

Retomando la cuestión, observamos que el art. 162.II.1º Cc no fija una edad a partir de la cual podamos entender que el menor de edad posee la capacidad natural necesaria, y por tanto capacidad de obrar (o al menos ello se derivaba de letra del precepto hasta julio de 2015), sino que establece un criterio subjetivo basado en las condiciones de madurez del menor en cada caso concreto⁴⁴. Se trata de una opción que se adapta flexiblemente a la realidad, pues el juicio que precisa tener un menor para el ejercicio de determinados derechos y actos jurídicos, puede que no lo tenga otro de la misma edad y, de igual modo, la madurez del menor para ejercitar distintos derechos y actos puede ser suficiente en unos casos e insuficiente en otros⁴⁵. Las condiciones de madurez a las que se refiere el precepto apelan al discernimiento del menor para actuar y decidir autónoma y libremente, es decir, a sus condiciones psíquicas para comprender y valorar el alcance y consecuencias de sus actos y decisiones⁴⁶.

II.2. El interés del menor como derecho subjetivo (de la personalidad).

Finalmente, aún nos queda analizar el interés del menor desde una última y más novedosa perspectiva. Con motivo del vigésimo quinto aniversario de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, se publica la Observación General No. 14 (2013) del Comité de los derechos del niño de las Naciones Unidas que desarrolla el contenido del art. 3.1 de la Convención, indicando que tal precepto otorga al menor el derecho a que su interés superior sea evaluado y tenido en cuenta como primordial consideración en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como el privado⁴⁷. Resumidamente, y de acuerdo con lo que hemos explicado hasta ahora, este texto hace referencia a la obligación de los Estados parte de integrar e implementar el interés superior del menor en toda medida, acto, servicio o procedimiento que le afecten directa o indirectamente, tanto en el sector público como el privado, teniendo

44 Sobre las distintas interpretaciones que suscitaba el anterior contenido de este precepto profundizaremos más adelante al referirnos a la capacidad contractual del menor. Del mismo modo, también analizaremos el nuevo contenido del precepto y expondremos, como dijimos, nuestras críticas a la reforma.

45 Por lo tanto, no debemos hablar de minoría de edad sino de minorías, pues por debajo de los dieciocho años queden comprendidas edades y situaciones tan distintas como son la del niño de tres meses o tres años y la del joven de quince o diecisiete años, que no pueden ser tratadas de idéntica forma (RIVERO HERNÁNDEZ, 2007: 176 y 177).

46 La Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor explica 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».

47 General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, para.1: «Article 3, paragraph 1, of the Convention on the Rights of the Child gives the child the right to have his or her best interests assessed and taken into account as a primary consideration in all actions or decisions that concern him or her, both in the public and private sphere».

en cuenta que se trata de un concepto dinámico, flexible y adaptable que requiere ser concretado caso por caso y evaluado en cada contexto específico.

Pero lo verdaderamente novedoso es que, más allá de considerar el interés (superior) del menor bien como principio, bien como regla de procedimiento, se refiere al mismo como derecho; concretamente subraya que se trata de un derecho sustantivo que es directamente aplicable y que puede invocarse ante los tribunales⁴⁸. De hecho, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, recoge tal interpretación en su Exposición de Motivos: «Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral».

El citado precepto de la Convención constituye una norma self-executing, lo que implica su aplicabilidad e inclusión directa en el Derecho interno, sin necesidad de medidas legislativas o reglamentarias de desarrollo, por lo que partimos de que esta calificación del interés del menor como derecho vincula a los tribunales españoles. Por otra parte, debemos indicar que, en nuestra opinión, la finalidad de esta nueva calificación va más allá de la simple contraposición entre las nociones de derecho sustantivo por un lado, y derecho adjetivo por otro, siendo el primero el que regula el comportamiento de los particulares y el segundo la mecánica del proceso⁴⁹. Nosotros creemos que la

48 General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration, para.6: «The Committee underlines that the child's best interests is a threefold concept: (a) A substantive right: The right of the child to have his or her best interests assessed and taken as a primary consideration when different interests are being considered in order to reach a decision on the issue at stake, and the guarantee that this right will be implemented whenever a decision is to be made concerning a child, a group of identified or unidentified children or children in general. Article 3, paragraph 1, creates an intrinsic obligation for States, is directly applicable (self-executing) and can be invoked before a court».

49 Es más, como ya mencionamos, la propia Observación General No. 14 (2013) del Comité de los derechos del niño de las Naciones Unidas se refiere al interés del menor como regla de procedimiento. Según su párrafo

Observación General No. 14 (2013) del Comité de los derechos del niño de las Naciones Unidas pretende hacer equivalentes los conceptos de derecho sustantivo y derecho subjetivo con todas las consecuencias jurídicas que ello supone, lo cual nos obliga a analizar qué significa el paso del interés del menor como principio al interés del menor como derecho subjetivo con la debida cautela, más cuando esta nueva calificación es tan reciente que no ha sido objeto de pronunciamientos doctrinales ni jurisprudenciales, que sepamos. Por lo tanto, la exposición que sigue está, sobre todo, encaminada a plantear las dudas y problemas que suscita hablar del interés del menor como derecho subjetivo.

El derecho subjetivo se define como una determinada situación de poder concreto concedida sobre cierta realidad social a una persona y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa⁵⁰. Por tanto, definir el interés del menor como derecho subjetivo implica que se le reconoce a su titular un espacio o esfera de libre actuación y desenvolvimiento, además de su correspondiente protección y defensa. En definitiva, significa la virtualidad de que el menor alegue su derecho a que su interés sea tenido en cuenta en el caso concreto en su beneficio y utilidad, así como a que se activen las consecuencias jurídicas derivadas de su eventual desconocimiento o violación.

Posiblemente, la doble calificación del interés del menor como principio y como derecho se pueda justificar por su estrecha vinculación con la búsqueda y aseguramiento del desarrollo de la personalidad del menor, así como de su identidad y autonomía; de manera que tal acercamiento haya supuesto que, pasando por el ámbito de los principios y criterios de respeto de la personalidad, alcanzase una individualización propia como derecho autónomo.

Con las explicaciones precedentes hemos querido resaltar que el dinamismo que caracteriza al concepto de «interés del menor» ha permitido su evolución para responder adecuadamente a las demandas de una sociedad cambiante. No obstante, debemos precisar dónde se encuentra la base jurídica sobre la se asienta esta nueva calificación que atribuye al interés del menor la condición de derecho subjetivo.

Una vez afirmado que el interés del menor es un genuino derecho subjetivo, intentaremos señalar la concreta categoría a que pertenece, lo cual no deja de ser una cuestión problemática. Así se nos plantea la duda de si debemos encuadrar el derecho del interés del menor dentro de los derechos de la personalidad o de los derechos de familia (categorías a las que en mayor medida se podría aproximar). Al respecto, conviene que recordemos que los derechos de la personalidad son aquellos atributos y cualidades inherentes a la propia persona, derivados de su condición humana que, como tal, son manifestación y proyección de su esfera personal y entorno más íntimo⁵¹.

6: «The Committee underlines that the child's best interests is a threefold concept: (c) a rule of procedure».

50 DE CASTRO [(1952) 2008: 610].

51 Según GARCÍA RUBIO (2013: 597 y 598) no existe un concepto normativo de derechos de la personalidad, de ahí que las distintas aproximaciones conceptuales, no puedan evitar que se haya convertido en una fórmula habitual y crecientemente utilizada en los ordenamientos modernos para hacer referencia al conjunto de dere-

Dicho esto, también se podría plantear ubicar el interés del menor dentro de los derechos de familia pues tal concepto aparece recogido en no pocas normas sustantivas que en su mayoría se refieren al ámbito familiar⁵². Sin embargo, creemos que es algo más.

A lo largo de la explicación de la evolución del concepto de interés del menor hemos hecho referencia a la búsqueda de la progresiva autonomía individual del menor, así como a su consideración como sujeto activo en la formación de su propia condición e identidad, es decir, como partícipe y protagonista en la conformación de su personalidad. El carácter abierto y dinámico de los derechos de la personalidad nos permite afirmar que sí pueden ir surgiendo nuevos derechos de esta categoría ya que el continuo devenir social exige nuevos mecanismos de tutela de la persona. Desde esta perspectiva, entendemos que el derecho del interés del menor pretende responder a esa necesidad de atribuir al menor los medios adecuados para el ejercicio y defensa de sus intereses y derechos. Como esclarece GARCÍA RUBIO, la fuente de un nuevo derecho de la personalidad la encontramos en la cláusula de la dignidad de la persona recogida en el art. 10.1 CE a la que se le puede atribuir un «valor seminal⁵³». En este sentido, si la interpretación del concepto de interés del menor ha llegado hasta el punto de ser considerado como un derecho subjetivo, podemos encajar el derecho del interés del menor dentro de los derechos de la personalidad, pues éstos ofrecen a su titular un espacio de libertad y desarrollo de dicho interés en los distintos ámbitos de su vida, incluida obviamente el aspecto familiar, lo cual deriva de la dignidad de la persona⁵⁴. En definitiva, el concepto del interés del menor trata de ofrecer a éste los cauces adecuados para que en el futuro se convierta en un ciudadano⁵⁵.

Respecto a si el derecho del interés del menor es un derecho absoluto o relativo⁵⁶, optaríamos por lo primero, ya que la doctrina afirma que los derechos de la

chos con los que se trata de proteger la integridad e inviolabilidad de la persona.

52 Vid. supra nota al pie de página 30.

53 GARCÍA RUBIO (2013: 611). GARCÍA GARNICA (2004: 66) señala que «el principal problema que plantea la delimitación de los derechos de la personalidad radica en que se trata de una categoría jurídica moderna, cuya construcción dogmática aún no ha terminado de ser elaborada de forma satisfactoria e incontrovertida».

54 GARCÍA RUBIO (2013: 609 y 610) afirma respecto de los derechos de la personalidad lo siguiente: «Se trata de una categoría con perfiles difusos, de la que a la postre no es posible hacer un elenco cerrado, de modo que para abarcarla es preciso atender a las nuevas exigencias y necesidades de la persona en una sociedad cambiante, entre otros medios a través de la concesión de específica protección a los bienes y valores que le son propios». Y en nuestra opinión, el interés del menor responde actualmente a estos propósitos.

55 ROCA I TRIAS (1999: 219) señala que «el planteamiento constitucional del problema de la protección de la personalidad en el artículo 10 CE y su complemento en el artículo 39.3 y 39.4 CE, en lo que se refiere a la protección del menor, diseñan un auténtico programa constitucional, cuya finalidad es conseguir que el niño se convierta en un ciudadano cuando llegue a la mayoría de edad».

56 Para DELGADO ECHEVERRÍA (2005: 78 y 79) los derechos absolutos conceden a su titular un poder directo e inmediato (sin mediación de nadie) sobre el objeto del derecho, cuyo ámbito de poder es eficaz y oponible frente a todos. En cambio, los derechos relativos conceden un poder sobre la conducta de una persona para

personalidad son de ese tipo⁵⁷. De esta manera, el derecho del interés del menor se alza como un derecho erga omnes que impone un deber de respeto general, aun sin la existencia de una especial relación jurídica con el sujeto titular; pero además de eso, que sea un derecho absoluto supone la posibilidad de excluir a cualquiera de la esfera de ese poder jurídico⁵⁸.

Este deber de respeto universal implica que, por un lado, tanto los sujetos públicos como los particulares deban respetar al menor en su ejercicio (aspecto pasivo) y, por otro, éste pueda ejercitar su derecho frente a cualquiera de aquéllos (aspecto activo). Tradicionalmente, también se clasifican los derechos subjetivos según sean públicos o privados de manera que, al ser los derechos de la personalidad inherentes a la persona, gran parte de la doctrina se refiere a ellos como derechos privados. Sin embargo, compartimos la postura de GARCÍA RUBIO cuando disiente de esta división bipartita porque los derechos no son ni privados ni públicos, sino que simplemente despliegan el efecto que les es propio, que con frecuencia afecta a ambas esferas⁵⁹. De esta forma, según el caso concreto, podemos decir que el derecho del interés del menor tiene eficacia vertical cuando se relaciona con órganos públicos y eficacia horizontal en sus relaciones de índole privada, esto es, entre particulares.

Centrándonos ya en las relaciones del menor con otros particulares, observamos que al Código civil le preocupa principalmente la satisfacción del interés del menor en el ámbito familiar⁶⁰; sin embargo, como derecho subjetivo erga omnes, vincula no sólo a quien ejerza un oficio de protección (padres o tutores) sino a toda persona que tenga relación con el menor, a cualquier sujeto cuya actuación pueda afectar al menor. Por ello, creemos que hay que atender al derecho del interés del menor no sólo en relación con la patria potestad o la tutela, sino también en aquellos otros supuestos en los que el derecho del menor a que su interés sea tenido en cuenta en el caso concreto, como derecho de la personalidad, pueda ser ejercitado, exigido, defendido o vulnerado. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

conseguir el fin pretendido mediante su mediación; y ello sólo es exigible a ésta, no a todos. Además, esclarece que los términos absoluto y relativo no deben conducirnos a confusión alguna ya que tal conceptualización responde a la definición dada con el fin de diferenciarlos pues en realidad, relativos son todos, pero aquí se emplea el término (relativo) por oposición y contraste con el de absoluto.

57 Cfr. a este respecto DELGADO ECHEVERRÍA (2005: 78) y DÍEZ-PICAZO – GULLÓN (2012: 405).

58 DE CASTRO [(1952) 2008: 659] opina que con los derechos absolutos se crea «una situación dominical, cuyo contenido se manifiesta en: 1.º Los actos realizados por el titular sobre el objeto tienen valor de legítimos. 2.º Concesión de un monopolio para su ejercicio, dentro de la extensión que permite su objeto. 3.º Prohibición a los demás de invadir su esfera jurídica; y 4.º Concesión de medios para, en su caso, rechazar los ataques indebidos».

59 GARCÍA RUBIO (2013: 614) estima que está totalmente superada la tesis que establecía la diferencia entre unos y otros en función del carácter de derechos de naturaleza pública en el caso de los fundamentales y de naturaleza privada en el caso de los de la personalidad.

60 Vid. supra nota al pie de página 30.

Procede ahora reflexionar sobre cómo el menor puede ejercitar este derecho. Pues bien, es característica propia de los derechos subjetivos que se puedan ejercer tanto judicial como extrajudicialmente⁶¹; de ahí que el menor pueda exigir, tanto en la esfera privada de su convivencia con otros individuos como ante los tribunales, que se respete el derecho a que su interés sea tenido en cuenta en el caso concreto, así como que el mismo no sea lesionado ni perjudicado. La defensa del interés del menor es facultad propia del contenido de los derechos subjetivos y, en el caso que estamos analizando, se puede ejercitar frente a cualquiera. Así, el derecho subjetivo del interés del menor implica su protección jurídica entendiéndola, en último término, como la posibilidad de reclamar ante la Administración de Justicia a fin de que intervenga en defensa del interés. El acto de ejercicio del derecho del interés del menor es la pretensión, cuya satisfacción, como vemos, se puede buscar mediante el ejercicio judicial de los derechos o privadamente⁶². Así, en el caso concreto, el menor puede exigir que se respete su derecho a atender a su interés y, en el caso de vulneración u omisión, podrá acudir a los tribunales en busca de la protección jurídica a la que antes nos referíamos.

