

# **CAPACIDAD Y REPRESENTACION DE MENORES**

PONENTE:

**Jesús Delgado Echeverría**

Catedrático de Derecho Civil

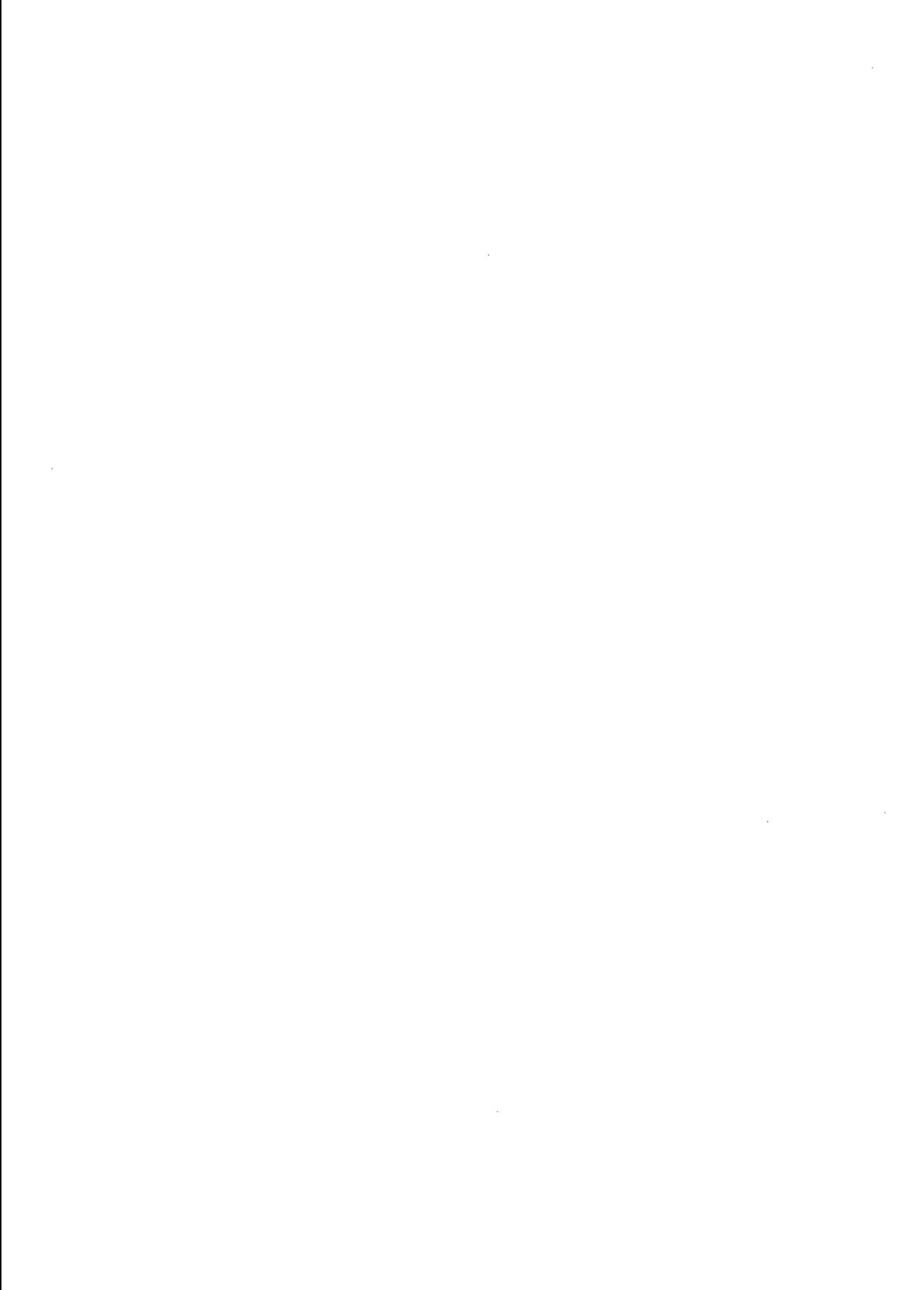
COLABORADORES:

**José Luis Batalla Carilla**

Registrador de la Propiedad

**Ricardo Giménez Martín**

Notario



# CAPACIDAD Y REPRESENTACION DE MENORES <sup>(1)</sup>

por

Jesús DELGADO ECHEVERRIA

Catedrático de Derecho Civil

## SUMARIO

1. Introducción. *Sedes materiae* y conjuntos normativos pertinentes. — 2. El mayor de catorce años: a) Actos que puede realizar por sí solo, sin asistencia; b) Actos que necesitan asistencia; c) La asistencia. Naturaleza; d) Sujetos que prestan la asistencia; e) Anulabilidad de los actos necesitados de asistencia. — 3. El menor de catorce años: a) Representación; b) Necesidad de autorización parental o judicial; c) Oposición de intereses. — 4. Final.

### 1. INTRODUCCION. *SEDES MATERIAE* Y CONJUNTOS NORMATIVOS PERTINENTES.

Puede ser útil, como marco inicial, intentar una visión panorámica de los conjuntos normativos más relevantes en esta materia de capacidad y representación de menores.

Si se nos ocurre preguntarnos dónde está situado, en el Derecho español —quiero decir, en el del Código civil— el estatuto jurídicoprivado del menor, la respuesta es muy sencilla: hay que acudir, básicamente, a aquellas normas que el Código civil contiene bajo el epígrafe de la patria potestad. Es allí donde se encuentran algunas normas esenciales sobre la situación jurídica —si se quiere, sobre el estado civil— del menor de edad. Esto, que hoy puede parecer obvio y natural, es fruto de una evolución histórica bastante compleja. En la tradición del Derecho romano —ajena al Derecho aragonés— la doctrina sobre la edad o las edades (es decir, si puede hablarse de mayoría de edad a los veinticinco años en relación con la *restitutio in integrum*, o si a los siete o a los catorce se puede hacer esto o lo otro) sólo tiene sentido y sólo tiene como sujeto posible a muy pocos sujetos reales: a aquellos que no están bajo la patria potestad. Quien está bajo patria potestad, en el sentido propio del Derecho romano, ese no es *sui iuris* y, por tanto, todo aquello de las edades no va con él. Y eso es así cualquiera que sea su edad cronológica, pues la patria potestad perdura, en principio, durante toda la vida del *pater*. No tiene que ver nada históricamente la patria potestad con la idea de protección al menor, con el interés del menor, con una protección que habría de durar hasta que el menor pudiera gobernarse por sí mismo. Esto último, que la patria potestad se extinga por llegar el sujeto a ella a cierta edad, es una novedad relativamente reciente. En Castilla, eso ocurre en 1870, por medio de la Ley de matrimonio civil, cuando por primera vez se dice que los sujetos, a determinada edad —los veinticinco años— salen de la patria potestad. Con el tiempo la patria potestad, lo que se sigue llamando patria potestad, cambia totalmente de sentido, y especialmente después de la reforma de 1981 cambia la patria potestad radicalmente de función y no tiene otra que la de propiciar el interés del

<sup>(1)</sup> las páginas que siguen recogen el texto de la conferencia, tal como fue pronunciada el día 26 de noviembre de 1991 en el Salón de Actos del Colegio de Abogados de Zaragoza, sin más modificaciones que algunos arreglos de estilo. Para los muchos puntos no tratados, y la fundamentación de algunas de las opiniones expuestas, me remito a mis comentarios a los arts. 9 a 14 de la Compilación, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por J. L. Lacruz Berdejo, t. I, Zaragoza, 1988, págs. 405-491; así como a los de los arts. 4 y 5, en la misma obra (págs. 301-178) por Sancho Rebullida, Francisco, y De Pablo, Pedro. En la bibliografía de los últimos años, *vid.* también los comentarios de Merino Hernández, José Luis, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XXXIII, vol. 1, Madrid, 1986, págs. 54-190.

menor que, seguimos diciendo (utilizando los términos por inercia, pues ya no responden a la realidad), está sujeto, de ordinario, a patria potestad. Y es entonces cuando al legislador se le ocurre que en sede de patria potestad va a decir cosas tales como que el menor tiene derecho a ser oído cuando se toman decisiones que le afectan; que no hay representación en aquellos actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el menor, de acuerdo con la Ley y con sus condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo; que se necesita su consentimiento para contratos que le obliguen a realizar prestaciones personales y, quizás lo fundamental, que la patria potestad se ejerce siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad. Principios básicos, me parece, de un estatuto jurídicoprivado del menor.

Por ello, aunque el Código, criticablemente, no utiliza las mismas expresiones en materia de tutela, me parece que los aludidos principios han de entenderse aplicables a todo menor, cualquiera que sea la específica institución de guarda y protección a que se encuentre sujeto.

Veamos ahora como se presentan las cosas en el Derecho aragonés. Lo primero que se observa es que son muy distintos los conjuntos normativos pertinentes, su evolución y sus relaciones recíprocas. En el Derecho aragonés histórico, hay realmente una regulación (un estatuto de Derecho privado, podemos decir) centrada en el menor en atención a su edad. No en la patria potestad, que es inexistente en el Derecho aragonés. Y en efecto, los Fueros, los de 1247, dicen simplemente que es mayor el que ha cumplido los catorce años; desde 1348, en dos fueros distintos, se ponen ciertas limitaciones al mayor de catorce años hasta los veinte; en 1564 se regula esta edad intermedia de otra manera y en 1585 se aclara en un punto la anterior regulación, que es compleja (respecto de tutores y administradores, para disposición de bienes inmuebles...) y cuyo detalle no nos interesa en este momento: sí el subrayar que se está definiendo directamente la situación jurídica de todos los menores (hasta los catorce años) o mayores hasta que cumplen los veinte, precisamente en atención a su edad, vivan o no sus padres y aunque convivan con ellos.

Ello explica que, en la Compilación, las reglas básicas sobre la situación jurídica de los menores se encuentren en dos lugares distintos. Uno, en lo que es más estrictamente regulación de la edad y de la capacidad (L. I, tít. I, cap. I, «De la capacidad de las personas por razón de la edad»); y el otro, en una regulación de las relaciones entre ascendientes y descendientes (L. II, tít. II) que es un equivalente de la regulación de la patria potestad —en el sentido de que abarca el mismo tipo de problemas, aunque las soluciones no sean coincidentes— donde el legislador establece otras reglas que se complementan con las anteriores. Pero, como casi siempre que hay conjuntos normativos que tratan parcialmente sobre los mismos asuntos, no armonizan plenamente en todos los casos. Por otra parte, se plantea también en el Derecho aragonés la dificultad de conjugar ambos conjuntos normativos —las reglas en razón de edad y las reglas en razón de autoridad familiar— con la tutela, de la que hay alguna referencia residual en la Compilación, pero ninguna regla sustancial sobre las facultades del tutor y su ejercicio y, correlativamente, sobre el ámbito de capacidad y situación personal del menor sujeto a tutela. A pesar de las apariencias, no es correcto acudir entonces, sin más, al Código civil en cuanto supletorio, pues su aplicación produce resultados faltos de armonía con los otros dos conjuntos normativos aragoneses.

Por este camino y por otros se plantean, de manera general, las relaciones entre todas las normas aragonesas aludidas y el Código civil —Derecho estatal— como supletorio en el ámbito de competencia de la Comunidad Autónoma; Derecho supletorio que hay que armonizar con el aragonés en las lagunas que la Compilación deja abiertas. Armonización no siempre fácil, por ejemplo, en materia que el Código plantea como de «patria potestad».

