



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Excepciones a la representación legal de menores
sujetos a patria potestad

Presentado por

Sara Fernández Muñoz

Tutelado por

Blanca Sánchez-Calero Arribas

Valladolid, a 22 de junio de 2022.

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO	4
2. LA REPRESENTACIÓN LEGAL	5
2.1. Concepto, características y naturaleza jurídica	6
2.2. Fundamento: el interés superior del menor	12
3. DERECHO POSITIVO Y DERECHO COMPARADO	17
3.1. Derecho español	18
3.2. Derecho francés	19
3.3. Derecho alemán	22
3.4. Derecho italiano	24
4. DERECHO FORAL	26
4.1. Derecho Foral Catalán	27
4.2. Demás Derechos Forales	29
5. EXCEPCIONES A LA REPRESENTACIÓN LEGAL	30
6. EJERCICIO DE LA PERSONALIDAD	34
6.1. Los derechos de la personalidad	34
6.2. El ejercicio de la capacidad jurídica del menor	40
7. ACTOS EN LOS QUE EXISTA CONFLICTO DE INTERESES	46
7.1. El conflicto de intereses: concepto y situaciones en las que tiene lugar	47
7.2. El defensor judicial	49
8. ACTOS EXCLUIDOS DE LA ADMINISTRACIÓN PATERNAL	53
8.1. Bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa	55
8.2. Bienes adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad	57
8.3. Bienes que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria	58
9. CONCLUSIONES	60
10. LEGISLACIÓN	64
11. BIBLIOGRAFÍA	66

12. JURISPRUDENCIA	71
--------------------------	----

ABREVIATURAS

CC: Código civil.

Art.: Artículo

CE: Constitución española

LO: Ley Orgánica

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán)

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria.

ET: Estatuto de los trabajadores.

RDGRN: Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

La figura de la representación legal de los menores ha sido siempre conflictiva, derivada principalmente de una regulación ardua en el ordenamiento jurídico español, de la cual no se obtenía una imagen clara de esta figura hasta la reforma del año 2015.

A lo largo de esta investigación se van a plantear diversos asuntos que han sido objeto de discusión doctrinal, a través de los que se busca esclarecer la figura de la representación legal de los menores, llevando a cabo una descripción detallada de la misma, estableciendo un concepto y unas características; así como el estudio de un fundamento básico en torno al que gira la representación legal de menores: el principio del interés superior del menor.

De igual forma, se llevará a cabo una comparación de la legislación española a este respecto con los Ordenamientos Jurídicos de otros estados que se encuentran en el entorno español, con el objetivo de establecer una visión ampliada de la figura en el mundo globalizado en el que nos encontramos.

Y, para finalizar, a diferencia de lo que la opinión pública pueda imaginar, la representación legal de los menores no es infinita, sino que se justifica para una serie de supuestos concretos. Estos supuestos, a su vez, se encuentran limitados, e incluso exceptuados, en determinados casos, los cuales se trata de esclarecer, con sus circunstancias y consecuencias. De esta manera, se busca mostrar la realidad de la representación legal y las circunstancias que permiten su ejercicio o la excepción del mismo; así como esclarecer una cuestión que hoy en día nadie duda de su existencia, pero cuyo alcance no tiene una defensa común: la capacidad de actuación y contratación de los menores de edad.

2. LA REPRESENTACIÓN LEGAL

Lo primero que se debe abordar en el estudio de la representación legal de los menores sujetos a patria potestad es determinar qué es la representación legal. Así, en este capítulo es preciso establecer un concepto, unas características y una naturaleza jurídica de la representación legal. Por otro lado, en este capítulo es importante abordar el fundamento del interés superior del menor y su alcance, principio que justifica dicha representación. No obstante, antes de proceder a llevar a cabo la descripción de la representación legal es necesario distinguir esta figura de otras similares. En concreto, debemos distinguir fundamentalmente la representación legal de la voluntaria. La representación voluntaria se caracteriza principalmente en que su origen se encuentra en la voluntad del sujeto que se representa, carácter que diferencia a la representación que es objeto de estudio en este capítulo.

Así, la representación legal es aquella que no está fundamentada en la voluntad del sujeto representado, sino que se otorga por Ley, con el objetivo de proteger al sujeto que se representa, en el caso que nos ocupa el menor de edad, que por sus circunstancias se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad¹, la cual no le permite hacer frente a las consecuencias de sus actos o realizar las actuaciones oportunas respecto a ellos.

Esta cuestión pues, implica la intromisión de un sujeto en la esfera de otro sin su voluntad, lo cual puede resultar contradictorio en torno a la justificación en la que se fundamenta². No obstante, dicha intrusión se encuentra legitimada en lo establecido en el artículo 1259.1 del Código civil³, ya que se justifica en la necesidad de protección de un sujeto, tomando decisiones beneficiosas para él. Aun así, esta posible lesión del contenido del artículo 1259 CC se ampara en aquellos supuestos que, conforme a la Ley, permiten la inserción en el ámbito patrimonial ajeno a determinados sujetos, sin contar con la voluntad del representado⁴. Estos supuestos en los que se permite esta ocupación de la esfera ajena se encuentran recogidos en el Código civil, entre los que encontramos la patria potestad (art.

¹ En el caso que nos ocupa, la vulnerabilidad se debe principalmente a la temprana edad e insuficiencia del discernimiento necesario para la realización de una serie de actos.