El remedio clásico frente a la vulneración de los derechos de la personalidad es la indemnización de daños y perjuicios. A este respecto, GARCÍA RUBIO se pregunta si para el resarcimiento de los daños causados por la lesión de un derecho de la personalidad se debe acudir a las previsiones contenidas en los arts. 1902 y ss. Cc o, por su mayor idoneidad y similitud, procede en primer lugar, estar a lo dispuesto en la LOPDH⁶³. La autora estima preferible la segunda opción porque los derechos de la personalidad deben ser protegidos contra cualquier ofensa ilícita, sin que sea necesario el concurso de la culpa del ofensor (al menos entendida en el sentido tradicional que dimana del art. 1902 Cc) o la intención de perjudicar al ofendido⁶⁴. Este resarcimiento cubrirá, en su caso, el perjuicio extrapatrimonial o moral del derecho del interés del menor. Junto a esta tutela ex post del derecho del interés del menor, creemos que también es posible aplicar aquellas medidas contenidas en la LOPDH que constituyen una tutela ex ante, es decir, una tutela preventiva encaminada a minimizar e incluso impedir que se produzca la perturbación del derecho de la personalidad⁶⁵.

61 Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA (2005: 101) y DÍEZ-PICAZO – GULLÓN (2012: 411).

62 DÍEZ-PICAZO – GULLÓN (2012: 411) ponen como ejemplos la demanda en juicio o el requerimiento respectivamente.

63 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

64 GARCÍA RUBIO (2013: 626).

65 De forma particular, el art. 3 LOPDH indica que la intromisión en los derechos de la personalidad protegidos en dicha ley deberá ser consentida por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. Tal remisión nos conduce nuevamente al ámbito del art. 162.II.1º Cc.

Llegados a este punto, si partimos de que el derecho subjetivo es un poder institucionalizado y tipificado por el ordenamiento jurídico⁶⁶, se plantea la cuestión de decidir si el derecho del menor a que su interés sea tenido en cuenta en el caso concreto se reduce únicamente a aquellos supuestos en que las reglas de Derecho sustantivo se refieren a él, o lo podemos extender a todo ámbito donde el interés del menor esté en juego. En concreto, nos preguntamos si este derecho queda delimitado y circunscrito solamente al contenido del art. 3.1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño o se le puede conceder mayor amplitud. Recordemos que el precepto de la Convención, que forma parte de nuestro Derecho interno⁶⁷, hace referencia al interés del menor (ahora interpretado como derecho subjetivo) aludiendo al mismo como consideración primordial en todas las medidas que le conciernan; por otro lado, parece claro que, los distintos preceptos del Código civil que se refieren al interés del menor hacen referencia a medidas y decisiones que deben tomar los órganos jurisdiccionales y/o sus representantes legales. Así, observamos un claro paralelismo entre el contenido del art. 3.1 de la Convención y aquellos preceptos del Código civil que lo mencionan⁶⁸. Pero que el interés del menor sea un derecho subjetivo hace necesario que nos refiramos a la necesaria reinterpretación del contenido de dichas disposiciones. Obviamente, en el momento de la redacción de tales reglas el legislador no tenía en mente la consideración del interés del menor como derecho subjetivo, sino únicamente como principio general del Derecho. Actualmente, sin desconocer su naturaleza principista, creemos que desde la perspectiva de su estudio como derecho subjetivo, tales previsiones constituyen simplemente especificaciones en un ámbito concreto, principalmente el familiar, del interés del menor como derecho erga omnes⁶⁹. Ya hemos adelantado que el interés del menor excede de aquellos ámbitos expresamente previstos en el Código civil porque, aun en un supuesto en el que no se trate de tomar medidas que afecten al menor como dice el art. 3.1 de la

66 DÍEZ-PICAZO – GULLÓN (2012: 405).

67 Brevemente, debemos indicar que de la interpretación conjunta de los arts. 96.1 CE y 1.5 Cc se deduce que los tratados internacionales celebrados por España, en cuanto entran en vigor, forman parte del ordenamiento interno español si bien, despliegan sus efectos frente a los particulares, generándoles derechos y obligaciones una vez que se son publicados oficialmente en España.

68 Vid. supra nota al pie de página 30.

69 Para aclarar la cuestión, podemos poner el siguiente ejemplo: imaginemos un matrimonio que se separa con un hijo menor de 15 años y no consigue llegar a un acuerdo sobre quien de los padres se queda al cuidado del hijo. El art. 159 Cc establece que el Juez decidirá tal cuestión teniendo siempre en cuenta el interés del menor. El interés del menor como principio hace que nos situemos en la posición del juez, quien será el que tome la decisión sobre la custodia para satisfacer dicho interés. Pero que el interés del menor constituya un derecho subjetivo supone que, por un lado, el menor tiene derecho a que los padres acuerden la custodia con base en su interés y, por otro, si tal interés no es satisfecho, que pueda recabar el auxilio de los órganos jurisdiccionales para que tutelen aquél. Otro ejemplo claro es el que sigue: cuando el art. 154.2 Cc prescribe que la patria potestad se ejerce siempre en beneficio de los hijos, si tal beneficio (interés del menor) es ahora un derecho, podemos decir que el menor tiene el derecho, su derecho, a exigirle a sus padres, tanto en la esfera privada de su convivencia, como ante los tribunales, que ejerzan la patria potestad en su interés y, del mismo modo, podría exigir a terceros que no lesionen ni perjudiquen el ejercicio de la patria potestad conforme a ese interés.

Convención, su consideración como derecho de la personalidad nos obliga a contemplar cualquier otro supuesto en el que este derecho pueda verse implicado. Posteriormente haremos referencia a cómo se puede manifestar el derecho del interés del menor en el ámbito contractual.

Por otro lado, el estudio del derecho del interés del menor obliga que aclararemos otras tres cuestiones. En primer lugar, teniendo en cuenta que estamos hablando de un derecho de la personalidad del menor, nos preguntamos si cabe representación o no en el ejercicio de su derecho, cuestión que nos remite nuevamente al art. 162.II.1º Cc. Resumidamente debemos señalar que el menor podrá ejercer por sí los actos concernientes a sus derechos de la personalidad si tiene madurez suficiente para ello, y siempre y cuando no haya límites legales en la edad para el ejercicio eficaz de los mismos, de forma que cuando carezca de tal capacidad, la intervención de sus representantes legales ha de limitarse a los actos que sean necesarios para proteger su interés⁷⁰. En segundo lugar, que el derecho subjetivo atribuya a su titular arbitrio en su ejercicio y defensa hace que nos planteemos si existe un poder de disposición del menor sobre su derecho⁷¹. Ya hemos explicado que, en el ámbito del interés del menor, nuestro ordenamiento jurídico no va a prescindir en ningún caso de la protección debida al menor, independientemente de su parecer en sentido contrario⁷². De manera que, cuando la actuación del menor en el caso concreto redunde en su perjuicio, en supuesto ejercicio de su derecho, si los órganos jurisdiccionales conocen del caso, deberán aplicar fielmente el principio general del Derecho del interés del menor; y en este mismo sentido deberán actuar otros órganos públicos que estén encargados de la protección del menor, así como sus representantes legales⁷³. En tercer lugar, la referencia a la indisponibilidad por el menor de su derecho obliga a apelar a su carácter extrapatrimonial. Dejando de lado las discusiones que se centran sobre la comercialización de otros derechos de la personalidad como el derecho a la imagen, en nuestra opinión no se aprecia ningún valor económico dentro del derecho del

70 En este sentido VÁZQUEZ-PASTOR (2009: 66, 67 y 80) cuando analiza el anterior contenido del art. 162. II.1º Cc.

71 Cuando DELGADO ECHEVERRÍA (2005: 74) se refiere a los caracteres del derecho subjetivo, indica que la situación de poder sólo adquiere la categoría de derecho subjetivo si su manejo y ejercicio queda a discreción del titular, es decir, cuando el ordenamiento jurídico confiere a éste la protección y defensa del interés jurídico protegido. Según Díez-Picazo – Gullón (2012: 404) lo decisivo para la existencia de un derecho estriba en que la protección y la tutela jurídica del interés sean puestas a disposición del sujeto.

72 Vid. supra nota al pie de página 39.

73 Si bien es posible el ejercicio por el propio menor de sus derechos de la personalidad (como sería el caso del derecho del interés del menor), VÁZQUEZ-PASTOR (2009: 70) recuerda que en el ejercicio de tales derechos, aun cuando se cumplan los requisitos del art. 162.II.1º Cc, se ha de valorar que las consecuencias de tal ejercicio redundan en su interés, es decir, si resultan o no beneficiosas para el menor, pues puede ocurrir que teniendo la madurez necesaria, el ejercicio del derecho no sea beneficioso para el menor, en cuyo caso la voluntad del mismo deberá ceder ante la protección de su interés.

interés del menor. Todo ello deriva, como acabamos de explicar, de la faceta protectora que subyace en el mismo⁷⁴.

Finalmente, la consideración del interés del menor como derecho de la personalidad obliga a referirnos, aunque sea de forma somera, a una última cuestión: la delimitación entre los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales⁷⁵. GARCÍA RUBIO explica que los ámbitos de los derechos de la personalidad y de los derechos fundamentales podrían ser dibujados como dos círculos secantes con una amplia zona común y otras dos no coincidentes, si bien, atendiendo a mayores detalles, el dibujo no es tan claro⁷⁶. La autora plantea así una serie de consideraciones que nos hacen reflexionar, a lo que nos interesa en este trabajo, acerca de la posibilidad de situar el derecho del interés del menor dentro de los derechos de la personalidad y además como derecho fundamental. El planteamiento de esta cuestión excede con creces del objeto del presente estudio ya que, como deja patente la autora, la relación entre los derechos fundamentales y los llamados derechos de la personalidad sigue sin estar perfectamente perfilada. A pesar de ello, GARCÍA RUBIO esclarece que cuando se habla de derechos de la personalidad, se está haciendo referencia a la tutela civil de la personalidad y añade que ésta también goza de tutela constitucional,

74 GARCÍA RUBIO (2013: 616 y ss.) hace notar el innegable incremento del valor económico de algunos derechos de la personalidad como la imagen, la intimidad o la voz, sobre todo si se asocian a personas con perfil público, lo cual produce también un notable incremento de la posibilidad de su comercialización. La disponibilidad de estos derechos debe ser posible salvo que ello sea contrario al orden público o a los valores constitucionales, incluida la dignidad de la persona o la igualdad de trato; de ahí que neguemos la hipotética comercialización del derecho del interés del menor.

75 La controversia se suscita, en términos muy generales, de la siguiente forma: bien mantener una concepción formal de los derechos fundamentales de manera que sólo tienen esta naturaleza los que la Constitución reconoce como tal (arts. 14 a 29 CE, aunque según otras opiniones también hay que incluir los arts. 30 a 38 CE, e incluso los arts. 11 a 13 CE), bien abogar por una concepción material de los mismos, de forma que no hay que atender tanto a su ubicación, como a su carácter de valores y principios esenciales del ordenamiento jurídico (GARCÍA RUBIO, 2013: 600 y ss.). Específicamente, cuando se trata el ejercicio de los derechos de la personalidad por el menor de edad, ROCA I TRIAS (1999: 240) opina que tal noción es una mala «traducción» civilista de lo que debería ser denominado con la expresión derechos fundamentales. Por su parte, VÁZQUEZ-PASTOR (2009: 65) advierte que los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales constituyen una misma realidad jurídica.

76 GARCÍA RUBIO (2013: 607 y ss.) plantea estas dudas desde tres perspectivas: en primer lugar, porque el art. 10.1 CE y los arts. 10.2 y 39.4 CE (que contemplan la incorporación por vía interpretativa o por vía directa, respectivamente, de otros derechos reconocidos en los Tratados internacionales de los que forme parte España, aunque no estén expresamente reconocidos como fundamentales por nuestra Constitución) se muestran como posibles vías para considerar cualquier derecho de la personalidad en la órbita de los derechos fundamentales. En segundo lugar, porque no todos los aspectos de un derecho genuinamente fundamental implican normas de derecho fundamental; en realidad sólo lo hacen en lo relativo al objeto, contenido, límites y titularidad del derecho, fuera de lo cual puede haber normas civiles o de otra naturaleza que afectan a estos derechos y han de respetar aquellos aspectos, pero no están sometidas a las exigencias jurídico-constitucionales de los derechos fundamentales. Y en tercer lugar, porque el estudio de los derechos de la personalidad nos conduce necesariamente a un tema más amplio: el del impacto de los derechos fundamentales en el Derecho privado o, lo que es lo mismo visto desde el otro ángulo, al estudio de la protección de los derechos fundamentales (todos) por el Derecho privado.

penal y administrativa, y que en los ordenamientos jurídicos modernos está, con mayor que menor alcance, embebida en la teoría de los derechos fundamentales⁷⁷.

Cerramos con la interpretación del interés del menor como derecho subjetivo la primera parte de este trabajo para centrarnos a continuación en la capacidad contractual del menor no emancipado, la cual va a estar muy influenciada por la evolución de la minoría de edad y por la del propio concepto de interés del menor. Quedan así expuestas las dudas planteadas en torno a la posible evolución del interés del menor (clara en cuanto al desarrollo de la identidad del menor, pero confusa en relación con su consideración como derecho), pues este concepto sigue estrechamente vinculado al ámbito judicial y a su consideración como principio; prueba de ello es el amplio número de preceptos del Código civil que se refieren a la satisfacción del interés del menor durante la actuación de los órganos jurisdiccionales.

III ESPECIAL REFERENCIA A LA CAPACIDAD PARA CONTRATAR DEL MENOR

III.1 Mención a la actual y la antigua regulación y posiciones doctrinales

A la capacidad para contratar del menor de edad no emancipado se refiere el art. 1263.1º Cc, que ha sido modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, al indicar que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes expresamente les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. También se ha modificado el art. 1264 Cc que ahora indica que lo previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer. Observamos que el legislador no fue indiferente a las dificultades que planteaba definir los contornos de la capacidad para contratar de los menores de edad con fundamento en la original letra del precepto y previó su modificación en la citada ley de protección a la infancia y a la adolescencia; lo cual no deja de resultar sorprendente porque se introduce una modificación en materia contractual en una ley cuyo objetivo, según su Exposición de Motivos, es adecuar nuestro ordenamiento jurídico a la nueva legislación internacional en materia de protección de menores.

Dicho esto, y siendo tan reciente la reforma, no es ocioso que recordemos la anterior letra del art. 1263.1º Cc y exponamos las discusiones doctrinales en cuanto a su interpretación, lo cual, además de ser en parte aplicable a la nueva regulación, nos ayudará a fijar nuestra posición con relación a la capacidad para contratar del menor y a la reforma realizada. Así, en su versión anterior, el citado precepto indicaba que no podían prestar consentimiento los menores no emancipados. Sin embargo, sería erróneo concluir que tal precepto sentaba un principio de incapacidad del menor para prestar consentimiento y prueba de ello era el régimen de confirmación a que quedaba sometido el contrato en que era parte un menor. En efecto, tradicionalmente el

77 GARCÍA RUBIO (2013: 608).

contrato celebrado por un menor no se sanciona con la nulidad absoluta o de pleno derecho, sino con la anulabilidad (cfr. arts. 1300 y ss. Cc)⁷⁸. Por lo tanto, como dicen DÍEZ-PICAZO – GULLÓN, «no se trata de que el consentimiento puede ser o no prestado, sino de si el contrato generado por ese consentimiento es válido y eficaz⁷⁹». La supuesta regla general recogida por este precepto de incapacidad para contratar de los menores de edad estaba muy lejos de ajustarse a la realidad, no sólo porque la evolución a la que hemos hecho referencia del concepto del interés del menor contradecía el tenor del art. 1263.1º Cc, sino porque este precepto no contemplaba los heterogéneos supuestos existentes dentro de una calificación tan genérica como minoría de edad. De ahí que se resaltase la obsolescencia del art. 1263.1º Cc. Por todo ello, consideramos criticable que el legislador de 2015 haya mantenido la supuesta regla general de incapacidad («No pueden prestar consentimiento...»), excepcionándola en determinados supuestos.