## 2. EL MAYOR DE CATORCE AÑOS

Debo pasar por alto, por falta de tiempo, la fijación y alcance de la mayoría de edad de los aragoneses, hoy, a los dieciocho años; lo mismo que los problemas que conlleva la situa-

ción del casado menor de dieciocho años, que son bastantes, quizás desproporcionados con las escasas ocasiones en que hoy se aplica esta regulación.

Paso así, directamente, a la situación del menor, mayor de catorce años.

a) Actos que puede realizar por sí solo, sin asistencia.

El mayor de catorce años puede realizar por sí solo, sin asistencia ni intervención de ningún tipo por parte de otras personas, bastantes actos. El art. 5.º-1 Comp. cuenta con ello y, por eso, introduce la salvedad de «en su caso». Este «en su caso» significa, entre otras cosas, que no siempre se necesita la asistencia. Para empezar, en aquellos casos en que también el menor de catorce años puede realizar actos por sí solo. Son los, ciertamente escasos, que señala el Código civil en su interpretación usual: sintéticamente, son la aceptación de donaciones puras y simples, la adquisición de posesión y la adquisición de cosas y servicios usuales en personas de su edad (cuestión esta última falta de regulación legal, pero indudable en principio, aunque de contornos discutibles).

A partir de los catorce años puede otorgar testamento (no ológrafo) y puede aceptar la herencia. Con esto entramos en un punto que es de la propia Compilación. Dice el art. 137 que los menores de edad mayores de catorce años pueden aceptar por sí —mejor sería que dijera por sí solos— una herencia, pero no repudiarla. Puesto en relación con lo que decía antes de 1985 este artículo, que se refería a la mujer casada para excluir la licencia marital, creo que lo que quiere decir es que para aceptar herencias el menor mayor de catorce años no necesita asistencia de ninguna clase; lo mismo que, antes, la mujer casada, para lo mismo, no necesitaba licencia. Para repudiar, el menor necesita asistencia (como, antes, la mujer licencia).

Hay también otros casos, quizás no muy importantes, pero sí significativos de la orientación global de la Compilación, en que me parece que el menor mayor de catorce años actúa sin necesidad de asistencia. Uno de ellos, de particular interés por no ser de Derecho patrimonial, es el que ha resultado en el art. 9-3 después de la reforma de 1985, cuando dice como el cónyuge del progenitor participará en el ejercicio de la autoridad familiar si así se lo pide, y sigue: «no obstante, el hijo podrá pedir a la Junta de Parientes o al Juez que le exonere de la autoridad del cónyuge de su progenitor concurriendo justa causa». Para pedir tal cosa parece que no necesita asistencia de ninguna clase. Quizás tampoco el menor de catorce años con suficiente aptitud natural necesite ninguna asistencia ni mucho menos representación para acudir al Juez o a la Junta de Parientes pidiendo tal cosa.

Otro caso, de Derecho patrimonial, resulta del art. 11.1. Hoy quizás no muy relevante, pero lo era cuando el Código civil regulaba el peculio profecticio de otra manera. Dice que el menor tiene la propiedad y el disfrute de cuantos bienes adquiriera, así como los frutos y productos de cualesquiera bienes que sus padres le hubieren confiado. Estos bienes confiados por los padres lo son para que los administre el menor libremente, sin necesidad de asistencia. Acaso podría explicarse entendiendo que actúa como mandatario de sus padres. Pero doy un paso más. Los frutos y productos (de los bienes que los padres le confiaron para que administre) que según esta norma hace suyos, ¿no los podrá administrar también libremente? Creo que puede relacionarse, para apreciar identidad de criterio, con la norma sobre el menor con vida independientes del ap. 3 del art. 5.

b) Actos que necesitan asistencia

En primer lugar, el mayor de catorce años puede realizar cualesquiera actos con asistencia de las personas que deben prestarla, ya que no tiene representante legal. Introduzco ya el matiz, que tiene alguna importancia, de que el administrador de los bienes del mayor de catorce años, en este ámbito de la administración, también puede actuar en nombre del menor, representándolo. Pero tampoco ello impide que, en cualquier caso, si se quiere, puede ser el menor el que actúe con la asistencia de las personas que luego concretaremos; incluso en el ámbito de la administración de bienes cuya gestión tienen encomendada los padres y otras personas.

Actos y no solo contratos, como decía el Apéndice. El cambio de terminología es importante, pues se introdujo para que claramente incluyera la comparecencia en juicio y, en general, las actuaciones procesales. Además, todos los negocios no contractuales, declaraciones de voluntad unilaterales, etc. También actos a título gratuito, otorgar donaciones o renunciar a atribuciones gratuitas. Puede, así, renunciar a la herencia con asistencia (art. 137).

En cuanto a las capitulaciones matrimoniales, hago simple referencia, ahora, a cómo el art. 27, modificado en el año 1985, presenta una regulación compleja de la que, en el contexto de lo que estoy explicando, importa sólo subrayar que basta con la asistencia de uno cualquiera de sus padres.

Frente a la regla general, hay actos y contratos que el mayor de catorce años no puede realizar con asistencia. Ni con asistencia, ni de ninguna otra manera. Por ejemplo, el contrato de trabajo, hasta los 16 años; o contraer matrimonio, sino en la forma que dice el Código civil (en tema que es competencia exclusiva del Estado); u otorgar testamento ológrafo; o adoptar. En general, son casos en que el legislador ha señalado una edad (acaso la de dieciocho años, pero puede ser otra), por debajo de la cual no se puede acceder a la situación o relación jurídica correspondiente. No es exactamente, o no sólo, un problema de capacidad de obrar para determinado acto, sino que lo que se pretende es impedir que se sea titular de la relación jurídica a la que se accedería mediante este acto (la de trabajo en cuanto asalariado, la de matrimonio, la de adopción). Obsérvese que, en estos casos, en la disciplina del Código civil tampoco cabe representación.

#### c) La asistencia. Naturaleza.

Entramos ya en el problema de qué sea la asistencia, de su naturaleza jurídica.

Recordaré, en primer lugar, que los Fueros que más específicamente tratan de la intervención de los padres para la validez de los actos de los hijos, los de 1564 y 1585, utilizan la expresión «de voluntad de los padres». La palabra asistencia la introduce por vez primera el Apéndice de 1925, en su art. 13, donde decía que «podrán celebrar toda clase de contratos, pero con *asistencia*...». A renglón seguido añadía: «No necesita tal *asentimiento* para disponer de sus bienes por testamento». De donde parece bastante claro —aunque se discutió— que, en el Apéndice, esa asistencia era un asentimiento. (En los Proyectos de 1899 y 1904, se utiliza el término «autorización»).

En mi opinión, la finalidad perseguida con la utilización del término asistencia es más negativa que positiva: es la de evitar el término consentimiento, que es el que utilizaba y sigue utilizando el Código civil para referirse a la intervención del tutor o de los padres respecto del emancipado. La doctrina aclara que no es un consentimiento contractual; no se trata, cuando el emancipado del Código civil necesita «consentimiento» de sus padres para tomar dinero a préstamo, enajenar inmuebles, etc., de que entonces sean sus padres quienes se constituyen en vendedores o en prestatarios. Se trata de otra cosa, de una declaración de voluntad de unos terceros respecto del contrato, que complementan la capacidad del emancipado. Creo que la finalidad principal de los redactores del Apéndice era esta, evitar el término «consentimiento», por no ser el técnicamente adecuado.

Al término «asistencia» no le encuentro otro antecedente en la legislación española. En cuanto tal término, puede tener en castellano significados que, en el análisis jurídico, son muy distintos. Puede significar la mera presencia, pero también varias cosas más. Como término jurídico, podría equivaler a mera presencia, pero también a consejo, o a asentimiento, autorización, licencia, aprobación, consentimiento. El legislador podría elegir entre estas palabras, pero lo que nos importa es tratar de dilucidar a través de los indicios que el propio legislador nos da, atendiendo a la función a la que sirve la asistencia, a las consecuencias que el legislador señala a la falta de asistencia, qué naturaleza jurídica y qué regulación es la de esta «asistencia» del art. 5 Comp.

Me ha llamado la atención —y por eso lo comento ante Ustedes— que el legislador del Código civil, en el último decenio, se ha aficionado al término asistencia. Antes, sólo apare-

cía la palabra en el Código para denotar, probablemente, una mera presencia, en sede de novación de capitulaciones matrimoniales; donde el término sigue estando y, con él, el problema de interpretación.

Veamos los casos recientes en que el legislador del Código dice «asistencia» y que pueden, por lo menos, servir de pista, o de contraste, para el sentido del término en la Compilación.

Dice ahora el art. 289 (reforma de 1983) que la curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que, etc. Criticablemente, el legislador del Código no es coherente consigo mismo y sigue hablando de consentimiento en los artículos 290 y 298.

El 157, después de la reforma de 1981, dice: «El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la *asistencia* de sus padres, etc.» Curioso caso, especialmente cercano al nuestro, con la peculiaridad de que no se trata de un solo acto, o de una serie discreta de ellos, sino del ejercicio habitual de la patria potestad, que, para el legislador del Código, le parece armonizable con la prestación de una asistencia continuada. Peculiaridades que, acaso, pueden dar ideas para algunos problemas planteables en Derecho aragonés.

«El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de su representante legal», etc. (art. 1330, tras la reforma de 1981; cfr. 1329: «concurso y consentimiento»; 1331: «asistencia y concurso»).

En el año 1990, al regular en leyes distintas, en parte la vecindad civil y totalmente la nacionalidad, dice el art. 14, respecto de opción por una vecindad civil, que el menor «si no estuviera emancipado, habrá de ser *asistido* en la opción por el representante legal».

De manera paralela (aunque nos interesa algo menos, pues, a diferencia del caso anterior, los preceptos no podrían aplicarse a un menor aragonés) los arts. 20 y 21 prevén una asistencia para optar por la nacionalidad española o solicitar su adquisición por residencia. Podemos asegurar que, para el Código, esta asistencia está muy lejos de ser mera «presencia», acompañamiento, compañía o cosa así; sino que más propiamente es asentimiento, como expresión de conformidad de quien asiente a las actuaciones de quien precisa tal asistencia.

Y cito ahora el caso más importante, por más cercano al nuestro. El artículo con el que se abre el capítulo dedicado a la curatela dice así (art. 286): «Están sujetos a curatela: 1.º Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaran impedidos para el *ejercicio de la asistencia* prevenida por la Ley...» Aunque, como digo, la terminología no es única en el Código, entiende este artículo que lo que necesita el menor emancipado es una asistencia que artículos como el 323 siguen llamando consentimiento.

A mi me parece que la asistencia del art. 5.º Comp. es, básicamente, un asentimiento y, en modo alguno, la mera presencia. Advierto, con todo, que la tesis de la equiparación entre asistencia y asentimiento no deja de ofrecer algún flanco débil. El art. 6.º, para el caso peculiar de la aprobación de cuentas de administración por quien no ha cumplido dieciocho años, exige la *asistencia* y *asentimiento* de la junta de Parientes o autorización judicial. Como si asistencia y asentimiento fueran cosas distintas. La objeción, meramente de texto, quizás no sea tal si se entiende, como me parece muy defendible, que la dicción del art. 6.º es mera redundancia sin mayor alcance jurídico.