El punto de partida para el análisis de la capacidad contractual del menor es la contraposición entre la concepción tradicional construida en torno al art. 1263.1º Cc en su texto previgente, y la doctrina que interpretaba tal precepto basándose en la evolución del concepto de interés del menor. Parte de la doctrina afirmaba que el art. 1263 Cc no contenía una prohibición legal de contratar, sino que reflejaba la existencia de una incapacidad para contratar derivada del estado civil, cuyos efectos concretos se regulan en los arts. 1.300 y ss. Tales efectos son la anulabilidad y no la nulidad del contrato; además, esta restricción de la capacidad se construye en aras de la protección del menor, a pesar de que éste goce de la capacidad natural suficiente en el momento de celebración del contrato⁸⁰. De hecho, de la lectura de los preceptos indicados se deduce las perjudiciales consecuencias para el tercero que contrata con el menor; de ahí que se afirme que la regulación de la anulabilidad desincentiva la contratación con menores de edad⁸¹. No obstante, todo ello se entendía sin perjuicio de las especialidades establecidas por la ley como ámbito de actuación propio del menor (cfr. anterior art. 1264 Cc); y en este punto se concluía que hay contratos del menor que no quedaban sometidos al régimen de anulabilidad porque, en la configuración del estado civil, la ley les había dotado de un ámbito material de poder

78 Según DÍEZ-PICAZO – GULLÓN (2012: 99 y 100) la anulabilidad o nulidad relativa se construye por la doctrina y jurisprudencia como una medida de protección de unos intereses concretos y determinados. La acción de anulabilidad se recoge en el art. 1300 Cc y el contrato puede ser impugnado, aun sin alegar perjuicio, por el representante del menor durante el tiempo que esté sujeto a la patria potestad o por él mismo una vez que alcanza la mayoría de edad y hasta cuatro años desde entonces (art. 1301 Cc); además, no la puede hacer valer la persona mayor de edad que contrata con el menor (art. 1302 Cc). Una vez emprendida dicha acción, el menor sólo ha de restituir en cuanto se enriqueció (art. 1304 Cc, como excepción a la regla general de recíproca restitución contenida en el art. 1303 Cc).

79 DÍEZ-PICAZO – GULLÓN (2012: 30).

80 En este sentido MORALES MORENO (1993: 456).

81 PARRA LUCÁN (2013: 610). Para DELGADO ECHEVERRÍA (2010: 123) estas medidas de protección suponen, en la práctica, la exclusión del menor del tráfico jurídico, pues apenas nadie querrá contratar con él en tales condiciones.

autónomo dentro del cual tenían plena eficacia jurídica, si existe capacidad natural; de ahí que se ampliase el ámbito de contratos plenamente válidos, con reducción del de los anulables⁸².

Otros autores, que tuvieron muy presente la evolución a la que ya hemos hecho referencia, señalaban que el previo art. 1263.1º Cc realmente estaba exigiendo un requisito del consentimiento que, para que fuese válido, requería que la persona que lo emitiese tuviese la madurez (capacidad natural). De esta forma, el precepto no se refería a aquellos supuestos en los que el contratante carece de capacidad de entender y querer, en cuyo caso la falta de un elemento esencial como el consentimiento supondría la nulidad del contrato, sino que aludía a casos en que el consentimiento lo presta quien no tiene la madurez suficiente. Por consiguiente, debía ser interpretado conforme a lo dispuesto por la CE, la Convención sobre los Derechos del Niño y la LOPJM; textos con los que se operó el salto definitivo para considerar al menor de edad como sujeto pleno de derecho con todos los atributos jurídicos que integran la condición de persona. Dado que la capacidad de obrar del menor debe basarse en su capacidad natural desde la perspectiva de sus necesidades ligadas al libre desarrollo de su personalidad⁸³, esta filosofía debe impregnar también las normas que regulan su capacidad contractual para poder reconocer validez a contratos que realiza⁸⁴. En definitiva, la regla de capacidad automática del original art. 1263.1º Cc se sustituyó por la regla de delimitación flexible de capacidad que de manera indirecta establecía el anterior art. 162.II.1º Cc al determinar la esfera de actividad del menor no sujeta a la representación legal de los padres⁸⁵.

De lo que se trata es dar respuesta a la existencia de distintas «minorías» por debajo de los 18 años, de ahí que, en el ámbito contractual, haya que atender al concreto

82 MORALES MORENO (1993: 456) ejemplificaba esta cuestión haciendo referencia a los supuestos de actos de administración ordinaria realizados por el menor de manera que, si el contrato es el cauce utilizado por el menor para actuar en ese campo de poder concedido por la ley, aquél tendrá efectos vinculantes (cfr. art. 164. II.3º Cc).

83 Para VALPUESTA FERNÁNDEZ (2011: 642) admitida que la dignidad de la persona así como los principios de libertad e igualdad, que se imponen a la normativa sobre capacidad, sólo permiten limitar la capacidad de obrar cuando lo requiere la defensa de sus intereses y en los términos en los que ésta no pueda gobernarse por sí misma, no cabe en consecuencia incapacidades absolutas con carácter general, sólo cuando las condiciones intrínsecas de las personas así lo aconsejen.

84 VALPUESTA FERNÁNDEZ (2011: 638-640) es consciente de la problemática que atender a la casuística puede provocar, si bien ello responde a la actual consideración del menor, que también nosotros defendemos en este trabajo; así indica que ello nos coloca en un terreno ciertamente resbaladizo en el que la seguridad de la precisión normativa deja paso a la necesaria arbitrariedad que implica un juicio de valor sobre una cuestión tan compleja como la capacidad natural. Pero añade que esta interpretación es más respetuosa con la concepción actual de los menores así como con la realidad social en la que tales personas han adquirido un grado de autonomía y suficiencia realmente notables.

85 Cfr. CARRASCO PERERA (2010: 150). Según el autor, conforme a este precepto podíamos reconstruir hoy una regla de capacidad contractual ad hoc, en virtud de la cual el menor sería capaz para celebrar contratos que sean proporcionados a sus condiciones de madurez.

menor y a sus circunstancias⁸⁶. Recordemos que el legislador se basa (o al menos así lo hacía con carácter previo a la reforma de 2015) en la capacidad natural para definir la capacidad de obrar del menor⁸⁷; además, si bien no establece con carácter sistemático una regulación relativa al ámbito de actuación del menor de edad que pudiese definir su situación de modo general, porque mantiene un criterio en que se contraponen la mayoría a la minoría de edad, sí regula una serie dispersa de supuestos en los que presume la capacidad natural necesaria del menor para poder actuar por sí mismo (o con asistencia)⁸⁸. Por lo tanto, habiendo diferentes situaciones de indudable trascendencia para la vida del menor en las que se le reconoce capacidad de obrar, parece claro que no se puede sostener su incapacidad para contratar; de ahí que nos preguntemos si es coherente sostener, por un lado, que el menor tiene capacidad de obrar y a continuación establecer como regla general su incapacidad para contratar, aunque la nueva redacción del precepto establezca un mayor abanico de excepciones en las que sí se reconoce la capacidad para contratar del menor. De hecho, aquel sector que comentaba el anterior art. 1263.1º Cc desde un enfoque tradicional llegaba a la conclusión de que los distintos supuestos regulados por la ley en los que reconoce capacidad de obrar al menor hacen que la anulabilidad ceda ante un extenso espacio de contratos válidos. De esta suerte, las consideraciones que hacen VALPUESTA

86 Según CARRASCO PERERA (2010: 150) el art. 1263.1º Cc no distingue entre un infante recién nacido y un joven de 17 años, ni entre los negocios de la vida ordinaria y los actos extraordinarios, ni entre los negocios al contado o la obtención del crédito y a continuación añade que la capacidad de obrar del menor es la capacidad concreta de cada menor y de cada edad, no la abstracta capacidad impuesta por la regla de la minoría. Para VALPUESTA FERNÁNDEZ (2011: 639 y 640) la situación de los menores de edad no es idéntica en todas las etapas de su vida, pues como es evidente su propia evolución lleva a que su madurez natural vaya aumentando conforme cumple años, por ello no se mantienen las mismas restricciones para todo su ciclo vital, como se desprende de una regulación cada vez más fragmentada en lo que respecta a su capacidad de obrar.

87 Cfr. antigua letra del art. 162.II.1º Cc.

88 Así, a partir de los 12 años se les reconoce capacidad para consentir su acogimiento y adopción (arts. 173.2 y 177.1 Cc). Cumplidos los 14 años, puede el menor optar por la nacionalidad española o solicitarla con la asistencia de su representante [arts. 20.2b) y 21.3b) Cc], si bien ahora ya no puede contraer matrimonio con dispensa a partir de los 14 años ni otorgar en tal caso capitulaciones matrimoniales con el concurso de sus representantes legales (cfr. art. 1329 Cc, tácitamente derogado) pues para casarse se exige la previa emancipación, sólo posible a partir de los 16 años (Cfr. Disposición final 1.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria que modifica la letra del art. 48 Cc eliminando la posibilidad de matrimonio a los 14 años de edad). Además también puede otorgar testamento salvo el ológrafo (arts. 663.1º y 688 Cc), lo cual demuestra una amplia capacidad a una muy temprana edad. Sorprende, sin embargo, el carácter restrictivo del art. 210 LDCG que para otorgar pactos sucesorios exige tanto la mayor edad como la plena capacidad de obrar sin presumirla. La letra del precepto impide cualquier interpretación por la que pudiera reconocerse al menor de edad capacidad para realizar un pacto sucesorio, ni aunque fuese en su beneficio. A partir de los 16 años, el menor puede celebrar contratos de trabajo con autorización expresa o tácita de su representante legal [art. 7b) ET] y se le encomienda los actos de administración ordinaria de los bienes adquiridos con su trabajo o industria (art. 164.II.3º Cc); además el art. 57 de la nueva Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil le permite también solicitar el cambio de nombre y apellidos. Como afirma PARRA LUCÁN (2013: 584) a partir de ciertas edades los menores, adolescentes y jóvenes, aun siendo inexpertos e inmaduros, y necesitando por ello cierta protección, no debieran ser sustituidos por una persona que actúa en su lugar.

FERNÁNDEZ y CARRASCO PERERA respecto del texto anterior del art. 1263.1º Cc siguen siendo a día de hoy. En consecuencia, y siguiendo con el razonamiento, creemos que atender al interés del menor como principio general del Derecho y como criterio esencial en el desarrollo de su personalidad y autonomía implica ofrecerle capacidad de obrar en el ámbito patrimonial; es más, podemos preguntarnos si, al considerar el interés del menor como un derecho subjetivo, éste no se vulnera al impedir de facto al menor actuar en el ámbito contractual.

Merecen también una breve referencia las diferentes regulaciones de las legislaciones autonómicas de la capacidad de obrar y patrimonial del menor no emancipado; especialmente el Derecho Foral de Aragón, que responde a una larga tradición histórica que se aleja en gran medida de las disposiciones del Derecho común. El Código del Derecho Foral de Aragón⁸⁹ regula, por un lado, la situación del menor aragonés que al contraer matrimonio alcanza la mayoría de edad [art. 4.1a) CDFA] siendo capaz para todos los actos de la vida civil con las excepciones establecidas por la ley (art. 4.2 CDFA). No obstante, se debe tener en cuenta que sólo pueden contraer matrimonio los menores de edad emancipados (cfr. art. 46.1º Cc sensu contrario), de ahí que el supuesto recogido por el CDFA sólo pueda aplicarse a partir de dicha edad. Apuntemos también que la posible declaración de nulidad del matrimonio no invalida la adquisición de la mayoría de edad por el contrayente o contrayentes de buena fe ex arts. 4.3 CDFA (cfr. art. 79 Cc). La adquisición de la mayoría de edad por la celebración del matrimonio se basa en la idea de que parece razonable que, quien ha realizado un acto de tanta trascendencia como el matrimonio, no quede sometido a la guarda de nadie y se le reconozca plena capacidad para realizar sin ningún complemento ni asistencia otros actos⁹⁰. De esta forma, el menor casado adquiere la plena capacidad de obrar lo cual supone, a lo que nos interesa en este momento, la adquisición de la plena capacidad para contratar y la aplicación de las previsiones establecidas en el ámbito patrimonial a los mayores de edad. Por otro lado, también se regula la especial situación del menor aragonés mayor de catorce años quien, aun sin estar emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno de sus padres o del tutor (art. 23.1 CDFA). Este menor carece de representante legal (art. 5.3 CDFA) y podrá celebrar por sí mismo algunos actos⁹¹ mientras que en

89 Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, con entrada en vigor el día 23 de abril de 2011.

90 PARRA LUCÁN (2013: 601). Sin embargo, la autora hace notar la confrontación de esta previsión con otras normas como la educación obligatoria hasta los dieciséis años (art. 4 LOE) o la imposibilidad de trabajar con menos de dicha edad (art. 6 ET). Del mismo modo, la adquisición de la mayoría de edad por matrimonio trae consigo otras importantes consecuencias como que a esa persona se la excluya del ámbito de aplicación de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño y de la LOPJM ex art. 1 in fine. Por otro lado, también defiende que se debe interpretar restrictivamente el art. 2 LOREG en cuanto al ejercicio del derecho de sufragio por los mayores de edad, para respetar las previsiones del art. 68 CE.

91 Así, no necesita asistencia para los actos que la ley le permita realizar por sí solo (art. 23.3 CDFA) como permitir la intromisión en sus derechos de la personalidad salvo que ello entrañe un grave riesgo, en cuyo caso

otros simplemente necesitará la asistencia e intervención de otras personas para completar su capacidad⁹². Fuera de estos peculiares casos y haciendo referencia al status del menor de edad con generalidad, el art. 7 CDFa, prescribe: «1. El menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: a) Ejercer los derechos de la personalidad. b) Otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales. c) Llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia. 2. Las limitaciones a la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva». Por su parte, en el seno de otro Derecho civil autonómico, el art. 211-5 CcCat establece: «El menor puede hacer por sí solo, según su edad y capacidad natural, los siguientes actos: a) Los relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen establezcan otra cosa. b) Los relativos a bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales. c) Los demás actos que la ley le permita». Observamos así que los ordenamientos aragonés y catalán, con una mejor sistemática que el Código civil recogen con carácter general el ámbito de actuación de los menores de edad; de hecho, los criterios empleados por estos preceptos son los que, con gran semejanza, utiliza la doctrina para ordenar las disposiciones del Código civil sobre los actos que puede realizar el menor⁹³. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

requerirá asistencia [art. 24.1a) CDFa]; sustituir su nombre propio por su equivalente onomástico en cualquiera de las lenguas propias de Aragón (art. 25 CDFa), alterar el orden de sus apellidos (art. 57 CDFa), aceptar una herencia (art. 346.1 CDFa) u otorgar testamento, menos el ológrafo que requiere la mayoría de edad (art. 408 CDFa). Para DELGADO ECHEVERRÍA (2010: 144) el mayor de catorce años, mientras no llega a la mayoría, goza de una especie de anticipo o ampliación de capacidad, correspondiente a una etapa de aprendizaje. En este sentido, GARCÍA GARNICA (2004: 51) quien opina que desde los catorce años hasta alcanzar la mayoría de edad, se reconoce al menor aragonés un verdadero estadio intermedio entre la falta total de capacidad de obrar propia del menor de edad carente de capacidad natural y la plena capacidad de obrar del mayor de edad.

92 Necesita asistencia para administrar sus bienes (art. 26.1 CDFa) o para permitir una intromisión en sus derechos de la personalidad que entrañe un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica [art. 24.1a) CDFa].

93 El Código civil de Hungría de 2013 permite la adquisición de la mayoría de edad mediante matrimonio aunque prevé que la edad adulta así adquirida deje de aplicarse en caso de falta de capacidad del contrayente o ausencia de consentimiento por el representante legal cuando fuese necesario. Sin embargo, la disolución del matrimonio no afecta a esa mayoría de edad adquirida. (Section 2:10 [Minority] Civil Code of Hungary: «(1) Persons who have not yet reached the age of eighteen years shall be deemed minors. Married minors are considered to be of legal age. (2) If the marriage is annulled by court order owing to the lack of capacity or in the absence of the guardian authority's consent where it is required due to minority, adulthood acquired by marriage shall no longer apply. (3) The dissolution of this marriage shall not affect adulthood acquired by marriage»). Además, utiliza el término capacidad limitada para referirse al menor que alcanza los 14 años y le permite realizar contratos de escasa importancia para necesidades diarias y contratos que le sean ventajosos, es decir, beneficiosos: (Section 2:11 [Minors of limited legal capacity] Civil Code of Hungary: «A minor shall be of limited capacity if he or she has reached the age of fourteen years and is not incompetent. Section 2:12 [Legal statements of minors of limited legal capacity] (2) Minors of limited capacity shall, without the involvement of their legal representatives, be entitled: (...) b) to conclude contracts of minor importance aimed at satisfying their everyday needs; (...) d) to conclude contracts that only offer advantages (...)).»).

III.2 Doctrina jurisprudencial y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Debemos referirnos a continuación a los criterios utilizados por la jurisprudencia de nuestros tribunales así como la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, específicamente en el ámbito contractual, para determinar la capacidad y el interés del menor.

Procedemos seguidamente a realizar un análisis cronológico de una serie de decisiones judiciales y resoluciones de la DGRN, para poder observar con mayor claridad la evolución que ha experimentado la situación del menor, su capacidad, la satisfacción de su interés y el ejercicio de sus derechos. Su estudio casuístico nos ayudará a inducir cuáles son los criterios determinantes de la capacidad contractual del menor para exponer finalmente nuestra posición. Además, así podremos advertir que, en ocasiones, los criterios utilizados por los tribunales para admitir o negar la validez de los contratos celebrados por los menores no han sido del todo correctos.

En primer lugar, cabe hablar de la Resolución de 3 de marzo de 1989 que, en un caso de aceptación de donación, recoge la doctrina de DE CASTRO en cuanto a capacidad de los menores no emancipados. En este concreto supuesto, se presenta en el Registro de la Propiedad una escritura pública de donación de fincas urbanas para su inscripción, si bien el Registrador suspende la inscripción de la parte correspondiente a dos de los donatarios «por no estar capacitados, ambos, para prestar su consentimiento» de conformidad con el art. 1263 Cc. La Resolución del Centro Directivo, que se expresa en términos absolutos para concluir que el menor no es un incapaz, revoca la nota del Registrador defendiendo, por un lado, que no existe norma alguna que establezca la incapacidad del menor de edad y por otro, que ello no se puede derivar ni del art. 322 Cc, el cual se debe valorar en conexión con todos aquellos supuestos en que los menores pueden concluir válidamente actuaciones jurídicas concretas, ni de la función tutelar que desempeñan los padres o tutores del menor. De esta forma, se confirma que el menor tiene capacidad de obrar pues la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, no es la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa. La conclusión contraria no se avendría con el debido respecto a la personalidad jurídica del menor⁹⁴.

En segundo lugar nos referiremos a la STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 1991. En el caso de autos, un menor de dieciséis años sufre un aparatoso accidente en una

94 RDGRN de 3 de marzo 1989 (RJ1989\2380), FJ Segundo. Además, y aplicando específicamente su doctrina en relación con la capacidad para aceptar donaciones, indica en el FJ Cuarto lo que sigue: «Todo ello, unido al propio tenor literal del artículo 625 del Código Civil y a la interpretación a contrario del 626 del Código Civil, permite entender el precepto en el sentido de proclamar como regla general la aptitud de toda persona que tenga capacidad natural de entender y querer, para aceptar donaciones salvo específica declaración legal en contra, como por ejemplo la recogida en el artículo 626 del Código Civil, y es indudable que en el menor, mayor de dieciséis años, se presupone legalmente aquel grado de discernimiento (vid. artículos 92-2.º, 164-4.º, 231, 273 «in fine», 317, 319, 320, etc., del Código Civil), salvo enfermedad física o psíquica que ni se presume ni puede operar automáticamente (artículo 199 del Código Civil)».

estación de esquí cuando, utilizando un telesquí de remonta-pendientes mediante el pago de una tarjeta de forfait que le autorizaba a tal uso, aquél descarrila y se produce la caída del cable de arrastre causándole importantes lesiones. El primer motivo en que se funda el recurso de casación denuncia la falta de aplicación del art. 1261 Cc en relación con el art. 1263 Cc alegando la inexistencia del contrato que tenía con la empresa propietaria del telesquí. Sin embargo, el TS desestima tal motivo y sostiene que tal tesis resulta inaceptable, descarta definitivamente la posibilidad de poner en tela de juicio la capacidad de obrar del menor de edad y lleva a cabo un mayor abundamiento en la cuestión. Así, se refiere a la capacidad para contratar del menor en supuestos cotidianos y de escasa entidad⁹⁵, lo cual basa en los usos sociales imperantes, aplicando por lo tanto la normativa contractual adaptada a la realidad social (art. 3.1 Cc), así como en el hecho de que el régimen de anulabilidad no se precisa en estos supuestos al no estar en riesgo la protección del menor. No obstante, añade que en estos casos no es necesaria la presencia inmediata de los representantes legales de los menores, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan declararse inexistentes⁹⁶. En nuestra opinión, no es adecuado apoyar esa capacidad contractual del menor en una ficción o presunción de consentimiento de los padres, pues si estamos defendiendo la capacidad patrimonial del menor para realizar por su cuenta y de forma independiente contratos perfectamente válidos, cabe preguntarse dónde queda esa autonomía cuando su capacidad se basa en una previa aquiescencia paterna. Lo más probable, en nuestra opinión, es que la falta de soporte legal haya llevado al TS a utilizar ese artificio para fundamentar la capacidad contractual del menor⁹⁷.

A continuación, vamos a hacer una breve alusión a la SAP de Cantabria de 28 de abril de 2004 que, si bien no establece novedad jurisprudencial alguna, sí trata un supuesto de relación contractual con menores de edad tan común como la realización de unos tatuajes, y especifica un caso más en que se reconoce la capacidad contractual al menor de edad⁹⁸. En el supuesto de hecho, dos hermanos de dieciséis años de edad celebran un contrato de arrendamiento de servicios con una tatuadora para la realización de sendos tatuajes, previo pago, sin ninguna clase de percañe. Cuando sus padres tienen conocimiento de la impresión de los tatuajes, llevan a sus hijos a un

95 Contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos.

96 Cfr. STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 1991 (RJ1991\4434), FJ Tercero.

97 En este sentido CARRASCO PERERA (2010: 151), si bien PARRA LUCÁN (2013: 611) critica que se haya acudido a la costumbre para justificar la validez de los contratos del menor, indicando que en otras ocasiones se ha argumentado de manera más convincente, que lo que hay es una autorización previa del representante legal, que sana el acto desde el principio e impide su posterior impugnación.

98 Lo cierto es que la controversia se ciñe al ejercicio de la acción aquiliana (que es desestimada al no concurrir sus requisitos por lo que se confirma la sentencia dictada en primera instancia), aunque se hace referencia a la cuestión de la minoría de edad de los contratantes.

centro de cirugía estética para que se los borren, pagando un alto precio, si bien la técnica de abrasión cutánea les produce secuelas estéticas permanentes. Por ello, los padres ejercitan la acción de responsabilidad civil alegando, por un lado, que no puede existir contrato alguno entre los menores y la tatuadora por el tenor del art. 1263.1º Cc y, por otro, que la tatuadora actuó negligentemente por no cerciorarse de la edad de los menores y por no haberse negado a la prestación hasta acreditar fehacientemente el consentimiento de los padres del menor. El parecer de la Audiencia es del todo claro, pues ya en un primer momento esclarece que «planteado el pleito en esos términos, la acción está abocada al fracaso». Razona que en ningún caso semejante al presente podría alegarse la inexistencia del contrato, aun a pesar de que hubiese sido deseable que la demandada hubiese comprobado la edad de los jóvenes. Pues bien, «que los menores no emancipados no puedan prestar consentimiento para contratar, no significa que no puedan contratar, sino que no pueden hacerlo, en determinados supuestos, sin la asistencia de la persona o personas que suplen su capacidad. De hecho, hay materias en las que según la edad (mayor de 16, emancipación de hecho etc.) los actos que realizan son válidos en la esfera del contrato (art. 164.2.4º CC)». La Audiencia apoya su argumentación en la doctrina contenida en la STS de 10 de junio de 1991, lo cual nos lleva nuevamente a criticar que no se haya eludido la referencia al presunto asenso tácito de los padres, en vez de justificar simplemente la capacidad contractual basándose en los usos sociales actuales⁹⁹.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) de 30 de marzo de 2007 (JUR\2007\147831) presenta un supuesto de contratación por un menor de edad en el que, si bien se logra un resultado justo desde la óptica de la protección del menor, consideramos que se alcanza con una fundamentación jurídica inadecuada. En el caso de autos, un menor de dieciséis años compra una moto por 1.290 euros con dinero que le sustrae a su padre. Posteriormente, cuando éste se entera de la compra, interpone demanda contra el vendedor y el juzgado de primera instancia declara «la inexistencia» del contrato celebrado, condenando al demandado a la devolución del precio abonado y obligando al demandante a devolver a aquél la moto objeto del contrato. El vendedor recurre en apelación solicitando la revocación de la sentencia y la desestimación de la demanda, pero la AP finalmente confirma dicha sentencia.

Entre los argumentos que esgrime el apelante para sustentar la validez del contrato de compraventa, señala, en primer lugar, que las compras realizadas por menores deben interpretarse de forma tuitiva, sobre todo cuando son de una edad tan avanzada como dieciséis años, y, en segundo lugar, que se está quebrantando la seguridad del tráfico jurídico dado que, habiendo pasado quince meses desde la compra hasta que el demandante ejercita acción judicial, debería entenderse que existe una tácita aceptación por el padre de la compra realizada por el menor. Por su parte, el actor se opone al recurso insistiendo en «la nulidad» pues, en la fecha del contrato, su hijo era menor de edad y la cantidad de la que dispuso, aparte de habérsela sustraído, no es

99 Cfr. la SAP de Cantabria de 28 de abril de 2004 (AC\2004\1000), FJ Primero y Segundo.

nimia debiendo tenerse en cuenta además los consiguientes gastos que implica el mantenimiento de la moto a los que difícilmente puede hacer frente un menor.

Como adelantamos, la AP confirma la sentencia apelada con base en la siguiente argumentación: «cabe resaltar que de lo actuado ha quedado patente la minoría de edad del menor y el conocimiento de esta circunstancia por el demandado, vendedor de la moto objeto de autos, cuyo importe de 1.290 euros no puede entenderse como poco elevado o como intrascendente, como tampoco lo serían los gastos dimanantes del uso habitual de la misma -combustible, mantenimiento, etc.- por lo que en modo alguno cabe apreciar la pretendida aplicabilidad al caso de autos del artículo 3.1 del Código Civil, sin que tampoco haya constancia de una eventual emancipación del menor o de que al tiempo de adquirir dicha moto estuviera trabajando y dispusiera de ingresos propios, siendo exigible al hoy demandado, como titular del establecimiento abierto al público en el que se vendió la moto, no sólo comprobar la capacidad de obrar de las personas que pretenden adquirir bienes, sino negar esta pretensión a quienes son menores de edad. De otro lado, no habiendo prescrito la acción aquí ejercitada, y siendo sólo confirmables, expresa o tácitamente, los contratos que reúnan los requisitos expresados en el artículo 1.261 del Código Civil -que no es el caso, al faltar el consentimiento (artículo 1.263-1º del mismo código)-, no puede otorgarse relevancia al transcurso de quince meses desde la adquisición de la moto hasta la interposición de la demanda».

El trasfondo de esta sentencia es claramente proteccionista. La trascendencia económica del contrato al que el menor en realidad no puede hacer frente así como su probable inmadurez (recordemos que le coge una considerable cantidad de dinero a su padre sin su consentimiento) sitúa la controversia en el ámbito del art. 1263.1º Cc tal y como lo interpreta VALPUESTA FERNÁNDEZ¹⁰⁰. De esta forma, la sanción al mismo es el régimen de anulabilidad que recoge el Código civil. No obstante, la fundamentación que desarrolla el tribunal ad quem es errónea. En primer lugar, interpreta incorrectamente el art. 1263.1º Cc pues afirma que no concurre el requisito de consentimiento contractual tal y como exige el art. 1261 Cc y, en consecuencia, concluye que no cabe la confirmación de este contrato. Esta confusión, que también comete el juzgado de instancia, explica por qué se sentencie la nulidad o inexistencia del contrato cuando de lo que se trata es de la nulidad relativa. En segundo lugar, llega al extremo de declarar que el vendedor debió «no sólo comprobar la capacidad de obrar de las personas que pretenden adquirir bienes, sino negar esta pretensión a quienes son menores de edad». Pues bien, la diligencia que se le exige a la parte que contrata con un menor de comprobar la edad de éste o su capacidad, radica en prever las eventuales consecuencias que se derivarían de que los titulares de la patria potestad, o el menor al llegar a la mayoría de edad, ejercitasen la acción de anulabilidad si dicho menor no reuniese las condiciones necesarias para contratar válida y

100 Vid. supra página 34.

eficazmente¹⁰¹. Pero en ningún caso se puede llegar a la generalidad de que la minoría de edad sea obstáculo para contratar.