No puede ser, la asistencia, mera presencia o compañía. No es así en el Derecho histórico, no lo era en el Apéndice y creo que está muy lejos de la mente del legislador de 1967. Además, para plantearlo como presencia, tenemos que reducir el horizonte de nuestra consideración a los casos en que hay que estar presente en algún sitio en un momento determinado. La opinión que mantenga que basta con que esté el menor acompañado, con que su padre esté allí, tiene en cuenta los casos, significativos pero en modo alguno únicos, en que se comparece ante un notario. Pero este es sólo uno de los supuestos posibles. Cuando se trata de contratación privada, sobre todo entre ausentes, por carta, ¿dónde tendría que estar presente el que asiste? ¿Dónde se celebra el contrato? Atendiendo al art. 1262 Cc., este sería el lugar en que se hizo la oferta. No parece que tenga mucho sentido exigir la presencia

física del «asistente» en este lugar. Tampoco, me parece, la inteligencia del término asistencia como «presencia» tiene mucho sentido aplicada a las actuaciones procesales.

La terminología de la Compilación tampoco parece consonante con este significado del término asistencia. Así el ap. 2 del art. 5.º dice que, en cierto supuesto, «la asistencia será prestada por el otro». Si asistencia hubiera de entenderse como presencia, más bien diría que «asistirá el otro», mientras que «prestar asistencia» sugiere más bien una declaración de voluntad aprobatoria. «La asistencia será suplida por la Junta de Parientes», acaba diciendo el mismo art. 5.2. Forma insólita de expresarse si lo que quisiera decir es que los componentes de la Junta han de estar presentes en algún lugar espacial y temporalmente determinable (cosa que no sería, por lo demás, muy práctica).

Creo que no es, tampoco, mero consejo o asesoramiento no vinculante. Ni veto por cierto tiempo. Acaso se podría legalmente configurar así; precedentes, en cierto sentido, los hay, como el consejo para el matrimonio de los mayores de edad hasta la reforma del Código en 1958. Pero nada hace pensar que sea éste el Derecho constituido.

Ciertamente, en algunos casos, quizás en los que están pensando los que creen que asistencia equivale a presencia, puede bastar una presencia sin oposición. En la medida en que, dadas las circunstancias, esa presencia en cierto momento sin manifestar oposición, deba entenderse como aprobación tácita o, al menos, como no oposición. Con ello puede bastar, pues la declaración de voluntad que, en mi opinión, constituye la asistencia, no requiere forma determinada y puede ser tácita. En ciertas circunstancias, se presta la asistencia si no se disiente de alguna manera, pudiendo hacerlo. Pero esa conducta silenciosa será concluyente o no, significará o no prestación de asistencia, en una apreciación del conjunto de las circunstancias en cada caso.

Por otra parte, está claro también que la asistencia no es consentimiento contractual. Quien presta la asistencia no se constituye, por ejemplo, en vendedor, ni está por tanto obligado a entregar la cosa, ni garantiza el resultado del contrato. Es una declaración de un tercero respecto del acto o contrato, del que es sujeto el menor mayor de catorce años (y, según los casos, otro sujeto en la otra parte contractual). Es una declaración unilateral por parte del tercero que asiste, que puede manifestarse simultáneamente al consentimiento del menor, pero también previamente y con posterioridad (en forma de confirmación). Obsérvese, por cierto, que en la tesis de equiparación entre asistencia y presencia no sería posible sino la asistencia coetánea al acto, sin posibilidad de anticipación ni de otra forma de operar con posterioridad que mediante una repetición del acto. Contra lo que quizás pudiera pensarse en una consideración apresurada de la tesis de la equiparación entre asistencia y mera presencia, el tráfico jurídico quedaría bastante dificultado por la exigencia de la coincidencia espacial y temporal.

En cuanto a si puede prestarse de manera genérica, impide una genericidad absoluta el que, de ese modo, la asistencia no cumpliría su función tuitiva. Pero, al menos en el ámbito de la administración, creo que puede admitirse con amplitud. De una parte, si según el art. 11 Comp. los padres pueden confiar al menor ciertos bienes para que los administre, parece que también podrán, genéricamente, prestar su asistencia, su asentimiento, para que el menor administre sus propios bienes. De otra —y el argumento me parece más fuerte— si es posible, con el beneplácito de los padres, que el menor tenga vida independiente y, entonces, la libre administración de sus bienes, parece que los padres han de poder prestar un asentimiento genérico a la administración de sus bienes por el menor.

Ya he dicho que la asistencia puede manifestarse tácitamente por hechos concluyentes. Por ejemplo, el padre entrega al hijo el dinero específicamente para que adquiera cierto bien, con lo que, en mi opinión, está prestando asistencia para la compra que, luego, haga el hijo; o la viceversa, más enrevesada, en que el hijo da poderes al padre para que realice algún acto en su nombre, de modo que, si lo realiza el apoderado, presta con ello su asistencia. Y tantos otros casos que podríamos imaginar.

La manifestación tácita es tanto más factible cuanto que, en mi opinión, la manifestación de voluntad que constituye la asistencia no es recepticia. Ciertamente, puede dirigirse tanto al hijo como al otro contratante si lo hay, pero no me parece necesario, sino que bastaría con que se pruebe que, en efecto, se emitió tal declaración de voluntad.

Los Profesores Sancho Rebullida y De Pablo, tratando de distinguir esta asistencia de una integración de capacidad de obrar, dicen que es un requisito del negocio, pero externo al negocio, como *conditio iuris* del mismo. Estoy de acuerdo. Sólo que, según me parece, esta es una buena descripción de un asentimiento, al menos en la forma en que lo ven los autores alemanes conforme a su Código. Por ejemplo, Lehmann, tras decir que el asentimiento es la «declaración de conformidad con el negocio jurídico ajeno», añade citando a Oertmann (definición tradicional citada por otros muchos) que se trata de una «declaración de voluntad negocial, pero en tal calidad no es una parte del supuesto de hecho del negocio principal, sino condición jurídica para la eficacia de éste»<sup>(2)</sup>. Esto creo que es la asistencia del art. 5.º Comp. No es parte del negocio, viene de fuera, de un tercero, no forma parte del supuesto de hecho negocial, es condición jurídica para la eficacia —para la plena y definitiva eficacia, podemos decir— de ese negocio. A esto los alemanes llaman *Zustimmung*, que solemos traducir por asentimiento. Por ello digo que, en mi opinión, la asistencia del art. 5.º es un asentimiento.

d) Sujetos que prestan la asistencia.

En principio, cualquiera de los padres: uno solo de ellos. Es un rasgo importante de la regulación aragonesa, porque muestra una forma de ejercicio de la autoridad familiar «separada» o, si se prefiere, «solidaria». «Uno cualquiera de sus padres», dice literalmente el art. 5.º 1, redactado por la Ley de 1985.

También las «otras personas» que pueden ejercer la autoridad familiar, cuando efectivamente la ejerzan (abuelos, hermanos, padrastro o madrastra: art. 10). No el cónyuge del progenitor en el caso del art. 9.º-3, porque de la propia sistemática de la Compilación se deduce que su participación es sólo a efecto de las relaciones personales, pero que no tiene nada que ver con la administración y disposición de bienes.

Probablemente, están llamadas a prestar la asistencia las personas a las que, quien dejó al menor bienes a título lucrativo, designó administradores, y respecto de actos que recaigan sobre dichos bienes. Aunque aquí la cuestión no es tan clara.

Sin duda, el tutor (art. 5.º-1). Lo cual es importante, por cuanto indica que, aunque no hay en la Compilación una regulación del contenido de la tutela, es seguro que —al menos en este punto, pero muy probablemente en otros— no es como en el Código civil. En particular, el tutor de un aragonés mayor de catorce años no lo puede representar, diga lo que diga el Código civil, que es meramente supletorio.

La Junta de Parientes interviene cuando faltan los padres. En cambio, pienso que puede intervenir saltándose al tutor, es decir, cuando hubiera debido constituirse la tutela, pero de hecho no se ha constituido. La dicción del texto legal permite esta solución práctica.

e) Anulabilidad de los actos necesitados de asistencia.

En cuanto al tipo de ineficacia de los actos del mayor de catorce años que debieron contar con la asistencia y que no la tuvieron, el legislador, desde el año 1985, dice que son anulables. Creo que ésta era también la opinión común anterior a dicha fecha (incluso bajo el Apéndice), pues, no habiendo entonces disposición expresa aragonesa, este es el criterio que, de manera prácticamente ineludible, nos proporcionaba el Código civil. Ahora bien, la regulación de la anulabilidad de los actos de los menores en el Código es muy deficiente y problemática. Hay que aplicar, para empezar, los arts. 1300-1314. Cabría objetar que los actos de un aragonés mayor de catorce años no son, exactamente, actos de un incapaz;

<sup>(2)</sup> Lehmann, Heinrich, *Tratado de Derecho civil*, vol. 1, Parte General, trad. española, Madrid, 1956, pág. 469. Me parece probable que tanto estas páginas como las que Ennecerus dedica al asentimiento (*Derecho civil. Parte general*, Vol. 2, trad. española, 2.ª ed., Barcelona, 1950, págs. 393 y sgtes.) fueran tenidas en cuenta por los compiladores.

pero el hecho es que el legislador del Código no restringe la anulabilidad a este supuesto, sino que ha tratado también como anulables los actos en que necesitándose el consentimiento de ambos cónyuges sólo lo ha prestado uno (art. 1322: antes trataba así también los actos de la mujer casada necesitados de licencia, lo que tampoco constituía propiamente un caso de incapacidad). Los arts. 1300-1314 representan la regulación genérica de la ineficacia por razones de edad o cualquier otra limitación o necesidad de complemento de capacidad.

Según el art. 1302, está claro que no pueden anular tales actos las personas que contrataron con el menor; pero todas las demás cuestiones sobre legitimación, plazo, etc., ya no tiene la misma claridad. ¿Está legitimado el propio menor cuando deje de serlo? Aunque los profesores Sancho y De Pablo muestren sus dudas, yo creo que sí, aunque ya es curioso que el legislador del Código (art. 1301), al señalar el plazo, dice que los menores e incapacitados «desde que salieren de tutela», olvidando el caso general de los sujetos a patria potestad. En el Derecho aragonés, habremos de decir desde que salieren de la autoridad familiar (o se emancipen, lo que también cabe, según creo).

¿Pueden anular esos actos los padres (el tutor, la Junta de Parientes)? No se pronuncia al respecto ningún artículo, ni de la Compilación ni del Código. Creo que todos damos por supuesto, en la regulación del Código, que los padres pueden anular los actos de sus hijos menores. La explicación según la cual los padres actúan, entonces, en representación del menor, es coherente con la regulación de la patria potestad en el Código; pero no podemos aceptarla para el menor aragonés mayor de catorce años. Podemos argumentar que si el legislador ha querido que tales actos estén sujetos a asistencia, la única manera eficaz de conseguirlo es conceder legitimación para impugnar a aquellas personas cuya asistencia se ha preterido. Podemos también argumentar partiendo del art. 293 Cc., que, para el caso del curador —y ya digo, recordando de nuevo el art. 286. 1.º Cc., que la asistencia que ha de prestar el curador del emancipado en el Código civil es muy próxima a la asistencia en el Derecho aragonés— establece que «los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los arts. 1301 y siguientes de este Código». Parece que nada contradice a las ideas que sobre la anulabilidad se hace el legislador —que, como se ve, son incompletas y a veces contradictorias— el que una persona que no es representante, cuando la intervención que debió tener se ha omitido, pueda ella misma impugnar el contrato, pidiendo su anulación. Así sería para los padres, tutor o Junta de Parientes en el Derecho aragonés.