Procede ahora analizar la RDGRN de 14 de mayo de 2010, que es un claro ejemplo de la función tuitiva que se debe a todo menor, incluso cuando su parecer pueda menoscabar su verdadero beneficio. En este caso, un señor y uno de sus hijos contratan un préstamo hipotecario (formalizado en escritura pública) con una entidad financiera, garantizándolo sobre la vivienda familiar; además de los prestatarios, son hipotecantes las otras dos hijas, una de ellas de diecisiete años. Ante tal situación, en el título se expresa que el padre interviene como titular de la patria potestad de su hija menor de edad, quien presta su consentimiento conforme al art. 166 Cc. El Registrador suspende la inscripción al entender que existe contraposición de intereses entre el padre y la menor, siendo por lo tanto necesario el nombramiento de un defensor judicial (art. 163 Cc); el Notario interpone recurso ante la DGRN. Así planteada la controversia, el Centro Directivo señala que para la interpretación del art. 166 Cc¹⁰² se debe tener en cuenta 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 legales¹⁰³. De esta forma el consentimiento del mayor de dieciséis años (que se presume con madurez suficiente) al que se refiere el art. 166 Cc se pone en plano de igualdad con la posible autorización judicial, pues ambas son alternativas sin olvidar la exigencia de que ese consentimiento se preste en documento público para una mayor garantía del menor. Por lo tanto, se reconoce la capacidad del menor para tomar una decisión de tanta trascendencia como es gravar su patrimonio, sin necesidad de intervención judicial¹⁰⁴. Sin embargo, el Centro Directivo duda en cuanto al supuesto beneficio que la actuación del menor puede tener en su esfera personal y patrimonial, por lo que entiende que en este caso hay un conflicto de intereses entre el padre y la menor. Así arguye que «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

101 Vid. supra página 33 sobre el régimen de anulabilidad y las consecuencias prácticas que conlleva.

102 El precepto viene a decir que para gravar bienes inmuebles del menor, los padres no necesitan autorización judicial si aquél ha cumplido dieciséis años y consiente en documento público.

103 El Centro Directivo toma como base en su argumentación la Resolución de 3 de marzo de 1989 que reconoce la capacidad de obrar limitada de los menores de edad, el art. 2 LOPJM, el hecho de que la Exposición de Motivos de esta ley se refiera al menor como protagonista en su autodeterminación (vid. supra nota al pie de página 46) así como los innumerables supuestos en que el legislador presume el suficiente grado de discernimiento del menor.

104 Según BERCOVITZ (2010: 2 y 3) el punto de partida de que el menor es en principio capaz, en función del entendimiento que cabe presumirle, de acuerdo con su edad, es el que debe tenerse en cuenta a la hora de interpretar la excepción que el último párrafo del art. 166 Cc recoge con respecto a la exigencia de una autorización judicial, establecida en los párrafos anteriores, para que los titulares de la patria potestad puedan, en el ejercicio de su representación legal, disponer de bienes valiosos (entre otros, principal y normalmente los inmuebles) de sus hijos menores.

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 principio de la primacía del interés del menor». Con base en ello, entiende que es necesario el nombramiento de un defensor judicial que complemente la capacidad del menor para prestar su consentimiento¹⁰⁵. Se trata de un supuesto en el que no se incrementa la limitación de capacidad del menor pues es éste quien tienen que consentir, al presumírsele madurez suficiente, pero se le dota para el caso de un asesor neutro que complete su capacidad, en vez de confiar dicho asesoramiento a quien, a pesar de ser su representante legal, puede tener intereses contrapuestos a los suyos¹⁰⁶. Observamos que nos encontramos ante una menor de diecisiete años cuya madurez no es puesta en duda por la DGRN; sin embargo, se aplica el principio del interés del menor en su faceta protectora, en todo caso presente, que puede conducir a un resultado distinto a los deseos de la menor. En definitiva, si bien al

105 En relación con nombramiento de un defensor judicial en asuntos con intereses opuestos entre los padres y sus hijos menores, CASTÁN PEREZ-GÓMEZ (2010: 1002 y ss.) señala que, aun siendo éste el mecanismo escogido por el Código civil para tales supuestos, sólo debe activarse cuando se observe un conflicto real en la situación concreta de que se trate. Así critica la doctrina de la DGRN contenida en las Resoluciones de 15 de mayo de 2002 (RJ 2002\8572) y 14 de diciembre de 2006 (RJ 2006\9706) en las que se objetiva la existencia de conflicto de intereses en toda escritura de adjudicación de herencia con la cautela *socini* arguyendo que es necesario buscar interpretaciones correctoras de dicha doctrina para evitar que un nombramiento que debe tener carácter excepcional se convierta en una necesidad general en particiones que carezcan de controversia alguna. En efecto, esta doctrina aparece confirmada posteriormente en la RDGRN de 22 de junio de 2015 (RJ\2015\3733) cuando el cónyuge superviviente, ante la elección del usufructo universal y vitalicio de la herencia o bien el tercio de mejora además de su cuota legal usufructuaria, opta por la primera opción. Señala el Centro Directivo que en tales casos es pacífico que existe conflicto de intereses, a diferencia de lo que ocurriría si el viudo escoge la otra opción pues, en tal caso, no hace más que aceptar los derechos que le pertenecen vía testamentaria (tercio libre) y vía legitimaria (usufructo de otro tercio).

Respecto a los casos de conflicto de intereses, la STS de 5 de junio de 2012 (RJ 2012\6700) aclara que «dicho conflicto puede estar presente cuando los intereses y derechos de uno (titular o titulares de la patria potestad) y otro (el hijo) son contrarios u opuestos en un asunto determinado, de modo que el beneficio de uno puede comportar perjuicio para el otro. La STS de 17 mayo 2004 (RJ 2004, 2885) afirma que «el conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador, en defensa del menor (Sentencia de 17 de enero (RJ 2003, 433) y 4 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2538) y en relación con cada asunto concreto (artículo 299.1º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia. Ese casuismo deriva de la excepcionalidad de la figura en relación con la regla general de representación de los hijos menores por sus padres (artículo 162.2)»; y a continuación añade «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. De ahí que la situación de conflicto se identifique con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos (sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8026). Es claro, por otro lado, que el que los intereses de padres e hijos sean distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurran y que resulte admisible una defensa conjunta». En el mismo sentido se pueden citar otras sentencias como las de 12 junio 1985, 17 enero 2003 (RJ 2003, 433), 30 junio 2004 (RJ 2004, 4282) y 1 septiembre 2006».

106 BERCOVITZ (2010: 4).

menor se le debe ofrecer un campo de libre desarrollo en el que pueda realizar actos decisivos y determinantes en su vida, nunca se debe obviar lo que constituye su verdadero beneficio e interés¹⁰⁷.

Importancia decisiva para concretar el concepto de interés del menor tiene la STS (Sala de lo Civil) de 5 de febrero de 2013 por lo que nos detendremos en ella con mayor detalle. La teoría sobre el interés del menor a la que nos hemos referido en la primera parte de este trabajo aparece reflejada, en el caso de autos, en un supuesto de contratación, entre un club deportivo y los padres de un menor de trece años, de los servicios de éste último como jugador de fútbol (se trata de una suscripción simultánea de un precontrato de trabajo, de un contrato de jugador no profesional y del contrato de trabajo propiamente dicho). Para asegurar la permanencia del menor en esta entidad deportiva durante las diez temporadas a las que le vinculaba el precontrato de trabajo, los contrayentes pactan una cláusula penal de 3.000.000 de euros en caso de incumplimiento. Así las cosas, el club de fútbol interpone demanda en reclamación de 3.489.000 euros, en concepto de la cláusula penal pactada, al tener noticia de que el menor se integra en la plantilla de otro club incumpliendo así lo pactado en el precontrato¹⁰⁸. Del recurso de casación nos interesa el primer motivo en el que se alega la infracción de los arts. 162.III y 1255 Cc en relación con los arts. 6 y 7 ET argumentando que el precontrato de trabajo suscrito entre las partes constituye un bien excluido de la administración de los padres al tratarse de un contrato de trabajo de un menor de dieciséis años. Finalmente, el TS declara haber lugar al recurso de casación declarando la nulidad del precontrato de trabajo y, en consecuencia, la nulidad de la cláusula penal prevista en el mismo, sin que se derive derecho alguno de indemnización por dicho concepto, así como condenando al recurrente al pago de 30.000 euros al club de fútbol en concepto de indemnización por extinción anticipada del contrato de jugador no profesional, según el clausulado del mismo.

La argumentación del TS tiene como premisa que «el interés superior del menor no solo se erige como el principal prisma en orden a enjuiciar la posible validez de la relación negocial celebrada, sino también como el interés preferente de atención en caso de conflicto. De este modo, la perspectiva de análisis queda previamente

107 En este caso concreto, el Centro Directivo sospecha de la existencia de un conflicto de intereses, a pesar de que el recurrente alega que entre los interesados haya identidad de aspiraciones, porque en la escritura no consta suficientemente acreditada la finalidad y destino del préstamo (la rehabilitación de la vivienda familiar) por lo que no puede descartarse que los verdaderamente beneficiados sean únicamente los prestatarios. Es más, sostiene que, aun constanding en la escritura que el préstamo se destinará efectivamente a la rehabilitación de la vivienda familiar, no debe prejuzgarse la inexistencia de un posible conflicto de intereses.

108 La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda condenando a la parte demandada al pago de 30.000 euros, en concepto de indemnización por extinción anticipada del contrato de jugador no profesional, y de 500.000 euros como indemnización con base en la mencionada cláusula penal. En apelación se estima parcialmente el recurso interpuesto por el club de fútbol condenando a la parte demandada al pago de la suma de los 3.489.000 euros en concepto de indemnización por aplicación de la cláusula penal ya que la Audiencia Provincial considera que el precontrato citado no es nulo por cuanto la actuación de los padres del demandado se enmarca dentro del ámbito de la patria potestad.

condicionada a un ámbito axiológico que excede al mero tratamiento patrimonial de la cuestión, esto es, a su mera reconducción al carácter abusivo o no de la cláusula penal y, en su caso, a la posible moderación de la misma. Por el contrario, la presencia del interés superior del menor conduce, necesariamente, a que la posible validez de la relación negocial resulte contrastada tanto con los límites que presenta la autonomía privada y la libertad contractual en estos casos, artículo 1255 del Código Civil, como con los que se derivan de la representación de los hijos, teniendo en cuenta que dicha representación nace de la ley, en interés del menor, y es la ley quien determina su ámbito y extensión. (...). Pues bien, en este contexto conviene resaltar, una vez más, que el componente axiológico que anida en la tutela del interés superior del menor viene íntimamente ligado al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 CE), de suerte que el interés del menor en decidir sobre su futuro profesional constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse impedida o menoscabada. En este ámbito no cabe la representación (...). La adecuación al interés superior del menor, por tanto, se sitúa como el punto de partida y de llegada en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno tanto a la defensa y protección de los menores, como a su esfera de su futuro desarrollo profesional. Esta proyección de su incidencia en el núcleo de los derechos fundamentales encuentra, a su vez, un progresivo desarrollo complementario ya en torno a otros específicos derechos fundamentales contemplados por nuestra Constitución (...) y, en su caso, por el cauce de los denominados «Principios Rectores de la Política Social y Económica», supuesto del artículo 39.2 y 4 CE, en relación con la protección integral de los hijos y a la extensión de su tutela prevista en los Acuerdos Internacionales. De lo hasta aquí vertido se desprende que el poder de representación que ostentan los padres, que nace de la ley y que sirve al interés superior del menor, no puede extenderse a aquellos ámbitos que supongan una manifestación o presupuesto del desarrollo de la libre personalidad del menor y que puedan realizarse por él mismo, caso de la decisión sobre su futuro profesional futbolístico que claramente puede materializarse a los 16 años. (Artículo 162.1º del Código Civil)¹⁰⁹».

De esta forma, el TS focaliza el estudio del interés del menor en su faceta de criterio básico en el desarrollo de su personalidad. Ello no significa que se prescindiera de su naturaleza como principio, pues ya hemos indicado que la evolución del concepto no ha sustituido su contenido, sino que lo ha completado y dotado de un mayor significado y trascendencia jurídica¹¹⁰. Desde tal perspectiva, el TS concluye que un hecho de semejante importancia, como la decisión del futuro profesional del menor, afecta directamente a su libre desarrollo de la personalidad por lo que queda fuera del ámbito de actuación y decisión de los padres en el ejercicio de la patria potestad. Como

109 STS de 5 de febrero de 2013 (RJ/2013/928), FJ. Tercero.

110 Así por ejemplo, la STS (Sala de lo Civil) de 15 de enero de 2013, si bien se refiere a la incidencia del interés del menor dentro del ámbito familiar para el ejercicio de una acción de reclamación de filiación no matrimonial, en su FJ Tercero párrafo segundo señala que el concepto de interés del menor se ha configurado como principio constitucional, reforzado por los Textos internacionales así como por el propio desarrollo de la legislación nacional, y salvaguarda de los derechos fundamentales y libre desarrollo de la personalidad del menor.

observamos, es de gran interés cómo el alto Tribunal, por un lado, prioriza la cuestión del libre desarrollo de la personalidad del menor sobre el carácter abusivo o no de la cláusula penal y, por otro, cómo relaciona tal cuestión con el ámbito de la autonomía privada y los límites que impone el orden público cuando se trata de contratos que afectan a menores¹¹¹. Esto significa que las relaciones contractuales son también una esfera por la que se puede encauzar el libre desarrollo de la personalidad del menor; de manera que, teniendo presente la interpretación del interés del menor como derecho de la personalidad, éste también debe ser atendido en el ámbito contractual. Así vislumbramos con mayor claridad que el derecho del interés del menor supera al ámbito estrictamente familiar y puede proyectarse también en las relaciones negociales que éste lleve a cabo.

El TS tampoco descarta la aplicación analógica del art. 166 Cc por lo que sería necesaria la autorización judicial como presupuesto previo de la validez de estos contratos¹¹². Se trataría de asegurar en el ámbito contractual la protección que el ordenamiento jurídico debe al menor en aras de su interés y beneficio, de lo que se derivaría probablemente la negativa judicial a la celebración de un contrato que compromete al menor en unos términos de responsabilidad patrimonial tan perjudiciales como los del caso.

Sin embargo, la STS (Sala de lo Civil) de 5 de febrero de 2013 también ha recibido críticas por parte de la doctrina. DÍEZ-PICAZO, quien considera que esta sentencia ejemplifica cierta tendencia del Tribunal Supremo a resolver cuestiones doctrinales desviándose de las funciones encomendadas a la casación civil (problema al que se

111 Para mayor claridad del caso, podemos referirnos al FJ Tercero párrafo cuarto de la citada STS de 5 de febrero de 2013 según el cual «en parecidos términos debemos pronunciarnos si recurrimos al concepto de orden público en materia laboral, en donde el presente caso atentaría contra el principio de libertad de contratación que asiste al menor, pues como se ha resaltado el juego de las estipulaciones predispuestas en el precontrato de trabajo, diez años de contrato laboral y una cláusula penal por incumplimiento de tres millones de euros, fue determinante, «de iure y de facto», para que el menor no pudiera decidir por él mismo acerca de su relación laboral en el momento en que debió y pudo hacerlo, ya al cumplir la mayoría de edad, o bien a los dieciséis años, con vida independiente de sus progenitores (artículos 6, 7.b y 49 ET, en relación con el artículo 1583 del CC)». Efectivamente, en este caso, el menor con dieciséis años vive de forma independiente y cuando alcanza los dieciocho, tal y como disponía el precontrato, comienzan las negociaciones para la suscripción del contrato de trabajo que no prosperan por lo que se integra en otra entidad deportiva. Estos datos fácticos, concretamente que el menor viva de forma independiente, no impiden que la jurisprudencia de esta sentencia se pueda aplicar al supuesto del menor de edad no emancipado que nosotros estamos estudiando. En cualquier caso, estamos hablando de una actuación de los titulares de la patria potestad que excede del contenido de la misma y que limita el libre desarrollo de la personalidad del menor, viva de forma independiente o no.

112 La STS de 5 de febrero de 2013 en su FJ Tercero párrafo tercero afirma: «así, y en el sentido de la tutela patrimonial que inspira este precepto, resulta congruente con la finalidad perseguida requerir la autorización judicial para aquellos actos que realizados, bajo la representación de los padres, vinculen obligacionalmente al menor con una responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento realmente significativa, nada menos que tres millones de euros, máxime cuando dicho precepto, en su párrafo segundo, prevé, con similar filosofía, el recabo de la autorización judicial para la repudiación de herencias, legados y donaciones efectuadas en favor del menor».

refiere como «hipertrofia doctrinal»), plantea dos cuestiones: en primer lugar, la dificultad de vislumbrar la base de nulidad de los contratos celebrados por los padres del menor, que de forma complicada podrían considerarse como anticonstitucionales aun habiendo preceptos de la Constitución que puedan entenderse violados. En segundo lugar, la dificultad de contemplar y, por consiguiente, de admitir que sea metodológicamente acertado llevar a cabo una interpretación analógica del art. 166 Cc de forma que, donde se habla de gravar o enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, y de repudiar herencias y legados y alguna otra cosa semejante, pueda leerse contratos de trabajo futbolísticos con cláusulas penales superrigurosas¹¹³. Por su parte, CARRASCO PERERA, al contrario que el Tribunal Supremo, considera que el fallo de la sentencia debería haberse basado en el tratamiento de la cláusula penal en supuestos de contratación de menores¹¹⁴. Ambos autores sospechan que, aun habiéndose alcanzado una solución justa, el resultado no favorece a futuros contratos de otros menores que quieran convertirse en jugadores de fútbol.

Otra cuestión de gran importancia, trayendo a colación lo ya expuesto en la primera parte de este trabajo, es que la sentencia se refiere, en un primer lugar, a la afectación del interés del menor a través de su derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). Pero a continuación, alude a esta misma incidencia en los derechos fundamentales a través del cauce derivado del art. 39.2 y 39.4 CE. Este planteamiento hace que nos cuestionemos aún con mayor razón la posibilidad de que el interés del menor, individualizado como derecho de la personalidad, haya alcanzado el status de derecho fundamental.

Finalmente, quebrando el orden cronológico, hemos dejado para el último lugar la referencia a la SAP de A Coruña de 23 de abril de 2009 que, aunque se mueve en unos esquemas fácticos semejantes al caso anterior, contiene pronunciamientos completamente distintos. La controversia se centra en la posible nulidad de un contrato de mediación, tácitamente renovado, con un agente de futbolista para las actividades deportivas de un menor de edad, pero también se hace referencia somera a la validez del consentimiento que presta el menor para la realización de prestaciones personales, como en el presente caso. Interesa en nuestro estudio esta segunda cuestión sobre la que el juzgador sostiene tajantemente que «en realidad el

113 DÍEZ-PICAZO (2013: 11 y 12)

114 Concretamente, opina que el fallo de la sentencia se podría haber construido de la siguiente forma: «Primero, las cláusulas penales del art. 16 RD 1006/1985 no pueden convenirse en precontratos de futbolista profesional cuando a la firma del precontrato el interesado era menor de edad. Segundo, las cláusulas penales están sujetas a una interpretación restrictiva, en el sentido de que dejan de ser aplicables si la razón para la ruptura no es el mero propósito oportunista de contratar una prima más alta en otro club; sería justa causa de desistimiento que un chico con proyección deportiva acabe jugando en un sufragáneo de segunda división por estar atado a un contrato con un club que, cual perro del hortelano, ni lo quiere para su equipo de lujo ni lo suelta para que juegue en otro. Tercero, las cláusulas penales (o al menos las cláusulas penales introducidas en contratos de esta clase) son susceptibles de moderación o de reducción cuantitativa cuando su montante fuere desproporcionado al riesgo de daño real y a la importancia de los intereses que grava» (CARRASCO PERERA, 2013: 1).

consentimiento relevante para la celebración del contrato es el del padre, que ostenta la patria potestad y la representación legal de sus hijos menores. Sin perjuicio de que sea necesario el previo consentimiento del menor por obligarle el contrato, de forma indirecta, a realizar prestaciones personales (artículo 162 del Código Civil). Ambos consentimientos concurren en éste caso. No consta, pues, causa de nulidad o anulabilidad del contrato al no existir vicio que lo invalide (artículo 1.300 del Código Civil)¹¹⁵.

No es aceptable la afirmación acerca del «consentimiento relevante» paterno, como si el del menor fuera irrelevante, aunque la propia norma deja imprejuzgada cuál sería la consecuencia de faltar este último¹¹⁶. Resulta sorprendente cómo los términos utilizados por esta sentencia conducen a relegar a un plano secundario el consentimiento del menor, a pesar de que a continuación se refiera al mismo como necesario, al suponer el contrato la realización de prestaciones personales. En nuestra opinión, a pesar de lo previsto en el art. 162.III Cc, en un supuesto como éste en el que menor realiza una actividad muy específica como la jugador de fútbol, actuación que parece encaminada a la determinación de su futuro profesional, el respeto al libre desarrollo de la personalidad debe, al igual que en el caso anterior, informar el supuesto, por lo que el consentimiento verdaderamente relevante es el del menor y se le debe reconocer capacidad para contratar en este ámbito. Es más, su derecho a que su interés sea tenido en cuenta en el caso concreto (que en este supuesto se trata de la preparación para su futuro) supone que sea él quien en última instancia se vincule por la relación contractual. Opinamos que el art. 162.III Cc y el ejercicio del derecho del interés del menor no tienen por qué ser excluyentes. Los padres, con el consentimiento del menor, pueden celebrar contratos que le obliguen a realizar prestaciones personales (el menor permite la intromisión de los padres en la esfera de su derecho de la personalidad, el derecho del interés del menor, mediante la celebración de un contrato) pero el menor puede excluir la actuación de aquéllos bien para celebrar él mismo el contrato con base en su derecho, bien para no hacerlo. Eso sí, en ambos casos se debe salvaguardar el beneficio del menor¹¹⁷.

115 Cfr. Fundamento de Derecho Tercero de la SAP A Coruña de 23 de abril de 2009 (JUR/2009/257555).

116 En este sentido, OTERO CRESPO (2009: 145 y 146) quien se pregunta, ante el silencio de la sentencia, cómo se proyecta ese consentimiento «dual» del padre y del menor una vez que éste alcanza los dieciocho años, es decir, si vincula al menor ya mayor de edad o si, por el contrario, sería precisa una renovación del consentimiento por haber alcanzado la plena capacidad de obrar. Así razona que, al menos formalmente parece que la prórroga tácita del contrato, de no considerarse inválida, vincularía al menor para cuando sea mayor, proyectándose los dos consentimientos (el del menor y el de su padre) más allá de los dieciocho años del deportista, lo que no deja de ser anómalo.

117 Así, por ejemplo, cuando se trata de realizar cualquier acto relativo a la profesión del menor, el art. 156 Cc de Quebec prevé que al menor de catorce años se le considerará mayor de edad para tales efectos. («A minor 14 years of age or over is deemed to be of full age for all acts pertaining to his employment or to the practice of his craft or profession».).

III.3 Criterios para determinar la capacidad de contratar del menor: opinión crítica.

Ya hemos adelantado nuestra opinión favorable a reconocer al menor de edad no emancipado capacidad para contratar, pero nos queda establecer su alcance con mayor precisión. De esta forma, es necesario que partamos del tenor literal del art. 162.II.1º Cc y sus diversas interpretaciones. Ello es completamente necesario teniendo en cuenta que, como ya hemos señalado anteriormente, la nueva redacción introducida por la Ley 26/2015 ha supuesto un cambio de gran calado en la esfera jurídica del menor de edad no emancipado.

Con anterioridad a la mencionada reforma, el precepto reconocía que quedaban fuera del ámbito de la patria potestad los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el menor pudiese realizar por sí mismo de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez. Esta previsión suscitaba un especial interés al analizar la capacidad de obrar del menor no emancipado, en la medida en que, sensu contrario y dentro de unos límites, pudiera concluirse que consagra un ámbito de capacidad de obrar general de aquél¹¹⁸.

Así las cosas, la doctrina coincidía al señalar que el art. 162.II.1º Cc incluía los actos relativos a los derechos de la personalidad; sin embargo, las dudas se planteaban respecto a los otros actos a los que se refería el precepto. Un sector doctrinal opinaba que el Código civil aludía a los actos que la ley permite expresamente realizar al menor, bien a partir de una edad determinada (presumiendo la suficiente madurez), bien requiriendo de forma general el suficiente juicio. Otros en cambio, opinaban que el precepto daba cabida a otro tercer supuesto: los actos que el menor puede realizar por sí mismo, aun cuando una norma no le autorice expresamente, siempre que reúna las condiciones de suficiente madurez. La primera interpretación se consideraba la más ajustada al art. 162.II.1º Cc, mientras que la segunda se criticaba «por convertir en regla lo que es más bien una excepción: que el menor tenga la capacidad de obrar adecuada a su capacidad natural¹¹⁹».

Nuestro punto de vista se posicionaba junto a la segunda interpretación porque, en primer lugar, no podíamos interpretar el contenido del precepto como una supuesta regla general fáctica por la que se admitiese la inmadurez de los menores (lo cual es una elucubración más que algo efectivamente constatado)¹²⁰ y, en segundo lugar,

118 GARCÍA GARNICA (2004: 43).

119 SEISDEDOS MUIÑO (2011: 800). No obstante, DÍEZ-PICAZO – GULLÓN (2012: 219), al referirse al alcance del anterior art. 162.II.1º Cc, señalaban que «Es posible que lo que se pretendió fuese recoger el principio inspirador de los singulares preceptos en los que se reconoce capacidad de obrar al menor, para declarar que la tiene siempre en función de su madurez para todo lo que no le esté prohibido por la ley, bien de una manera expresa, bien no requiriendo la mayor edad».

120 Es más, de ser así, parece que desafortunadamente nos volveríamos a acercar a aquella posición doctrinal que, por un lado, interpreta la mayoría de edad como reflejo de un criterio extralegal según el cual es en ese momento cuando se adquiere la madurez psicológica y, por otro, interpreta restrictivamente los supuestos en que

porque la primera interpretación convertía al art. 162.II.1º Cc en una regla repetitiva y carente de contenido, que simplemente se remitía a aquellos supuestos previstos taxativamente por la ley; nosotros opinábamos que su virtualidad era mayor. También fundamentábamos nuestra posición en la interpretación que la doctrina jurisprudencial estudiada hacía del anterior art. 1263.1º Cc y, en definitiva, nos basábamos en el art. 2.2 LOPJM, según el cual conviene recordar que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se deben interpretar restrictivamente. En palabras de PARRA LUCÁN, «la capacidad es la regla y sus limitaciones la excepción. En función de su aptitud psíquica, al menor se le debe tener por capaz siempre que una norma no establezca lo contrario¹²¹». Todo ello, extrapolándolo al ámbito contractual, nos conducía a afirmar que el menor tiene capacidad para contratar según su madurez, salvo que la ley disponga lo contrario.

Sin embargo, tal previsión ha sido trastocada por la reforma introducida por la Ley 26/2015, probablemente en contradicción con la LO 8/2015 y sus principios generales, y el art. 162.II.1º Cc ha pasado a señalar que se exceptúa de la representación legal de los padres que ostentan la patria potestad «los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia». La supresión de la referencia a «los otros actos» que podía realizar el menor de edad ha supuesto un claro retroceso pues el presente precepto ya no recoge con carácter general el alcance de la capacidad de obrar de aquél.

No podemos negar que las dudas interpretativas que ocasionaba la anterior letra del art. 162.II.1º Cc aconsejaban una reforma del mismo para fijar con mayor claridad, como hacen el art. 7 CDFa y el art. 211-5 CcCat, la capacidad de obrar del menor de edad; sin embargo, no se comprende la razón de esta infructuosa reforma que simplemente ha eliminado del precepto lo que era justamente objeto de controversia, esto es, la referencia a «los otros actos», y le ha dotado de un contenido restrictivo que está en clara contradicción con las reformas introducidas en la LOPJM y, aunque posteriormente la critiquemos, incluso con la reforma operada en el art. 1263.1º Cc, las cuales abogan por una mayor autonomía del menor no emancipado.

Por otro lado, resulta sorprendente que el cambio del art. 162 Cc no haya sido objeto de un pronunciamiento específico en el Preámbulo de la Ley 26/2015 que nos ayudase a comprender sus razones. Sí hemos reparado en la justificación de la Enmienda Núm. 235 al Proyecto de ley de modificación del sistema de Protección Jurídica de la infancia y a la adolescencia por el que se modifica el Código Civil, mediante la cual se introduce la nueva redacción del art. 162.II.1º Cc, y cuya transcripción literal es la siguiente: «La redacción actual del artículo 162. 1.º del CC puede llevar a confusión, pues cabría

la ley reconoce al menor capacidad de obrar. Todo ello, conforme al estudio que estamos llevando a cabo, parece a día de hoy insostenible.

121 PARRA LUCÁN (2013: 595).

interpretar que los titulares de la patria potestad no pueden ostentar la representación legal de los hijos menores no emancipados, no sólo respecto de los actos relativos a los derechos de la personalidad, sino de cualesquiera otros que vengan determinados en disposiciones normativas o que los menores, de acuerdo a su madurez y con los usos sociales, puedan realizar por sí mismos. Ahora bien, se considera que la exclusión de la representación legal de los padres en el ejercicio de derechos de la personalidad no debe ser absoluta. Estos derechos requieren de un acercamiento diferenciado a través del interés superior del menor. Cuando el menor carezca de capacidad y madurez suficiente, los responsables parentales actuarán dentro de su deber de vela y cuidado. En aquellos casos en los que los menores cuenten con capacidad y madurez suficiente para ejercitar estos derechos, los progenitores actuarán como asistentes en el sentido de acompañamiento vigilado y de tutela en el desarrollo paulatino del menor para evitar que, por su falta de experiencia, el menor atente contra su propio interés¹²².

Pues bien, no podemos quedar conformes con la explicación. Tal y como hemos adelantado, debemos criticar la supresión de la referencia a «los otros actos» que podía realizar el menor con suficiente madurez. En primer lugar, porque si leemos la explicación de porqué el legislador entiende necesario tal reforma, observamos que, por un lado, alega que del art. 162.II.1º Cc no se puede derivar que los padres no pueden ostentar la representación de los hijos respecto de los actos en ejercicio de los derechos de la personalidad del menor o de otros que la ley o la madurez del menor y los usos sociales le permitan realizar por sí mismo¹²³ pero, por otro lado, se centra únicamente en los actos relativos a los derechos de la personalidad del menor olvidando aclarar porqué se elimina la referencia a «los otros actos». En segundo lugar porque, como ya hemos reiterado en varias ocasiones, ante la dispersión y falta de sistemática en la regulación del status jurídico del menor de edad no emancipado, el anterior art. 162.II.1º Cc se alzaba como norma que, por un lado, reagrupaba las distintas previsiones normativas que, en diversos ámbitos, regulan la capacidad de obrar del menor y, además, proclamaba con carácter general la capacidad de obrar del menor con suficiente madurez en cualquier ámbito, siempre que no hubiese una disposición normativa específica que exigiese una capacidad especial o una determinada edad. Sin embargo, en la actualidad, tal interpretación del precepto no es posible porque su letra se refiere exclusivamente a los derechos de la personalidad del menor.