Creo que estos actos sin asistencia no son inscribibles en el Registro de la Propiedad, porque creo que no lo son, en general, los actos anulables. Mi maestro el Profesor Lacruz opinaba de otra manera sobre esta cuestión general, de modo que, naturalmente, me hace dudar de mi opinión. Creo que el inicio de la cuestión estuvo en que, con buen criterio, se admitió la inscripción de los actos de la mujer casada realizados sin licencia, pero es que eso era una anulabilidad muy especial.

### 3. EL MENOR DE CATORCE AÑOS

En cuanto al menor de catorce años, quizás lo más importante que cabe decir es que han desaparecido las pocas especialidades que para estos menores había en el Derecho histórico. Otra cosa es que la autoridad familiar a la que están sujetos es distinta de la patria potestad del Código.

Puesto que la Compilación no contiene regla alguna sobre ello, tienen la capacidad de obrar que corresponde a los sujetos de su edad según el Código civil: pueden aceptar donaciones puras y simples, pueden tomar posesión de las cosas, pueden adquirir algunas cosas con su «dinero de bolsillo» según los usos sociales; tienen que ser oídos cuando se toman decisiones sobre ellos; no se les puede representar en los actos relativos a derechos de la

personalidad; ejercitan ellos por sí solos algunos derechos de la personalidad (art. 162, de difícil interpretación y no siempre coincidente con lo dispuesto en leyes especiales).

a) Representación.

La representación por quienes ejercen la autoridad familiar se produce «conjunta o separadamente según los usos sociales y familiares» (remisión implícita del art. 14.1 al 9.1). Para la asistencia, el legislador ha dicho que basta con uno cualquiera de los padres. Para la administración y disposición de bienes, a través de remisiones explícitas o implícitas, llegamos al mismo criterio. Entiendo que, en el Derecho aragonés, se admite la actuación separada con gran amplitud; ciertamente en el ámbito de la administración; y que los usos sociales más bien juegan como límite de la actuación separada.

Es peculiar también que, para que el menor otorgue válidamente capitulaciones, basta la asistencia de uno de sus padres, mientras que el Código civil pide la de ambos. Dado que la asistencia al mayor de catorce años es posible por uno sólo de los padres, parece que la actuación de los padres respecto de los hijos en Aragón está facilitada por el legislador considerando suficiente la de uno cualquiera de ellos para la validez de los actos de administración frente a terceros. En los de disposición, los usos sociales impondrán de ordinario (quedan fuera los casos de urgencia, por ejemplo) la actuación conjunta.

b) Necesidad de autorización parental o judicial.

De los bienes de los menores dispone su administrador —que ordinariamente son los padres— con una importante limitación en cuanto a «bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios y objetos preciosos». Evidentemente, el legislador, en el año 1967 (y esto no se ha modificado luego) quería limitar las facultades de los padres aragoneses muy por encima de lo que eran las limitaciones de los padres ejercientes la patria potestad en la redacción coetánea del Código. Precisamente porque, en la tradición aragonesa, los padres, en cuanto tales, no administran los bienes de los hijos ni mucho menos disponen (sino, en su caso, en cuanto tutores). Lo que ocurre ahora, una vez reformado el Código, es que no coinciden exactamente las limitaciones: por ejemplo tratándose de «valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros», según el Cc., art. 166 i. f., no es necesaria autorización judicial; mientras que la Compilación no hace la misma salvedad a la autorización por la Junta de Parientes o el Juez, y dudo mucho que podamos, en correcta técnica, saltarnos esta limitación de la Compilación.

c) Oposición de intereses.

Terminaré planteando el problema, nada fácil, de la oposición de intereses en la disposición de bienes de menores de catorce años; oposición de intereses entre el administrador y el hijo. Esa situación en que el padre u otro administrador no puede proteger plenamente los intereses del hijo, sin perder él en sus propios intereses.

Como Ustedes saben, el caso no está regulado en la Compilación que lo plantea solamente para modular la asistencia a los mayores de catorce años (y sólo desde el año 1985). Dada esta situación, caben dos caminos. El camino de la analogía con el art. 5.º, que prevé que si la oposición de intereses es con uno solo de los padres entonces actúa el otro prestando la asistencia, y si la oposición de intereses existe por parte de ambos la asistencia será suplida por la Junta de Parientes. Si pensamos que esto se puede trasladar al caso de la disposición de los bienes del menor de catorce años por los padres (administradores que, por serlo, tienen el poder de disposición), esto querría decir que si la oposición de intereses es con uno solo, basta con que el otro disponga; lo cual, por cierto, coincide con el Código civil. Si es con los dos, podemos pensar que podrá representar al menor para disponer la Junta de Parientes. Queda claro que, entonces, la Junta representa al menor. Por ello, para los supuestos en que se necesita autorización (por tratarse de bienes raíces, etc.), esa autorización no se la puede dar la Junta de Parientes a sí misma; de modo que la única posibilidad de autorización es el Juez. En mi opinión, tal vía es perfectamente posible, insistiendo en que la disposición que la Junta haga necesita la autorización judicial en los casos del art. 13.2.

El otro camino es el del defensor judicial. Asimismo me parece posible. La Junta de Parientes puede no querer actuar, o no reunirse nunca. Hay que dar un cauce para que, en efecto, pueda disponerse de los bienes de los menores eficazmente. No veo ningún inconveniente en que sea el Defensor Judicial. Esta era la solución clara, a través de la aplicación del Código civil, hasta el año 1985, porque no había en la Compilación una norma como el actual art. 5.2. Si actúa el Defensor judicial, para cuando se trate de bienes para cuya disposición se necesita autorización (art. 13.2), podemos aplicar la norma aragonesa que prevé la autorización por la Junta de Parientes, que bien puede darla, pues en este caso no es parte en el contrato. Naturalmente, la autorización podrá ser también judicial.

#### **4. FINAL**

Mucho de lo hasta aquí expuesto puede parecer complicado. El análisis de estas cuestiones, a poco que se haga matizadamente, requiere atención y discurrir bastante, sin que siempre logremos conclusiones en las que todos estemos de acuerdo y, por tanto, conclusiones seguras en la práctica. Siendo esto verdad, tampoco la dificultad es mayor que la que surge en el Código civil (probablemente, en cualquier Código europeo) sobre estas materias. En la regulación de la patria potestad en el Código civil se plantean problemas, distintos, pero igual de complicados y algunos más difíciles y con peor solución. Me parece que la regulación aragonesa en su conjunto es perfectamente coherente y sensata, y que sus problemas son los problemas para cuya solución estamos los juristas, sin mayor gravedad que los que pueden plantearse en cualquier otro ordenamiento.

## ALGUNAS CUESTIONES EN RELACION CON LAS ACTUACIONES DEL MENOR EN ARAGON

por

José Luis BATALLA CARILLA

Registrador de la Propiedad

### SUMARIO

Introducción. — 1. La disolución y liquidación de la sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges, existiendo hijos menores. — 2. Cómo salvar la existencia de oposición de intereses en las actuaciones de los aragoneses menores de catorce años. — 3. La asistencia y representación del menor en los supuestos de separación, nulidad y divorcio. — 4. Otras cuestiones.

### INTRODUCCION

Después de la ponencia del Profesor Delgado Echeverría, en la que se contempla una panorámica general de la situación jurídica del menor en Aragón, creo que a los coponentes —ilustrados por la exposición del ponente— nos corresponde la tarea de poner el acento sobre algunas cuestiones concretas que pudieran ser objeto de debate.

No puedo negar, al desarrollarlas en algunos casos, al simplemente apuntarlas en otros, una cierta deformación profesional derivada de mi condición de registrador de la propiedad. La función calificadoras de supuestos concretos de actuación —de menores, en cuanto que es lo que ahora nos ocupa—, plasmados como norma general en documentos notariales, da a nuestra manera de ver el derecho, unas características específicas.

Aunque debemos basarnos en ella y conocerla en profundidad, no podemos quedarnos en los planteamientos —muchas veces necesariamente teóricos y un tanto abstractos— de la doctrina que nos proporcionan profesores e investigadores del derecho.

Aunque la jurisprudencia de los tribunales signifique ya un criterio jurídico sobre casos concretos, dicho criterio se sustenta sobre el conocimiento de todas las circunstancias de hecho aportadas al juicio, las que no solamente no pueden ser conocidas por el Registrador, sino que ni siquiera deben ser consideradas, al exigir la Ley que sólo atienda al documento y al Registro.

Finalmente, aunque la formulación jurídica que articule el notario contemple el mismo supuesto que deberá calificar el registrador, el punto de vista con que lo contemplan, me atrevería a decir que es sustancialmente distinto. El notario mira fundamentalmente a las partes. Trata de enlazar jurídicamente sus intereses, normalmente opuestos. Su criterio estará siempre sometido al de los Tribunales correspondientes, quienes dictaminarán sobre la validez o nulidad del acto. Lo mismo harán los Tribunales en cuanto a las inscripciones practicadas en virtud de la calificación del registrador. O la Dirección General de Registros y del Notario o el Presidente del Tribunal Superior, cuando en virtud de la calificación no se practique el asiento correspondiente en el Registro. La cuestión surge cuando aparece el tercero. Ese adquirente, a título oneroso, del titular registral, con buena fe. Ese a quien preferentemente debe mirar el registrador en su calificación. Ese que *«será mantenido en su adquisi-*

ción, aunque después se anule o resuelva» el derecho de quien le transmitió. He ahí ese pilar básico de nuestro sistema registral que es el Artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y he ahí, también, la responsabilidad de aquellos a quienes se nos ha encomendado la efectividad del sistema.

Dicho lo anterior, será fácil ver en mi exposición dos claras tendencias. Una, hacia el análisis de supuestos concretos, pero prescindiendo de circunstancias específicas que pudieran darse en cada uno. Otra, hacia la solución más segura, más cubierta por cualquier interpretación.

## 1. LA DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL POR FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CONYUGES, EXISTIENDO HIJOS MENORES

Se plantea la cuestión de si existe o no oposición de intereses entre los hijos menores y el cónyuge sobreviviente. Si se entiende que no la hay, dicho cónyuge podrá asistir o representar a sus hijos menores, sin necesidad de otra intervención. En caso contrario, habrá que acudir a la prestación de la asistencia en la forma prevista en el Artículo 5.º 2. de la Compilación o a conferir la representación a otra persona u órgano distinto del cónyuge sobreviviente, en forma, por cierto, y como luego veremos, no regulada por la Compilación.

La existencia de conflicto de intereses parece evidente que tiene lugar cuando se produce una real liquidación de la sociedad conyugal, adjudicando unos bienes al cónyuge sobreviviente y otros a los hijos. En tal supuesto, a mi juicio, sin ninguna duda, habría que acudir a la sustitución del padre o madre en la asistencia o representación de sus hijos, puesto que si no se hiciera, podría por sí solo —en el supuesto de representación, más atenuadamente en el de asistencia— atribuir a su arbitrio unos bienes de mayor valor a su participación en la sociedad conyugal y otros de menor al haber del causante.

Pero hay otro supuesto, muy frecuente, sobre todo existiendo menores, en que la temprana muerte de uno de los padres aconseja mantener el patrimonio conyugal en indivisión, lo que hace que no se practique lo que en términos reales podría entenderse como una verdadera liquidación de la sociedad conyugal y partición de la herencia del causante, sino que se limita a adjudicar todos los bienes, en cuanto a una mitad indivisa en pleno dominio al viudo y en cuanto a la restante mitad al mismo viudo en usufructo y a los hijos en nuda propiedad, por iguales partes indivisas entre ellos.