Todo ello nos conduce necesariamente a otras cuestiones que son, por un lado, determinar si existe alguna otra norma que recoja con carácter general la capacidad de obrar del menor y, por otro lado, dilucidar las nuevas cuestiones interpretativas que surgen del nuevo tenor literal de los preceptos codificados, debido a que, como ya

122 BOCG de 26 de junio de 2015 NÚM 550 p. 185 y 186.

123 Como observamos, el legislador se sitúa junto aquel sector doctrinal según el cual el art. 162.II.1º Cc se refería, además de los actos en ejercicio de los derechos de la personalidad, a los actos que la ley permite expresamente realizar al menor, bien a partir de una edad determinada (presumiendo la suficiente madurez), bien requiriendo de forma general el suficiente juicio.

hemos dicho, el legislador ha realizado a la par reformas contradictorias. Sobre ambas cuestiones volveremos más adelante.

Continuando con el análisis de la reforma del art. 162.II.1º Cc, otro aspecto criticable de la misma es que la nueva letra del precepto es tan restrictiva que viene a admitir la intervención de los titulares de la patria potestad en los supuestos en los que el menor con suficiente madurez actúa por sí mismo en ejercicio de sus derechos de la personalidad. Y ello es aún más sorprendente cuando lo que el mencionado precepto pretende regular son precisamente los supuestos en que se excluye la representación legal de los padres que ostentan la patria potestad sobre sus hijos. Además, esta intervención se establece sin unos perfiles bien definidos pues la ley se refiere genéricamente a los «deberes de cuidado y asistencia» de quienes ostentan la patria potestad, por lo que debemos dilucidar cuál es el alcance de dicha intervención en sus justos términos¹²⁴.

Como defendemos en este trabajo, la actuación individual y arbitraria del menor que no satisfaga su interés, independientemente de que actúe con suficiente madurez o no, debe ser contrarrestada por quienes ostentan la patria potestad pues, como precisamos más adelante, la vertiente de protección es propia del concepto del interés del menor. Es más, a ello nos hemos referido específicamente al estudiar el concepto de interés del menor como derecho de la personalidad¹²⁵. Sin embargo, de mayor complejidad es determinar cuál es el alcance de la intervención paterna a la que se refiere el art. 162.II.1º Cc en los supuestos en que el menor actúa de forma madura y en su interés ejercitando sus derechos de la personalidad. Ello hace que dudemos de la conveniencia de tal previsión ya que podría conducir a una interpretación del precepto que, por un lado, permitiese una intromisión indebida en tales derechos por parte de los progenitores y, por otro lado, supusiese una limitación en el ejercicio de los derechos del menor.

Recordando lo que hemos explicado, el art. 39 CE ya recoge de forma suficiente este deber de asistencia que informa el concepto del interés del menor el cual, como concepto multicomprendivo que es, entre sus distintos aspectos engloba una faceta de protección que va a estar presente en todo caso y es la que verdaderamente articula, en su caso, una eventual actuación paterna en un ámbito que se establece como exclusivo del menor. Además, en otro lugar de este trabajo¹²⁶ hemos afirmado que el menor con suficiente madurez puede, bien permitir a sus padres intervenir en el ejercicio de sus derechos de la personalidad, bien excluir la injerencia de aquéllos. Con base en tales apreciaciones, consideremos innecesaria la explícita regulación de tal intervención en el art. 162.II.1º Cc como medio preventivo con el que evitar que el

124 Al respecto, BERCOVITZ (2015: 3) se pregunta en qué consiste esa intervención y cuál es, por consiguiente, la sanción de su incumplimiento pues ello no se especifica.

125 Vid. supra páginas 29 y 30.

126 Vid. supra página 51.

menor actúe en contra de su beneficio¹²⁷ pues no podemos admitir que dicha previsión permita en todo caso una fiscalización de los actos del menor en ejercicio de sus derechos de la personalidad cuando actúa de forma madura y en aras de su interés. En definitiva, la atención al principio del interés del menor es en sí misma suficiente para tolerar o no la actuación de quienes ostentan la patria potestad.

Por otro lado, debemos intentar responder a las dos cuestiones que hemos dejado planteadas más arriba, esto es, qué otra norma de nuestro ordenamiento jurídico, de haberla, recoge con carácter general la capacidad de obrar del menor y cuál es la interpretación y alcance que merece la nueva redacción del art. 162.II.1º Cc.

Respecto a la primera cuestión, no hace falta que profundicemos en mayor medida para afirmar que la supresión en el art. 162.II.1º Cc de la referencia a los otros actos que podía realizar el menor ha supuesto que dicho precepto ya no recoja con carácter general la capacidad de obrar del menor de edad. Dicha capacidad tampoco se puede derivar del art. 1263.1º Cc, el cual queda circunscrito a un ámbito de actuación del menor específico (la contratación) que aunque se incardina dentro de la capacidad de obrar del menor siendo una parte de la misma, no puede abarcarla en su totalidad ni extender sus efectos a otras esferas jurídicas distintas de la contractual. En nuestra opinión, la situación actual nos reconduce a la LOPJM y concretamente a su art. 2 cuando señala que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre respetando el interés superior del menor. La extensión y aplicación de esta previsión a todo ámbito de nuestro ordenamiento jurídico que afecte a los menores es indubitada teniendo en cuenta que éste es el sentido que el legislador otorga a esta ley en su conjunto¹²⁸. Pues bien, el legislador puede reconocer capacidad de obrar al menor de edad de forma expresa, bien a partir de una determinada edad, porque presume que entonces reúne la madurez suficiente, bien exigiendo simplemente dicha madurez. Sin embargo, respecto a los otros actos acerca de los que no haya una previsión explícita que atribuya capacidad de obrar al menor para su ejercicio, no podemos concluir que el menor no tenga, en todo caso, capacidad de obrar. La previsión contenida en el art. 2 LOPJM nos conduce a afirmar que en tales casos el menor, si cuenta con la madurez suficiente, podrá realizar dichos actos porque las limitaciones a su capacidad de obrar deben ser interpretadas siempre restrictivamente. Además, como el art. 2 LOPJM sitúa el interés del menor como extremo a satisfacer en todo caso, en los supuestos en que no haya previsión alguna en cuanto a la capacidad de obrar del menor, ésta se le deba reconocer para la satisfacción de dicho interés; concepto que debe ser interpretado conforme a todas las facetas que le hemos atribuido a lo largo del presente trabajo. En

127 Sentido que parece otorgarle el legislador en la justificación a la enmienda Núm. 235 que hemos transcrito.

128 La Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor afirma que «en este sentido -y aunque el núcleo central de la Ley lo constituye, como no podía ser de otra forma, la modificación de los correspondientes preceptos del citado Código-, su contenido trasciende los límites de éste para construir un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general».

definitiva, y desde nuestro punto de vista, del art. 2 LOPJM se derivaría la misma posición que interpretaba de manera más aperturista la letra del anterior art. 162.II.1º Cc¹²⁹, por lo que afirmamos que de dicho precepto dimana con carácter general la capacidad de obrar del menor de edad no emancipado.

Con relación a la segunda cuestión, ya hemos expresado nuestra sorpresa ante el hecho de que la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de idéntica denominación, hayan llevado a cabo reformas contradictorias que, por un lado, pretendan reforzar la progresiva autonomía e independencia del menor y, por otro, restrinjan su capacidad de obrar y fortalezcan la función protectora de quienes ostentan la patria potestad sobre los mismos. Se trata de un problema de coherencia en el que nos encontramos con una ley orgánica previa de carácter aperturista y una ley de naturaleza ordinaria posterior de corte restrictivo. Del mismo modo, también mostramos nuestra preocupación ante la posibilidad de que el nuevo art. 162.II.1º Cc sea objeto de una interpretación que posibilite una intromisión y limitación en el ejercicio de los derechos de la personalidad del menor cuando ello no fuese necesario, claramente contraria a otras normas del sistema. Sin embargo, opinamos que este último precepto debe ser leído en todo caso atendiendo a lo previsto en el art. 2 LOPJM que, como ya hemos indicado, recoge en definitiva aquella doctrina y jurisprudencia que buscaban otorgar al menor su necesario protagonismo en la determinación de su interés. Además, recordemos que los principios subyacentes al concepto del interés del menor, especificados en el reformado art. 2 LOPJM, deben regir en todo caso la concreción de dicho interés en el caso concreto. Por ello, reafirmamos nuestra postura ante la nueva letra del art. 162.II.1º Cc, de suerte que cualquier intromisión en el ejercicio de los derechos de la personalidad del menor debe atender al concepto del interés del menor, sin permitirse una intervención que vaya más allá de lo que tal concepto permite.

En cualquier caso, volvemos a insistir en lo inadecuado de esta reforma que ha dejado fuera la referencia a «los otros actos» que podía realizar el menor, de ahí que abogemos por otra modificación del precepto que le atribuya su virtualidad inicial de forma inequívoca. A tal extremo nos referiremos posteriormente.

Retomando la cuestión que estábamos tratando en este apartado del trabajo, hemos indicado que el primer criterio para determinar la capacidad para contratar del menor es su madurez. Sentado lo anterior, procede determinar si hay algún otro límite a dicha capacidad.

Pues bien, debemos decir que con carácter general, los criterios utilizados por la doctrina, así como por algunos legisladores autonómicos (cfr. arts. 7 CDFA y 211-5 CCat), para sistematizar los actos que puede realizar el menor por sí mismo son: en primer lugar, los actos relativos a los derechos de la personalidad; en segundo lugar, los actos que el menor puede realizar por sí mismo porque la ley le reconoce

129 Vid. supra página 52.

específicamente capacidad para hacerlos; y en tercer lugar, los actos que, por su escasa entidad y de acuerdo a sus condiciones de madurez, pueda llevar a cabo¹³⁰. Ello nos llevaría a concluir que, en el ámbito contractual, la capacidad del menor queda circunscrita a supuestos de dimensión patrimonial reducida¹³¹. No obstante, creemos que este criterio no es del todo consistente con la realidad ya que, aunque gran parte de los contratos que celebran los menores sí tienen reducidas consecuencias patrimoniales, algunos son de un cierto valor económico; así por ejemplo, es muy común que compren aparatos tecnológicos de diversa índole cuyo valor no siempre es pequeño¹³². Por lo tanto, en nuestra opinión no es acertado dar alcance general al límite de la escasa entidad económica del negocio¹³³.

Más bien creemos que el alcance de la capacidad patrimonial del menor sí puede estar adecuadamente definido por los usos sociales. De esta forma, las referencias a los actos de su vida corriente, diaria o equivalentes, se deben entender con relación a los actos del menor socialmente admitidos y no como una reducción a relaciones contractuales de escasa entidad. Se trataría de aplicar al ámbito patrimonial el criterio integrador recogido en el art. 3.1 Cc según el cual se interpretarán las normas con base en la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas¹³⁴. Sin embargo, debemos recordar que una relación contractual puede ser un medio para el desarrollo de la libre personalidad del menor, de manera que nos podemos preguntar si, en aras

130 GARCÍA GARNICA (2004: 35) se refiere a esta tercera categoría como actos que puede realizar el menor «atendida su escasa entidad patrimonial, su sencillez o cotidianeidad. Se trata de lo que la doctrina suele denominar como capacidad para los actos mínimos o sin importancia (...)». VÁZQUEZ-PASTOR (2009: 55) habla de actos que realiza el menor «atendiendo a la escasa entidad de los mismos y a su cotidianeidad».

131 En este sentido parece inclinarse, recordemos, la STS de 10 de junio de 1991 (RJ/1991/4434), a la que se remite la SAP de Cantabria de 28 de abril de 2004 (AC/2004/1000).

132 PARRA LUCÁN (2013: 597 y 612) se refiere a esta categoría como actos corrientes de la vida ordinaria del menor con suficiente madurez y opina que quedan cubiertos actos que los menores realizan con normalidad en la vida social actual, tales como compra de golosinas, libros, pero también artículos de alto valor económico, como zapatillas deportivas, ropa, o la contratación de reparación de bicicletas o ciclomotores.

133 El art. 684 Cc Argentina dispone que «los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de los progenitores». Según el art.157Cc de Quebec un menor de edad puede, dentro de los límites impuestos por su edad y su poder de discernimiento, celebrar contratos por sí mismo para satisfacer sus necesidades comunes y habituales. («A minor may, within the limits imposed by his age and power of discernment, enter into contracts alone to meet his ordinary and usual needs».).

134 Con relación a la realidad social como canon de interpretación de las normas, PÉREZ ÁLVAREZ (2015: 49 y ss.) señala que el juez debe aplicar las normas en un determinado periodo temporal en el que la sociedad aparece cualificada por la existencia de diversas circunstancias de índole general. Así, de entre los caracteres que el autor atribuye a la realidad social, cabe destacar, por un lado, que sólo puede hacerse referible a los actos, hechos o realidades de carácter notorio y, por otro lado, su mutabilidad, de forma que la interpretación de la norma puede variar al cambiar la realidad social que ha fundamentado un cierto entendimiento de dicha norma. Consideramos que el carácter cambiante de la sociedad, lo cual es palpable en el ámbito que rodea al menor y al ejercicio de sus derechos, ha llevado al legislador a realizar esa mención expresa a los usos sociales para, por un lado, cubrir de forma efectiva los supuestos de contratación que puedan realizar los menores en la actualidad y, por otro lado, evitar posibles futuras desvirtuaciones entre el texto legal y la realidad sociológica.

de tal desarrollo, al menor se le debe reconocer capacidad para contratar incluso en aquellos ámbitos más alejados de los que socialmente se admiten como propios del menor. La ya citada STS de 5 de febrero de 2013 es un claro ejemplo de cómo la cuestión patrimonial cede y queda relegada a un segundo plano frente al libre desarrollo de la personalidad del menor. En este sentido, y dando un paso más, el reconocimiento del derecho del interés del menor también lleva a que nos cuestionemos si limitar su capacidad contractual en un supuesto concreto por exceder del marco que reconocen los usos sociales no vulneraría tal derecho. A nuestro juicio, aunque los usos sociales son un buen criterio que aporta seguridad jurídica para delimitar la capacidad contractual de los menores de edad, no descartamos la existencia de supuestos donde se pueda justificar y sea necesario ampliar dicha capacidad.

Por último, debemos recordar que a lo largo de este trabajo nos hemos referido, de entre las distintas manifestaciones en que se concreta el concepto de interés del menor, a su dimensión de protección. De ella puede derivar otro de los límites a la capacidad contractual del menor¹³⁵: el beneficio del menor debe ser, en todo caso, un fin satisfecho de forma prioritaria, incluso prescindiendo de sus deseos personales o arbitrarios, aun cuando goce de la suficiente madurez y el contrato a realizar se encuadre dentro de lo admitido por los usos sociales. Desde esta perspectiva observamos la forma en que conjugan el ejercicio de la patria potestad (o en su caso de la tutela) y la capacidad para contratar del menor. En este sentido, aunque estamos reconociendo una amplia capacidad de obrar -y por tanto para contratar- al menor de edad, no se vacía de contenido la patria potestad (o, en su caso, la tutela) pues los padres siguen cumpliendo la función de asistencia y guía del menor en el desarrollo de su vida y en aras de su interés¹³⁶. Ello es así ya que estamos estudiando la situación del menor de edad no emancipado cuyas relaciones, tanto en el ámbito familiar como con terceros, van a ser conocidas por los titulares de la patria potestad, al menos en una familia estructurada. De esta forma, las posibles controversias que puedan tener lugar entre los padres y el menor (ya sea por la celebración de un contrato o por el ejercicio del derecho a que su interés sea tenido en cuenta en el caso concreto) no tienen por qué ir más allá de las desavenencias propias de la vida en común, debiendo ser la unidad familiar capaz de buscar la mejor solución para el beneficio del menor. En otro tipo de casos, serían los órganos jurisdiccionales los encargados de ofrecer una solución.

III.4 La reforma del art. 1263 Cc y propuestas de futuro

135 Vid. supra nota al pie de página 73, en relación con los derechos de la personalidad, lo cual podemos extrapolar al ámbito contractual.

136 En palabras de PARRA LUCÁN (2013: 607), «la ampliación de la capacidad de obrar del menor en función de su capacidad natural de autogobierno de su edad, obliga a replantearse la situación de los representantes legales, a quienes incumbe tal representación como contenido de su función. En particular, la capacidad de obrar del menor reduce el ámbito de actuación del representante legal, pero no llega a excluir las funciones que le corresponden de asistencia al menor».

Finalmente, cabe resaltar que ante las dificultades que plantea definir los contornos de la capacidad para contratar de los menores de edad con fundamento en los arts. 162.II.1º y 1263.1º Cc y sus respectivas modificaciones, es necesaria una reforma en la materia que ponga en consonancia el texto legal con la realidad social.

Recordando lo ya explicado, el legislador no fue indiferente a esta cuestión y previó la modificación del Código civil en el Proyecto de Ley de Protección de la Infancia¹³⁷ que finalmente se realizó por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de forma que el nuevo art. 1263 Cc dispone que «no pueden prestar consentimiento: 1º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes expresamente les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales. (...)» y conforme al art. 1264 Cc «lo previsto en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de las prohibiciones legales de actuar o de los requisitos especiales de capacidad que las leyes puedan establecer¹³⁸». El legislador justifica la modificación del precepto para matizar la regla de la incapacidad de obrar que contiene, además introduce en la nueva redacción la referencia a los actos que las leyes expresamente les permitan realizar¹³⁹ y, por último, se refiere a los contratos circunscritos a la vida ordinaria del menor que pueda realizar conforme a los usos sociales¹⁴⁰.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, el planteamiento debería haber sido ser distinto. En primer lugar, porque es erróneo identificar la capacidad de obrar con la capacidad para contratar; más bien, ésta depende de aquélla, ya que el contenido de la capacidad de obrar excede con creces al ámbito contractual. En segundo lugar, ya hemos explicado que seguimos defendiendo nuestra interpretación del anterior art. 162.II.1º Cc, que resultaba más aperturista que la que mantiene el nuevo tenor de este último precepto, que es la que dimana del art. 2 LOPJM modificado por la LO 8/2015. En tercer lugar, porque se debería prescindir de la referencia a los bienes y servicios de

137 Proyecto de Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de febrero de 2015.

138 Cuando VALPUESTA FERNÁNDEZ (2011: 642) comentaba los anteriores arts. 1263 y 1264 Cc, entendía que éste último era innecesario pues las modificaciones legales en la capacidad de obrar han de responder al principio de adecuación o de proporcionalidad que la rige, por lo que entraba de lleno en el ámbito del art.1263 Cc.

139 Ello cohonesta con la anterior versión del art. 162.II.1º Cc [intención del legislador expresada en la Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 28 de abril de 2014 (página 23)], pero, curiosamente, ya no con la nueva, surgida de la misma Ley 26/2015, de 28 de julio.

140 La Memoria de análisis de impacto normativo del Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia de 28 de abril de 2014 (página 23) indica que se da una nueva redacción a los artículos del Código Civil que constituyen las reglas generales sobre la capacidad de obrar de los menores de edad para acomodarlos a la actualidad y matizar los términos de la incapacidad de obrar que declaraba el art. 1263.1º Cc, cuya redacción provenía además del texto original del Código Civil, que la evolución de la protección de los menores ha dejado obsoleta. Así, se recoge la cobertura legal de los actos patrimoniales de los menores, cuya realidad social es incontestable y cuya cobertura jurídica había obligado a la doctrina científica y jurisprudencial al ensayo de variopintas teorías.

la vida corriente del menor, para evitar confusiones con relación a si su capacidad para contratar queda limitada a aquellos supuestos de escasa entidad económica o no. En cuarto lugar, nos parece adecuada la referencia a los usos sociales como criterio definidor de la capacidad para contratar del menor, pero creemos que es también necesaria la alusión a las condiciones de madurez del menor. Finalmente, no compartimos el criterio del legislador cuando establece la capacidad para contratar del menor como la excepción a la supuesta regla general de incapacidad. En síntesis, creemos que hubiera sido más acertado establecer la regla general de capacidad contractual mediante la referencia a los contratos que el menor pueda realizar por sí mismo porque las leyes se lo permiten y los contratos que pueda realizar de acuerdo con sus condiciones de madurez y los usos sociales, siempre y en todo caso en aras de su beneficio¹⁴¹.

Por otra parte, y por todas las razones antes apuntadas, sería preciso modificar nuevamente la letra del art. 162.II.1º Cc, no sólo para evitar problemas interpretativos, sino porque tal precepto debería recoger, con vocación general y de forma coherente con el resto del articulado, la regla de capacidad de obrar del menor, lo cual ha truncado la reforma realizada. Así debería estipular que el menor puede realizar, siempre para satisfacer su beneficio, los actos relativos a los derechos de la personalidad, los actos que la ley expresamente le permita celebrar y aquellos actos que conforme a sus condiciones de madurez y los usos sociales pueda realizar por sí mismo. Estas precisiones conferirían al menor una capacidad de obrar general, aunque limitada.

Todo ello implica la imposibilidad de recurrir al régimen de la anulabilidad del contrato cuando el menor actúa con capacidad para contratar reconocida¹⁴², por lo que nos

141 El Código civil francés ha sido recientemente reformado en materia contractual de forma que, si bien los menores de edad no emancipados son incapaces para contratar, ello no impide que lleven a cabo actos que la ley o los usos les permitan siempre que se concluyan en condiciones normales: Ordonnance n° 2016-131 du février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: «Art. 1146. – Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : 1° Les mineurs non émancipés (...). Art. 1148. – Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants que lui autorise la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales». Como se observa, el planteamiento de esta reforma merece una crítica semejante a la que hacemos a la realizada por el legislador español, pues también mantiene como regla general la incapacidad del menor no emancipado.

142 En este sentido se pronuncia, recordemos, la STS (Sala de lo Civil) de 10 de junio de 1991. DELGADO ECHEVERRÍA (2010: 126), al comentar el anterior art. 1263.1º Cc, señala que tal previsión «debe matizarse para ponerla de acuerdo con los principios de la Ley de protección del menor y con la vida real, en la cual los menores van desarrollando una actividad contractual creciente con arreglo a su edad y a los usos, sin que se plantee cuestión en torno a la validez de los contratos celebrados por ellos, desde la adquisición de unas chucherías en un puesto callejero por un niño de ocho años, pasando por los contratos de transporte, espectáculo, compra de libros, material escolar y deportivo, útiles de trabajo, artículos de comer y beber, etcétera, hasta la adquisición de ropas caras, vehículos, y artefactos y útiles diversos por los menores cercanos a la mayoría de edad. Pensar que todos esos contratos sean anulables no corresponde a la situación objetiva, a los usos sociales ni, probablemente, al principio de «interpretación restrictiva» de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores establecido por la Ley 1/1996». Del mismo modo, cuando PARRA LUCÁN (2013: 612) ejemplifica los contratos

parece conveniente excluir expresamente del régimen de anulabilidad los contratos que realice el menor conforme a la ley.

Todas estas propuestas conducen a que también nos cuestionemos si la tendencia de los tribunales a objetivar la responsabilidad paterna prevista en el art. 1903 Cc no debería ceder en aquellos casos en que el menor actúa en el ámbito permitido por la ley, pasando a aplicar entonces el régimen de responsabilidad subjetiva que contiene el precepto¹⁴³. Incluso pensamos que, en coherencia con el reconocimiento de la capacidad general limitada del menor, lo adecuado es reducir esa responsabilidad paterna a los supuestos en los que, dentro del ejercicio de la patria potestad, el menor no puede actuar autónomamente, excluyendo así dicha responsabilidad cuando el menor puede actuar efectivamente por sí mismo.

que puede realizar el menor no emancipado (vid. supra nota al pie de página 132), explica que quedan cubiertos actos que los menores realizan con normalidad en la vida social actual para los que sería contrario a la buena fe el ejercicio de la acción de anulación por el representante legal.

143 La responsabilidad a la que se refiere el precepto es por culpa propia ya que los padres responden por no adoptar las medidas necesarias para evitar que el menor cause el daño (presunción *iuris tantum*). La jurisprudencia del TS ha interpretado el precepto como un modelo de responsabilidad vicaria si bien últimamente se ciñe a sus justos límites indicando que no contiene una responsabilidad de carácter objetiva sino que se funda en la culpa *in vigilando*. Cabe empero advertir de los impedimentos que los tribunales realmente ponen a la hora de admitir como prueba exoneratoria que los progenitores del menor actúan con la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño por lo que, en la práctica, el régimen del art. 1903 Cc se aproxima a un auténtico modelo de responsabilidad objetiva. (cfr. MARTÍN-CASALS – SOLÉ FELIU, 2010: 2055 y ss.)

IV ELENCO BIBLIOGRÁFICO

- ABELLA, J., *Novísimo Código civil español, Precedido de una introducción histórico-crítica, comentado y concordado con la antigua legislación y las leyes vigentes*. Madrid, 1888.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BASTIDA FREJEDO, F. J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La dificultad de los supuestos límite» en *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* num.7/2010, BIB 2010\2170. <http://aranzadi.aranzadigital.es>.
- «Más novedades en el Código Civil» en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.8/2015, BIB 2015\4423. <http://aranzadi.aranzadigital.es>.
- BONEL Y SÁNCHEZ, L., *Código civil español, Concordado y comentado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y con los códigos civiles de la mayor parte de los países de Europa y América*, t. I. Barcelona, 1890.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de contratos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2010.
- «El niño que quería ser Messi» en *Actualidad Jurídica Aranzadi* num.863/2013, BIB 2013\1061. <http://aranzadi.aranzadigital.es>.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J., «Cautela socini y conflicto de intereses» en *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, Sánchez González, J. C., Gardeazábal del Río, F. J. y Garrido Chamorro, P. J. (coords), Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2010.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil, t. I, Parte general, Derecho reales*, 3ª ed. refundida, Madrid, Reus, 1941.
- *Derecho civil español, común y foral, t. I, Introducción y parte general, vol. II, Teoría de la relación jurídica y los derechos subjetivos, Los derechos de la personalidad*, 3ª ed. revisada y puesta al día, Madrid, Reus, 1956.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Comentario al artículo 154» en *Comentario del Código civil*, Paz-Ares Rodríguez, C. y otros, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1993.
- CASTRO Y BRAVO, F. DE, *Derecho civil de España, t. I, Libro Preliminar*, reed. Facsímil de la edición publicada en 1955, Madrid, Thomson Civitas, 2008.
- *Derecho civil de España, t. II, Derecho de la persona*, reed. Facsímil de la edición publicada en 1952, Madrid, Thomson Civitas, 2008.
- CLEMENTE DE DIEGO, F., *Instituciones de Derecho civil español*. Madrid, 1929.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho civil. I Parte General, Vol. II, Personas*, 6ª ed., revisión y puesta al día, Madrid, Dykinson, 2010.

- *Elementos de Derecho civil. I Parte General, Vol. III, Derecho subjetivo. Negocio jurídico*, 3ª ed., revisión y puesta al día, Madrid, Dykinson, 2005.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil, Vol. I, Introducción, Derecho de la persona, Autonomía privada, Persona jurídica*, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2012.
- *Sistema de Derecho civil, Vol II, t. 1, El contrato en general, La relación obligatoria*, 10ª ed., Madrid, Tecnos, 2012.
- «Discurso de apertura del curso académico 2013-2014. Perfiles» en *Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, Madrid, 2013.
- GÁLVEZ MONTES, F. J., «Artículo 39» en *Comentarios a la Constitución*, Garrido Falla, F. y otros, Madrid, Civitas, 1980.
- GARCÍA GARNICA, M. C., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor de edad no emancipado: (especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2004.
- GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español. Zaragoza 1974 (1852)*.
- GARCÍA RUBIO, M. P., «Principio de igualdad entre mujeres y hombres en el acceso a bienes y servicios» en *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*, García Rubio, M. P. y otros, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- «La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas» en *Teoría y Derecho. Sobre el concepto de persona*, 2013, nº13, p. 82-108.
- «Los derechos de la personalidad» en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. I, Gete-Alonso y Calera, M.C. y Solé Resina, J. (dirs), Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2013.
- MARTÍN-CASALS, M.–Solé Feliu, J., «Comentario al artículo 1903» en *Comentarios al Código civil*, Domínguez Luelmo, A. (dir), Valladolid, Lex Nova, 2010.
- MORALES MORENO, A. M., «Comentario al artículo 1263» en *Comentario del Código civil*, Paz-Ares Rodríguez, C. y otros, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, 1993.
- MOZOS, J. L. DE LOS, *Derecho civil español, común y foral, t. I, Introducción y parte general, vol. II, Teoría de la relación jurídica*, 13ª ed. (Castán Tobeñas, J.) revisión y puesta al día, Madrid, Reus, 1982.
- OTERO CRESPO, M., «Imprudencia de la nulidad contractual por infracción de normas ¿administrativas?» en *Revista Xurídica Galega*, 2º trimestre, 2009, nº 63, p. 143-146.
- PARRA LUCÁN, M. A., «Minoría de edad» en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. I, Gete-Alonso y Calera, m. c. y Solé Resina, J. (dirs), Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2013.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. A en *Curso de Derecho civil, Vol. I, Derecho privado, Derecho de la persona*, Pablo Contreras, P. de (coord), Majadahonda-Madrid, Colex, 2015.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés del menor*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007.

ROCA I TRIAS, E., *Familia y cambio social: (de la «casa» a la persona)*, Madrid, Civitas, 1999.

– Libertad y familia, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

SEISDEDOS MUIÑO, A., «Comentario al artículo 162» en *Código civil comentado, Vol. I*, Cañizares Laso, A. y otros, Cizur Menor, Civitas Thomson, 2011.

TORRES PEREA, J. M. DE, *Interés del menor y derecho de familia: una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Iustel, 2009.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., «Comentario al artículo 1263» en *Código civil comentado, Vol. III, Libro IV. De las obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato*, Cañizares Laso, A. y otros, Cizur Menor, Civitas Thomson, 2011.

– *La disciplina constitucional de la familia en la experiencia europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., *La construcción de la ciudadanía del menor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

MAQUETACIÓN:

Ministerio de Justicia

Secretaría General Técnica

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

Suscripción al Boletín