Muchos hemos entendido que era difícil ver ahí conflicto de intereses entre el padre o madre y sus hijos menores, y que en realidad, simplemente lo que ocurría es que se estaba pasando de una comunidad germánica —imposible al haber fallecido uno de los cónyuges y no optarse por la fórmula de la sociedad conyugal continuada— a una romana. Pero sin embargo una reciente resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, de 14 de marzo de 1991, opta, para un supuesto de derecho común semejante al expuesto, por la necesidad de que el defensor judicial represente al menor. Y lo exige, no tanto porque vea el conflicto de intereses en esa adjudicación de participaciones indivisas, sino por verlo en la operación previa de atribuir a los bienes integrantes del patrimonio del causante el carácter de gananciales o privativos, no bastando la presunción de ganancialidad, que por su mismo carácter de presunción, como dice la Resolución, «no es indestructible».

A pesar de esa tendencia hacia lo más seguro, a que antes me refería, entiendo que no tiene porque aplicarse el criterio de dicha resolución, con carácter general, a todos los casos enmarcados dentro del supuesto contemplado, y menos en Aragón. Por algunas razones. Por la especificidad del caso resuelto por la Dirección. Que el causante tuviera vecindad catalana y estuviera casado en régimen de gananciales explica en parte el rigor de la decisión. El viudo o viuda aragonés, investido del usufructo viudal —con esa especie de *auctoritas* conferida con nuestro derecho histórico, ligada además a la circunstancia de mantenerse tales bastante más que el viudo del derecho común, en relación al antiguo patrimonio conyu-

gal. Obsérvese la distinta música, al menos, de algunos preceptos del Código Civil y de la Compilación. Lo imperativo del Artículo 1.396 del Código: «disuelta la sociedad (de gananciales) se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad». Lo potestativo del 55.1 de la Compilación: «cualquiera de los partícipes en una comunidad disuelta podrá pedir ante el Juez de Primera Instancia que se haga inventario del patrimonio consorcial». Si el Artículo 80.1. de la Compilación libera al cónyuge viudo de formalizar inventario de los bienes usufructuados, salvo los casos que especifica tal artículo, parece que ello implica la atribución de facultades previas en orden a la determinación de qué bienes son privativos y cuales consorciales. Y finalmente. Si del apartado 2. del Artículo 61 de la Compilación resulta, no sólo la posibilidad de que pueda darse la comunidad conyugal continuada existiendo hijos menores —sin aludir a órgano extraño alguno—, sino la no eficacia de una voluntad en contrario que impida su existencia, ¿exigiremos la intervención de ese órgano extraño a la familia compuesta por padre o madre e hijos, cuando ante las dificultades que en la práctica significa la comunidad conyugal continuada de tipo germánico reguñada por nuestra compilación, se opte por una comunidad continuada romana?

No obstante lo dicho, parece oportuna una recomendación. La de que, para evitar interpretaciones cercanas a la Resolución comentada, comparezcan ambos cónyuges siempre que se adquiera un bien para la sociedad conyugal. O que si comparece uno de ellos, haga manifestación expresa de adquirir para la sociedad conyugal. En tales casos, difícilmente será posible alegar las razones esgrimidas por la Resolución General para exigir la intervención de defensor judicial, cuando al morir uno de los cónyuges con hijos menores se quiere permanecer en la indivisión.

## 2. COMO SALVAR LA EXISTENCIA DE OPOSICION DE INTERESES EN LAS ACTUACIONES DE LOS ARAGONESES MENORES DE CATORCE AÑOS

La Compilación Aragonesa contempla el supuesto de que en los actos de un menor de edad, pero mayor de catorce años, exista oposición de intereses entre dicho menor y sus padres. Y lo resuelve en el sentido de que cuando la oposición sea con uno de los padres, la asistencia sea prestada por el otro, y cuando la oposición sea con ambos padres la asistencia la preste la Junta de Parientes.

Pero no resuelve la cuestión, al no hacer referencia expresa alguna a ese supuesto, cuando se trate de un acto del menor de catorce años, en que ya no se trata de «asistir» sino de «representar» al menor. Delgado Echeverría en los «Comentarios al Derecho Civil de Aragón», Vol. I, págs. 429 y 430, y yo mismo en la publicación en la que se recogen las «Jornadas de Derecho Civil Aragonés», pág. 78, entendimos que cabía aplicar el mismo criterio que el establecido en la Compilación para la asistencia. Es decir, en caso de oposición de intereses con uno de los padres la representación la ostentaría el otro. Y en caso de oposición de intereses con ambos, o con el único sobreviviente, la representación la ostentaría la Junta de Parientes.

Una mayor reflexión sobre el tema me ha hecho variar de opinión, incidiendo especialmente en el supuesto de que la oposición de intereses se de en un acto dispositivo del menor, referido a bienes inmuebles y a los demás enumerados en el Artículo 13.2 de la Compilación.

Cuando la oposición se de con uno solo de los padres, no puede olvidarse la distinta manera en que son llamados los padres en la Compilación cuando es precisa su asistencia o representación. Para asistir, clara y diáfana, y además con la evidente intención de resolver las dudas que con el anterior texto se planteaban, el Artículo 5.º 1. llama a «uno cualquiera de los padres». Luego es lógico, que en el apartado 2. de dicho Artículo, cuando exista oposición de intereses con uno, llame al otro, puesto que ese «otro», exista o no oposición del menor con el «uno», está siempre facultado para asistir por sí solo.

Pero el llamamiento a la representación es distinto. En virtud de las respectivas referencias que el Artículo 13.2 hace al 12.1 y éste al 9.º 1., el poder de disposición corresponde

«a los padres, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares», dejando aparte la posibilidad de pacto que el mismo Artículo establece. La difícil interpretación de esta norma, sobre todo en esa referencia a los usos sociales y familiares, plantea muchas dudas. En otro lugar he dicho «que la simple remisión hecha en la Compilación por los artículos reguladores de las relaciones patrimoniales (de los menores) a los reguladores de las personales, ha trasladado a aquellos una cierta imprecisión jurídica que, si bien puede tener sentido tratándose de relaciones personales, no produce más que confusión e incertidumbre en las patrimoniales». Sostener que usos sociales y familiares legitimen la actuación separada de uno de los padres en representación del menor, que tiene intereses opuestos con el otro progenitor, me parece aventurado. Me inclino a entender precisa la intervención del defensor judicial, ante la falta de regulación expresa en la Compilación. La posible intervención de la Junta de Parientes, aparte de que por lo que luego se dirá, creo que no puede basarse ni siquiera por asimilación al supuesto de la asistencia, ya que únicamente es llamada en el Artículo 5.2. cuando la oposición sea con ambos padres.

Tantas dificultades como en el supuesto de que la oposición de intereses sea con un padre, plantea el que la oposición sea con los dos, o con el único sobreviviente, y la posible traslación del criterio del «asistente» al «representante». No puede olvidarse que las llamadas que la Compilación hace a la Junta, no son, creo, en ningún caso como representante, sino como autorizante, complemento de capacidad, órgano dirimente. Refiriéndome concretamente a los actos de disposición de inmuebles, necesariamente habrá de acudir al defensor judicial cuando la autorización prevista en el Artículo 13.2 la prestara la Junta de Pariente, pues fácilmente podría sostenerse una doble actuación de la Junta como representante y autorizante. Sin embargo, podría admitirse que la doble autorización de la Junta de Parientes y del Juez de Primera Instancia salvase el conflicto de intereses con ambos padres o con el único existente, basándose, quizá más que en razones sustantivas, en otras de economía procesal y en entender que los derechos del menor parecen plenamente salvaguardados con ese doble juego de autorizaciones.

### **3. LA ASISTENCIA Y REPRESENTACIÓN DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE SEPARACION, NULIDAD Y DIVORCIO**

La regulación conjunta de estos supuestos que hace el Capítulo IX del Título IV del Libro Primero del Código Civil, y especialmente ese tratamiento unitario que da el artículo 92 del Código, cuando regula los efectos que con respecto a los hijos se derivan de las declaraciones judiciales de tales situaciones, nos lleva a entender que no cabe contemplarlas por separado, sino partiendo de que, más bien, los efectos en relación con los hijos deben tener un tratamiento igual, o al menos, semejante.

Dada la aplicación general a todo el territorio español, que proclama el artículo 13 del Código en cuanto a las normas del citado Título IV, es perfectamente aplicable en Aragón, el principio general que establece el primer párrafo del artículo 92 del Código, al señalar que «la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos». No dice lo mismo en cuanto a los derechos, pero entendamos la asistencia o representación del menor como una obligación o como un derecho, lo cierto es que en principio, y salvo que otra cosa no resulte de la sentencia o del convenio, la simple declaración de tales facultades, no modifica lo que la Compilación establece en cuanto a tales cuestiones.

Pero veamos, qué ocurre, cuando se adopten medidas concretas en cuanto al cuidado de los hijos, o incluso en cuanto al ejercicio y privación de la autoridad familiar.

Si se priva a uno de los padres de la autoridad familiar, no hay duda de que la asistencia del menor mayor de catorce años corresponderá a aquel de los progenitores que mantenga la autoridad, quien, cuando se trate de menor de catorce años, ostentará la representación de su hijo «separadamente».

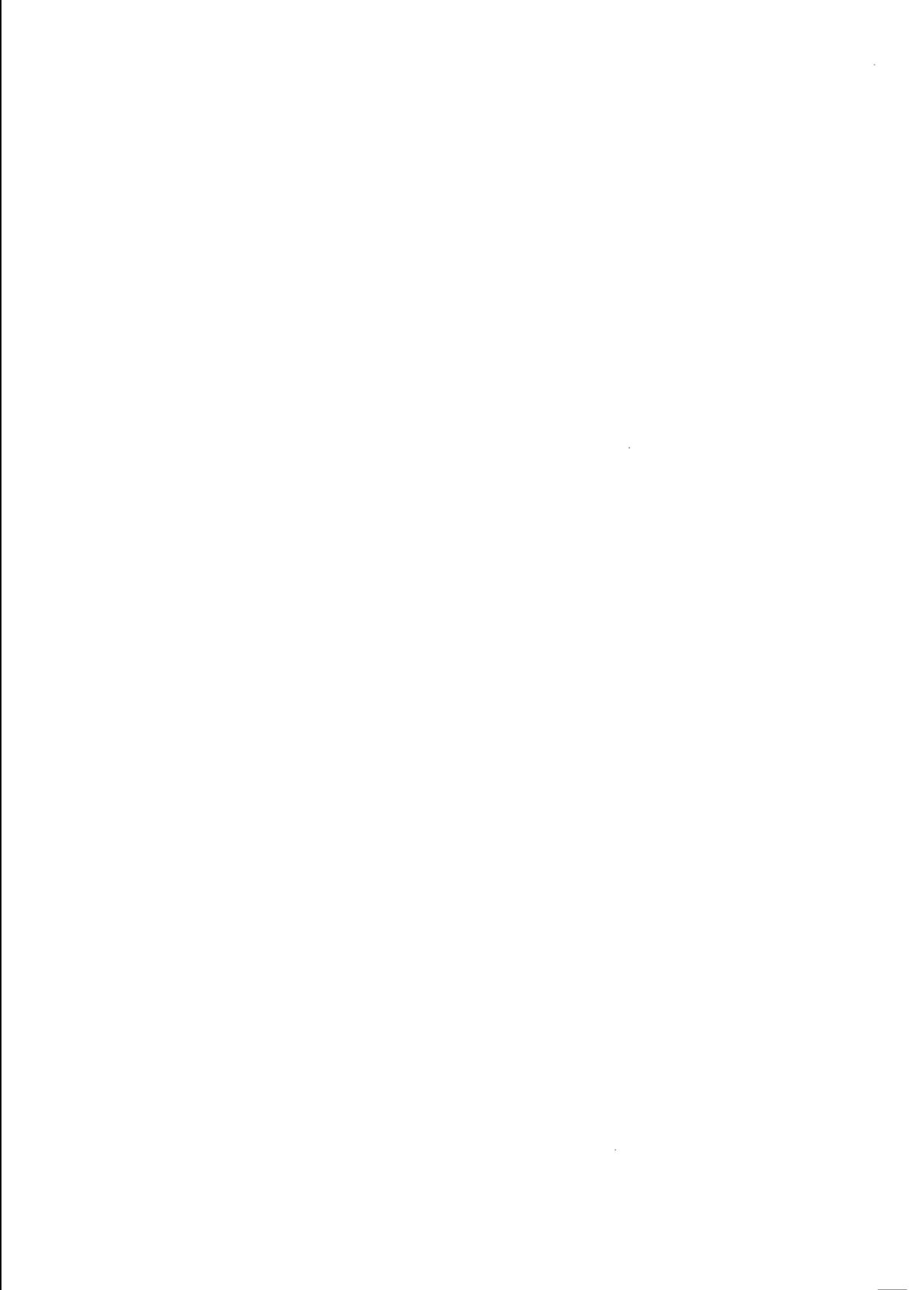
Mayores problemas se plantean cuando no se toma decisión sobre la autoridad familiar, adoptándose únicamente medidas sobre la encomienda del «cuidado» de los hijos menores, sobre todo teniendo en cuenta que ese cuidado no suele encomendarse exclusivamente a algunos de los padres.

Si ese cuidado se atribuye a ambos padres, aunque separadamente, pero por períodos semejantes, entiendo que no deben entenderse alteradas las facultades atribuidas por la Compilación. Si, por el contrario, el cuidado es conferido a uno solo de los cónyuges —aun cuando al otro se le concedan determinados derechos de visita y estancias en vacaciones—, entiendo que ese padre o madre «cuidador» es a quien, a mi juicio, corresponden exclusivamente las funciones de asistir y representar, pues, en cuanto a la asistencia, no parece lógico extender esa posibilidad de opción entre uno u otro, a quien no convive ordinariamente con su hijo, y en cuanto a la representación, la posibilidad de representar separadamente a su hijo menor por el padre o madre con quien convive, pienso que debe entenderse apoyada claramente en el «uso social o familiar».

La dificultad de resolver con certeza estas situaciones, aconsejaría una práctica que en los convenios que he examinado profesionalmente, no he visto extendida. Es la de que en los convenios —amparándose en la posibilidad de pactar en orden al ejercicio de la autoridad familiar que consagra el artículo 9.º 1. de la Compilación— se determine a quien o quienes corresponde la prestación de asistencia o la representación de los hijos menores. Y lo mismo podría hacerse cuando no habiéndose llegado a las declaraciones judiciales, se regulen en capitulaciones matrimoniales situaciones derivadas de conflictos conyugales o de separaciones de hecho.

#### 4. OTRAS CUESTIONES

En la ponencia del Profesor Delgado, en sus trabajos doctrinales y en los de los autores que estudian los diversos artículos de la Compilación referentes a los menores —especialmente en la obra citada de los *Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón*, dirigidos por el Profesor Lacruz Berdejo, a quien todo estudioso o simplemente preocupado por el Derecho Civil de Aragón debe rendir homenaje, como lo hago yo aquí—, se ponen de relieve los diversos temas sobre los que habría de profundizar en relación con los menores aragoneses. Consciente de ello, y también de la limitación de este sencillo «añadido a la ponencia», viene a la memoria aquel trabajo de Mariano Alonso Lamban, en el número 12 de la Revista «Ternis», donde ante la publicación del Anteproyecto de Compilación del Derecho Civil de Aragón, bajo el título «Sumario de una problemática de la fiducia sucesoria aragonesa», se formulaba nada menos que ciento veinticinco preguntas, alumbrando para muchos años no solamente un guión, sino un auténtico «estado de la cuestión» en cuanto a esta institución tan típicamente aragonesa. Algo así podría hacerse en cuanto al tratamiento jurídico del menor aragonés. No sería aquí tan difícil encontrar otras ciento veinticinco preguntas. Sobre todo si extendemos los interrogantes a la situación jurídica del incapacitado.



## ALGUNOS PROBLEMAS EN MATERIA DE CAPACIDAD Y REPRESENTACION DE MENORES

por

Ricardo GIMENEZ MARTIN

Notario

### SUMARIO

1. Capacidad del mayor de 14 años y autoridad familiar. — 2. Conflicto de intereses entre menor de 14 años y quien ejerce la autoridad familiar. — 3. Testamento de padres con hijos menores. — 4. Menor de edad y Derecho mercantil: A) Menor de edad como comerciante individual; B) Menor de edad y sociedades mercantiles: a) El menor de edad y la constitución de sociedades; b) Menor de edad y sociedad familiar; c) Menor de edad y administración de la sociedad; d) Venta de acciones y participaciones de un menor. C) Menor de edad y capacidad cambiaria subjetiva.

### 1. CAPACIDAD DEL MAYOR DE 14 AÑOS Y AUTORIDAD FAMILIAR

Se centra el tema en dónde termina la administración de los padres, basada en su autoridad familiar, y empieza la del hijo menor de edad, mayor de 14 años. O si son compatibles una y otra durante la minoría de edad del hijo.

La administración de los bienes de los menores (mayores o menores de 14 años) es materia que ha tenido escasa regulación en los Fueros y Observancias y que hoy no se presenta muy clara en los bienes de los mayores de 14 años, que según el art. 5,1 «pueden celebrar toda clase de actos y contratos» y según el art. 12 y concordantes las facultades de administración corresponden a los padres o a quienes estén llamados al ejercicio de la autoridad familiar, tanto en las relaciones personales, como en las patrimoniales (arts. 12,1 y 12,3 y concordantes y demás arts. del Título II que no distinguen entre mayores y menores de 14 años, salvo en los arts. 13 y 14).

El Apéndice respecto de los bienes de los menores de edad, entonces 20 años (art. 10), concedía esa administración «al padre y en su defecto a la madre» (art. 3,2), dejando a salvo, lo contrariamente ordenado por la persona de quien provengan los bienes. Y regulando la vida independiente del mayor de 14 años «que tenía la administración de sus bienes, arregladamente a lo establecido en el propio Apéndice y en el Código de Comercio acerca de su capacidad para contratar». (Única referencia, por cierto del derecho aragonés al Código de Comercio que existe y que bastantes problemas presenta, como veremos en otra pregunta).

Esta regulación del Apéndice significaba un cambio sobre la administración de bienes de menores en nuestro Derecho histórico que o llevaba la administración a lo ordenado por la persona de quien el menor recibió los bienes (únicos normalmente que solía tener el menor) o la llevaba a la sede de la tutela de los bienes de los hijos, la cual cesaba al cumplir éste los 14 años (Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado de 1866, 1874, y 1887 y Sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 20 de noviembre de 1960).

En base al sistema del Apéndice *el poder para pleitos* del mayor de 14 años no podía darlo éste «pues el texto literal del art. 13 facultaba al soltero mayor de 14 años y menor de 20 para celebrar por sí *toda clase de contratos*, con asistencia del padre, madre o tutor en su caso; no pudiendo por tanto dar a dicha disposición una interpretación extensiva que sería por ende abusiva... de modo que tal comparecencia en juicio era materia de la Ley procesal y consiguientemente de orden público, que no puede en modo alguno reputarse

contractual, sino regida por el art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que previene que los que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles comparezcan por sus representantes legítimos» (Sentencia Audiencia Zaragoza de 25 de febrero de 1956). (Téngase en cuenta que entonces el ya citado art. 13 del Apéndice sólo autorizaba al mayor de 14 años a realizar por sí *toda clase de contratos*, no de actos, con asistencia del padre, madre...).

La Compilación de 1967 (art. 12) acercándose al Código civil consagra la administración por los padres (del padre y en su defecto la madre) de los bienes del menor. Paralelamente establece que «el mayor de 14 años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de *actos* y *contratos*, con asistencia de...»

Sobre estos textos venían separándose los: a) actos materiales de administración, que se entendía correspondían al administrador (los padres); de b) los actos jurídicos (contratos), que el menor debía realizar por sí, si bien con asistencia. Era, pues, como dos planos, no muy fáciles de separar, legitimación para administrar, que tenían los padres (art. 12), con obligación de rendir cuentas (art. 6); y legitimación para poder realizar actos de administración que correspondía al hijo con asistencia (art. 5,1). Dentro de los actos del art. 5,1 están negocios jurídicos no contractuales, declaraciones unilaterales de voluntad, comparecencia en juicio, modificación de entidades hipotecarias...

La reforma de 1985 sigue en esencia a la Compilación de 1967, añadiendo el art. 12,3, que no es ahora al caso. Con ello creo que hay que entender que: a) la administración de los bienes del menor de edad (mayor o menor de 14 años) corresponde a los padres (art. 12,1). 1.º) pues de otra forma los arts. 9 y siguientes habrían de entenderse referidos y aplicados sólo a los menores de 14 años, lo cual salvo en las excepciones de los arts. 13 y 14 no se dice en ninguna parte, pareciendo, por el contrario, que el Título II se aplicaba y se aplica a los menores de 20 años o de 18 ahora; 2.º) el art. 5,3 (mayor de 14 años con vida independiente) no tendrían razón de ser si con sólo cumplir los 14 años (5,1) se tuviera la administración total de los bienes, lo que obviaría los otros requisitos de la vida independiente y con beneplácito de los padres o mediando justa causa.

No deja, sin embargo, de causar ciertas dudas: a) la amplitud de la expresión «*toda clase de actos y contratos...*» del art. 5,1; b) el mayor de 14 años pueda realizar lo más (contratar) y no pueda realizar lo menos (administrar). Sancho Rebullida lo justifica en «que esos actos normales, diarios, son más fáciles... y se dispensa la intervención del menor por ser enojosos para él... requiriéndose su intervención para lo transcendental».

Quizá otra solución pueda estar en compatibilizar la administración del hijo mayor de 14 años, considerándolo capaz para actuar por sí, aun precisando de la asistencia, con la de los padres en el ejercicio de la autoridad familiar que les concede, sin distinciones de edad, el art. 12 y concordantes. (En la práctica notarial muchas veces acudimos a esta doble posibilidad y así, por vía de ejemplo, admitimos poderes a pleitos dados por los padres del mayor de 14 años incosciente como consecuencia de accidente, al cual está referido el poder).

## 2. CONFLICTO DE INTERESES ENTRE MENOR DE 14 AÑOS Y QUIEN EJERCE LA AUTORIDAD FAMILIAR

Dejamos fuera tanto los conflictos de intereses entre quienes ejerzan la autoridad familiar, sobre el modo de ejercer ésta, que resuelve el art. 9.2; como la oposición que se pueda producir entre el mayor de 14 años y las personas que deben asistirle, conforme al art. 5.2. Para ocuparnos del conflicto de intereses entre el menor de 14 años y quien ejerza la autoridad familiar.

La solución se viene buscando en el Código civil, antes art. 165, hoy art. 163, que, primero, permite que actúe el progenitor que no tenga interés contrapuesto y de tenerlo con ambos se «nombrará (por el Juez) a los menores no emancipados, un defensor que los represente en juicio y fuera de él.»

Pienso que ampliadas las actuaciones de la Junta de Parientes fuera de los campos matrimonial (capitular) y sucesorio, ya en la Compilación de 1967: complementos de capacidad de los arts. 5 y 13, decisiones y designaciones de los arts. 9 y ss., cabe la duda si la Junta de Parientes *sustituye* en Aragón al defensor judicial del art. 163 del Código civil?

La cuestión tiene indudable interés práctico máxime si se extrema, como hace la Resolución de la D.G.R. y N. de 14 de marzo de 1991, el alcance del interés contrapuesto, manteniendo que existe y hay que nombrar defensor al menor (sujeto al Derecho común) en una adjudicación hereditaria que hacía la viuda, por sí y en pago de su haber ganancial, y en representación del hijo menor, y como heredero de su difunto padre. Pienso que si hay que nombrar defensor judicial éste actuará según las normas del Código civil (nuestro Derecho aragonés no tiene normas sobre ello) y Ley de Enjuiciamiento civil, lo que nos llevaría a la aprobación judicial de la partición. Al menos así será en la mayoría de los casos pues: a) la vía del art. 1060 del Cc. no cabrá, pues uno de los progenitores está muerto y el otro tiene intereses contrapuestos —de seguir el criterio de la Resolución—, luego no habrá representante legal, sino judicial y habrá que aprobar judicialmente la partición; b) la vía del 1057 del Cc. nombramiento de contador-partidor dativo, también precisará autorización judicial, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios, previa citación, en la persona del defensor, todo ello, muy complicado.

Lo que decimos de la partición de herencia puede extenderse a la disolución de comunidad, con adjudicación de bienes. Y en otros términos, pero con igual problema a los préstamos y cobros de capitales, transacciones, renunciaciones, donaciones condicionales (la aceptación de donaciones puras y simples pienso puede realizarlas por sí solo el menor de 14 años, que tenga juicio).

La respuesta afirmativa: la junta de Parientes representa al menor de 14 años y hace las veces de defensor judicial, puede apoyarse en el argumento analógico de que al igual que la Junta asiste al mayor de 14 años, prestando directamente (por comparecencia en el acto o negocio jurídico que éste celebre) la asistencia, debe poder intervenir y hacerlo directamente en nombre del menor de 14 años; intervención que, a su vez, conllevaría la autorización que, en su caso, pudiera exigirse de la Junta para el acto o negocio concreto de que se trate.

Creo, sin embargo, que la Junta no representa al menor de 14 años, cuya representación corresponde a quien ejerza la autoridad familiar (padres o personas del art. 10), sirviendo la intervención de la Junta para autorizar los actos a realizar por el representante del menor, cuando sea necesaria autorización y no se acuda a la vía judicial.

### 3. TESTAMENTO DE PADRES CON HIJOS MENORES

Es muy frecuente que los padres, con hijos menores de edad, quieran organizar en testamento la crianza y educación de éstos y el nombramiento de quienes les representen o los tengan bajo su autoridad, en el caso de fallecimiento de ambos progenitores antes de llegar los hijos a la mayoría de edad.

La solución en el Derecho aragonés puede venir por estos caminos:

#### a) *El de la tutela legal*

Los padres en testamento proceden a nombrar un tutor o varios, que podrán actuar mancomunada o solidariamente, cuyo nombramiento, funciones, formalidades y limitaciones serán las que fija el Código civil al regular la tutela (arts. 222 y ss.), aplicable en Aragón por el art. 1,2, que complementa la escasa regulación del Título III del Libro Primero de la Compilación.

Estas formalidades y limitaciones son las derivadas de la tutela judicial que implanta el Código en su reforma de 1983 (que poca mejora práctica ha supuesto respecto de la tutela familiar que antes regía), y que en breve síntesis son:

1.º) La disposición testamentaria vincula al Juez, salvo que el beneficio del menor exija otra cosa, según decisión motivada del Juez (art. 224). Primer motivo de recelo de los padres que confían plenamente en quien nombran.

2.º) Será la autoridad judicial quien dará posesión del cargo al tutor (art. 259), no es pues un nombramiento automático e informal, que produzca efectos por sí solos tras la muerte de los testares; ni seguro en cuanto a la persona nombrada, según lo visto antes. El nombramiento formal supone tiempo y dinero.

3.º) El tutor necesitará autorización judicial para una serie interminable de actos (interinar al tutelado, enajenar o gravar inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos, valores mobiliarios... renunciar derechos, realizar la partición, hacer gastos extraordinarios en los bienes, ceder bienes en arrendamiento... que señalan los arts. 271 y 272...). Muchos de los cuales exigen pasar por el requisito de la subasta pública y avalúo (art. 2015 de la LEC, reformada en 1989), todo lo cual dificulta enormemente el tráfico y la solución de problemas económicos que siempre requieren rapidez y economía de medios.

Pienso que el camino de la tutela judicial es largo, difícil y, probablemente, caro. La realidad práctica demuestra que son muy pocas las tutelas de menores que llegan a constituirse e inscribirse, salvo los casos en que a la minoría de edad se una la incapacidad.

#### b) *El de la tutela real*

Uso el término tomándolo del Profesor Delgado, aun cuando quizás aquí no sea el correcto, él se refiere a la que ejerce el administrador nombrado por un tercero que transmite, por título lucrativo, bienes al menor, configurando con ellos un patrimonio separado del resto de los bienes del menor, cuya administración y disposición encomienda a una tercera persona, que no tiene que ser del elenco del actual art. 10,1 de la Compilación.

Empleo el término de tutela real para aplicarlo también a la persona que nombran los padres (que no tiene que ser del grupo del art. 10,1) y a quien encomiendan la administración y disposición de los bienes que ellos le transmiten por título lucrativo al hijo menor de 14 años, por no hacer de peor condición a los padres que a los terceros en esa facultad de nombrarles una persona que les administre e incluso pueda disponer de esos bienes, en determinadas condiciones. De hecho será mucho más frecuente que sean los padres quienes donen o transmitan a título gratuito bienes al menor que un tercero. La aplicación a los padres, sin embargo, puede, quizás, chocar con la intangibilidad de la legítima, o con la norma imperativa de la tutela legal.

Aquí, y para evitar el choque con la tutela legal o con la autoridad familiar, no se entra en la esfera personal del menor, ni en la patrimonial de otros bienes que éste pueda tener o adquirir de distinta procedencia (cosa poco frecuente en la realidad). Esfera personal que habría de encomendarse o corresponder a las personas del citado art. 10,1, hoy muy ampliado como podremos ver, o dejarse sin previsión para que sea la Junta de Parientes o el Juez quien lo haga (art. 10,2).

La solución puede recomendarse en hijos, que aun siendo menores de 14 años, no sean muy pequeños y necesitados de una autoridad familiar real, o que aún siéndolo se pueda de hecho prescindir de esa autoridad familiar, por ejemplo por convivir con hermanos mayores de edad u otras personas mayores que en la práctica ejerzan de hecho tal autoridad.

Una variante de este nombramiento es el que pueden hacer los padres en testamento en relación al hijo menor de edad, pero mayor de 14 años, para que el nombrado lo asista como tutor en los actos o negocios jurídicos que realice por sí, conforme al art. 5 de la Compilación.

#### c) *Configurando una institución similar a la tutela*

A última hora la reforma de 1985 amplió la autoridad familiar, muertos los padres o privados judicialmente de ella, extendiéndola más allá de las relaciones personales, que era lo tradicional en Aragón, a las patrimoniales, al introducir en el art. 12, que habla de la administración de los bienes del menor, su párrafo final que dice «lo dispuesto en los núme-

ros anteriores —referidos a los padres— será igualmente de aplicación, en su caso, a las personas llamadas al ejercicio de la autoridad familiar en el art. 10 de esta Compilación.»

Los padres (salvo, claro, privación judicial de su autoridad) para caso de fallecimiento y la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez, fallecidos aquéllos pueden designar la persona que ejerza la autoridad familiar sobre hijos menores de 14 años, pudiendo nombrar no solo a los abuelos (como hacía la Compilación de 1967), sino también a los hermanos mayores de edad o al cónyuge no progenitor del binubo premuerto. Y sus facultades se extenderán tanto a las relaciones personales (o de autoridad familiar) (art. 10), como a las patrimoniales, dada la ampliación citada del art. 12, 3, que les otorga la administración de los bienes del menor de 14 años, como la tienen los padres, y derivada de esta administración la disposición, art. 13,2 y la representación por el art. 14,1. Novedad sin precedentes históricos aragoneses, introducida a través de enmiendas en las Cortes. Y que merece críticas tanto por el sistema en sí, como por la amplitud de personas a poder designar, su regulación simplista y su ampliación a las relaciones patrimoniales.

Pero, y pese a la crítica, la norma está ahí y conlleva: que la persona nombrada por los padres (es el supuesto que aquí nos interesa) les suceda, muertos éstos, en la autoridad familiar sobre sus hijos menores de 14 años, tanto en las relaciones personales, como en las patrimoniales; siendo representantes de ese menor, en todos sus actos y contratos. Y entrando en el ejercicio del cargo de un modo automático, muertos los padres que lo han nombrado. Con ello se elude la tutela legal, que creo fue el verdadero y único motivo de la reforma.

#### 4. MENOR DE EDAD Y DERECHO MERCANTIL

De las varias cuestiones que pueden presentarse y que merecerían mucha mayor atención y tiempo destaco:

##### A) *Menor de edad como comerciante individual*

Para ser comerciante hay que: a) tener capacidad legal para ejercer el comercio; y b) dedicarse a él habitualmente (art. 1). Por tanto, sólo los mayores de 18 años y que no estén incapacitados pueden ser comerciantes.

Esta norma en Aragón ya tiene una excepción con el mayor de 14 años si, además ha contraído matrimonio pues éste conlleva la mayoría de edad desde su celebración, conforme al art. 4 de la Compilación, y como diferencia del Código civil que sólo produce la emancipación (arts. 314).

Respecto del *ejercicio* del comercio por menores de 18 años, aragoneses, no casados, pienso que no pueden ejercerlo.

—Si son menores de 14 años no parece haber duda, son incapaces y sujetos a la representación legal por sus padres o por quienes ejerzan la autoridad familiar;

—Si son mayores de 14 años, pero no viven independientes de sus padres, creo que tampoco pues, de una parte, es dudoso que administren sus bienes (art. 5,3, arts. 9 y siguientes, especialmente el 12) y aun entendiéndolo así por interpretación extensiva del art. 5,1 «capacidad para realizar *toda clase de actos y contratos*, siempre precisan de una asistencia, que juzgo incompatible con la independencia que debe tener todo comerciante individual, en razón a la rapidez del tráfico mercantil y la responsabilidad, hoy universal, que el ejercicio del comercio individual conlleva.

—Si son mayores de 14 años y viven independientes de sus padres (arts. 5,3) aun cuando sí tienen la administración de todos sus bienes, necesitan de la asistencia de las personas del art. 5,1 para los actos de disposición, lo cual y por las mismas razones antes dadas para el que no vive con independencia paterna justifica que no tenga capacidad plena para ejercer el comercio. (El Apéndice en su art. 3,2 y refiriéndose a este menor decía que tenía la administración de sus bienes «arregladamente a lo establecido en el propio Apéndice y

en el Código de Comercio», lo que no se muy bien qué quería decir en su referencia a este último texto pues en él siempre se exigió la mayoría de edad y tener libre disposición de sus bienes (art. 4) para ejercer el comercio, lo cual no cabía, ni cabe hoy predicar del menor de edad que viva independiente de sus padres).

He hablado siempre de *ejercer* el comercio, como actividad que se emprende y realiza de modo habitual. Cosa distinta es *continuar* el comercio, es decir hacerse cargo del comercio que sus padres o causantes tenían (¿cabe que le provenga por donación o por institución contractual de heredero?) lo cual y quizás en base al interés social y mercantil de conservar la empresa siempre ha sido posible (art. 5), si bien los menores lo continuarán por medio de sus guardadores, que caso de que también carecieran de capacidad estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales quienes le suplirán en el ejercicio del comercio. Redacción un tanto oscura que parece, de un lado, que son los guardadores que carecen de capacidad quienes nombran los factores, y de otro siembra la duda de quién es el comerciante, si el menor o los guardadores. La solución de considerar comerciante al menor es la más fundada en la doctrina y se puede amparar en el art. 92 del Reglamento del Registro Mercantil que manda inscribir al menor del art. 5, lo que presupone considerarlo como empresario individual y ello aun cuando tal inscripción, salvo tratándose del naviero (art. 81), no sea obligatoria.

## B) *Menor de edad y sociedades mercantiles*

Interesa destacar estas cuestiones:

### a) *El menor de edad y la constitución de sociedades*

Creo que no hay en el Código civil, ni en el de comercio, ni en las Leyes especiales de anónimas y limitadas normas especiales sobre capacidad para constituir sociedades (salvo la del art. 1677 del Cc. que establece «que no pueden contraer sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse alguna donación o ventaja»), sí existen prohibiciones basadas, generalmente, en normas de Derecho público, y referidas especialmente a ejercer cargos en la administración de la sociedad (art. 124 L.SA), las cuales tienen otro alcance diferente del que aquí interesa.

En defecto de norma concreta habremos de atenernos a las exigencias generales de todo contrato en orden a la prestación del consentimiento (arts. 1261 y ss. del Cc., en especial el 1263 que establece que no pueden prestar el consentimiento: los menores no emancipados). Pero de otro lado se complica el problema al producirse un desplazamiento del bien que se aporta a la sociedad desde el patrimonio del socio aportante (en este caso menor) al patrimonio de la sociedad que lo recibe que podrá ser o no acto de disposición, equiparable a una enajenación, o simplemente acto de intercomunicación, que no supone enajenación (cuestión muy debatida en la doctrina y en la que no vamos a entrar), pero en cualquier caso el bien sale del patrimonio del menor y exigirá para ello los mismos requisitos que para la salida de esos mismos bienes, por otro negocio jurídico distinto, exiga la Ley. Un tercer elemento perturbador puede ser la responsabilidad que el socio asuma según la clase de sociedad que se constituya, no parece deba tener la misma trascendencia entrar en una sociedad con limitación de responsabilidad a lo aportado, que en otra en que se asuma una responsabilidad solidaria con la sociedad (que como veremos luego no puede administrar el menor de edad) e ilimitada, aun cuando en materia de responsabilidad también será ilimitada, por aplicación del art. 1911, la que al menor pueda derivarse del cumplimiento de sus obligaciones (las contraídas por sus legítimos representantes, en interés del menor y cumpliendo las exigencias legales). Ello hace que alguna doctrina y legislación comparada no admitan que los menores puedan ser socios de sociedades colectivas.

Refiriéndonos al Derecho aragonés entiendo:

—menor de 14 años, no podrá intervenir por sí en la constitución de una sociedad, civil o mercantil, cualquiera que sea la responsabilidad que asuma, teniendo que estar representado por quien ostente la autoridad familiar, de la cual deriva el ser administrador de sus

bienes; y según la naturaleza de éstos la aportación exigirá autorización de la Junta de Parientes o del Juez (art. 13,2).

—menor de edad, mayor de 14 años, podrá por sí intervenir en la constitución, pero con asistencia de las personas del art. 5,1. Entiendo que aun cuando aporte inmuebles no será precisa la autorización citada antes del art. 13,2. (Hay una Resolución de la D.G.R. y N. de 27 de julio de 1917 que entendió que un menor emancipado podía por sí solo aportar inmuebles a una sociedad, no siéndole aplicable el art. 317 (de entonces, hoy 325) sobre el consentimiento paterno. Fundamentaba la posibilidad de actuación del emancipado en la naturaleza especial de la aportación social que no «era lícito confundir con la transferencia de propiedad»).

—menor de edad casado, pienso que la mayoría de edad que le otorga el art. 4 no tiene excepciones en derecho privado y, por tanto, al ser mayor de edad, lo es a todos los efectos, interviniendo por sí solo y sin asistencia de nadie.

#### b) *Menor de edad y sociedad familiar*

La mayor frecuencia de intervención de menores en constitución de sociedades lo presentan las familiares constituidas con los padres del menor y otros hermanos o sin éstos. Los problemas son los mismos que antes se han expuesto, pero además surge la duda de la existencia o no de intereses contrapuestos, tanto si los padres representan al menor de 14 años, como si asisten al menor de edad, mayor de 14 años.

En el acto concreto de la constitución no parece que haya interés contrapuesto entre hijo y padre que, además de intervenir por sí, lo haga en representación del menor, pues su aportación se transformará en unas acciones o participaciones sociales cuyo valor nominal será equivalente al valor de la aportación, que si es de dinero (suele ser lo normal y de poca cuantía) será matemáticamente igual al nominal que reciba, y si es no dineraria, exigirá en la anónima el informe pericial de un experto (art. 38), que constituirá una garantía más para el menor (independientemente de pedir, si es menor de 14 años, la autorización del art. 13,2) de ser equivalente lo aportado con el nominal de las acciones recibidas. En la sociedad limitada tal informe no es necesario lo que puede ofrecer dudas sobre la imparcialidad del padre, que al ser también socio, puede estar, como tal socio, interesado en infravalorar esa aportación; la exigencia de autorización de la Junta de Parientes o del Juez (art. 13,2) debe evitar este obstáculo, cuando sea menor de 14 años, y el adelanto de capacidad que en Aragón supone los 14 años debe ser suficiente al actuar el menor por sí, aun cuando reconozco que quizás aquí si deba apreciarse interés contrapuesto y exigir que le represente el otro progenitor, y si éste es socio, un tutor o la Junta de Parientes.

Los intereses contrapuestos pueden volver a presentarse, en la misma escritura de constitución de la sociedad cuando los socios se constituyen en Junta universal y nombran los administradores de la sociedad (generalmente el padre). Problema que por extensión se va a presentar en la vida de la sociedad y mientras el menor lo sea en cada Junta en que su padre, en representación suya, y por sí, como socio, emita los votos suyo y del menor. En la práctica venimos aceptando la representación por el padre, posiblemente, porque, de un lado, la aportación del menor suele ser dineraria y pequeña y de otro, por entender que es interés común de todos los socios obtener un beneficio común partible, no un beneficio de un socio en perjuicio de otro, lo cual de darse no anularía las acciones que el menor llegado a la mayoría de edad pudiera ejercer contra su padre.

#### c) *Menor de edad y administración de la sociedad*

Aquí si está claro que el menor no puede ser administrador. Tanto la anterior Ley de sociedades anónimas (art. 82 y 83), como la actual (art. 124) prohíbe ser administrador a los menores. Lo mismo se aplica a las sociedades de responsabilidad limitada por el art. 11 de la Ley de 1989, que aplica a estas sociedades en materia de administradores las mismas normas que a las anónimas. Al no poder ser administrador habrá, caso de ser nombrado, que destituirlo inmediatamente, que es lo que regulaba el art. 83 de la anterior Ley.

En cuanto que el administrador (actúe individual o colectivamente, en Consejo de Administración) debe ser equiparado al comerciante habrá de serle aplicable la norma general del art. 4 del Código de comercio y «tener la libre disposición de sus bienes»; la razón está en que para administrar los bienes de otro (la sociedad) hay que tener capacidad para administrar los bienes propios, sin limitación alguna. Lo que nos lleva a entender que el menor de edad aragonés, aún cumplidos los 14 años, no puede ser nombrado administrador de la sociedad. Sólo el mayor de edad casado sí podrá serlo en Aragón. La emancipación tampoco permitirá ser administrador, al precisar del consentimiento paterno, y tampoco la vida independiente del menor, en Aragón, pues si bien administra directamente, no significa una capacidad plena e independiente, exigiéndose para ciertos actos la asistencia, lo cual sería incompatible con una certeza, rapidez y garantía que debe rodear la actuación de un administrador de una sociedad.

d) *Venta de acciones y participaciones de un menor*

Destacar la diferencia hoy existente entre la regulación del Código civil y la de la Compilación en la venta de valores mobiliarios, pues mientras el art. 166,3 permite a los padres enajenarlos sin autorización judicial, con tal de que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros (¿cuáles son éstos?), el art. 13,2 exige obtener (los padres) autorización de la Junta de Parientes o del Juez. La verdad es que en la práctica las ventas de valores, bien a través de bancos, bien por sociedades de valores, que han sustituido a los Agentes de Cambio y Bolsa, se admiten cualquiera que sea el vendedor y su capacidad.

C) *Menor de edad y capacidad cambiaria subjetiva*

Entendida la capacidad cambiaria subjetiva como aptitud que tiene un sujeto para emitir declaraciones cambiarias (*firmar válidamente letras, cheques, pagarés...*).

La Ley Cambiaria (de 16 de julio de 1985) presupone que quien firme sea capaz, de ahí que:

—firmando una persona incapaz de obligarse, son válidas las obligaciones asumidas por los demás, pero no la suya (art. 8);

—firmando por otro, representante legal o voluntario suyo, debe ponerlo en la antefirma (art. 9); caso de que no tenga poderes o en lo que exceda de ellos queda el representante obligado en virtud de la letra (art. 10). Mismas normas para el cheque y el pagaré.

Capaz sólo es quien siendo mayor de edad, tenga la libre disposición de sus bienes. Por tanto, respecto de la situación del menor en Aragón podemos decir:

a) Menor de edad casado, es mayor de edad (art. 4) y por tanto tiene plena capacidad cambiaria;

b) Menor de edad, mayor de 14 años, tanto si vive con sus padres o lleve vida independiente al no tener la libre disposición de sus bienes necesitará la asistencia de sus padres o personas del art. 5,1, que deberá constar en la propia letra, cheque o pagaré. En la práctica esto no se sigue y vemos letras firmadas por menores como formas de pago del precio aplazado de bienes adquiridos por el menor, por sí solo o asistido de sus padres. (Razones del consumo que no se paran en medir las posibles nulidades que pueden afectar a las obligaciones contraídas por el menor y a su forma de pago, la letra).

—Menores de 14 años, aquí será el que ejerza la autoridad familiar quien firme por el menor. Habrá de tenerse en cuenta que si la letra implica un préstamo habrá de aplicarse el 13,2 y exigir autorización de la Junta o del Juez, que habrá de constar en la antefirma, pero entiendo que, de faltar ésta, la excepción sólo será oponible inter partes, no a terceros y que, en todo caso, se añadirá la responsabilidad cambiaria, también, del firmante (art. 10).