² Falta de aptitud del sujeto representado.

³ Artículo 1259.1 CC: “Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal.”

⁴ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., “La representación legal de menores.... Contenido y límites de la actividad representativa” 2004, pág. 13.

154 CC)⁵, el defensor judicial (art. 163 CC)⁶ o el representante elegido por el donante o testador (art. 164 CC)⁷.

2.1 Concepto, características y naturaleza jurídica

Para tener una aproximación del concepto de representación legal, en primer lugar, podemos acudir a la concepción clásica del Derecho⁸, la cual ha entendido la representación como “*el fenómeno jurídico a través del cual una persona actúa en nombre e interés de otra, produciendo en el patrimonio o en la esfera jurídica del representado, de forma directa o indirecta, los efectos de esa actuación*”. Ahora bien, como se ha indicado previamente, existe un tipo de representación cuyo origen no se encuentra en la voluntad del sujeto representado, sino en la Ley: la representación legal.

La doctrina⁹ suele distinguir dos conceptos en torno a la representación: uno estricto y otro amplio. En el sentido estricto, la representación se caracteriza porque la actuación que lleva a cabo el representante, en vez de vincular a su propia esfera, sea la del representado la que soporte los efectos, ya que es la que se beneficia de las consecuencias de dicha representación. En este caso, la doctrina¹⁰ entiende que quiebra las dos reglas básicas del Ordenamiento jurídico: el principio conforme el cual, cada sujeto responde de sus propios actos (artículo 7 CC)¹¹ y la regla de que nadie puede inmiscuirse en la esfera jurídica ajena (artículo 1259.1 CC). El quiebre de estos preceptos se argumenta en que, en el caso del artículo 7 CC, el representante no se ve afectado por sus actos, sino que estos se trasladan a la esfera del menor representado; y en el caso del artículo 1259CC, sí se permite la intromisión del representante en la esfera del menor, ya que actúa en su nombre y toma decisiones respecto de este.

⁵ En el artículo 154.2.2º CC se reconoce, entre otras funciones de los padres titulares de la patria potestad, la facultad de representar y administrar los bienes de sus hijos, sometidos a la patria potestad.

⁶ El artículo 163 CC contempla la posibilidad de que, en aquellos casos donde se dé un supuesto de conflicto de intereses entre la persona representante y el menor representando, el defensor judicial represente al menor para garantizar que dicha representación se hace respetando el principio de interés superior del menor.

⁷ El artículo 164 CC reconoce la facultad de los titulares de la patria potestad y, por ende, de la representación legal de los menores sujetos a patria potestad que administren los bienes de estos “*con la misma diligencia que los suyos propios*”. Ahora bien, este mismo artículo, en su apartado segundo, contempla una serie de supuestos en los que se exceptúa la administración de los bienes, como es el caso de que, en la donación realizada por el donante al menor, éste expresamente nombre a un administrador.

⁸ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 27.

⁹ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 28.

¹⁰ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 28

¹¹ Artículo 7.2 CC: “*La Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo.*” De este precepto podemos estipular que, en caso de que se lleve a cabo dicha actuación, el autor de estas actuaciones responde por ellas.

Por otro lado, por lo que se refiere al sentido amplio, la importancia no se encuentra en la eficacia de los actos del representante y su legitimación, sino en actuar en interés del otro. Los defensores de esa visión estricta argumentan¹² que en la representación voluntaria la propia voluntad del representado hace factible dicha intervención, pero que en los casos en los que la legitimación es otorgada en ausencia o limitación de capacidad se trata de una representación legal. En ambos casos, se actúa en interés del sujeto representado, pero la representación voluntaria se asemeja a una ampliación de la capacidad de actuación plena¹³ y la representación legal es un auténtico sustitutivo del ejercicio de la capacidad jurídica.

En definitiva, la representación legal es aquella facultad sobre la cual no existe unanimidad doctrinal a la hora de definirla, por la dificultad de delimitar su alcance. No obstante, DÍEZ-PICAZO¹⁴ establece su propia definición de la representación, indicando que se trata de “*un fenómeno jurídico en cuya virtud, una persona gestiona asuntos ajenos, actuando en nombre propio o en el del representado, pero siempre en interés de éste, autorizado para ello por el interesado o por la ley, de forma que los efectos de dicha actuación se producen directa o indirectamente en la esfera jurídica del representado.*”

Por otro lado, y en relación con lo que indica DÍEZ GARCÍA¹⁵, la representación legal se trata de una de las formas de las que disponen los progenitores para cumplir con la obligación marcada por el artículo 39.3 CE¹⁶, el cual impone a los progenitores prestar ayuda de cualquier tipo a los menores y la representación legal es un método para llevarlo a cabo. Así, partiendo de que los actos de carácter personalísimo no son susceptibles de sustitución propia, tal y como exterioriza la doctrina¹⁷, sólo cabrá la representación si el sujeto carece de

¹² RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 29.

¹³ La capacidad de obrar tras la Ley 8/2021. Disponible en <https://www.conceptosjuridicos.com/capacidad-de-obrar/>

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, L., “*La representación en el derecho privado*”, Ed. CIVITAS, Madrid, 1992, p. 81 y ss.

¹⁵ DÍEZ GARCÍA, H., “Comentario del artículo 162” de las Modificaciones al código civil del año 2015 dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Valencia, 2016, p. 467

¹⁶ Artículo 39.3 CE: “*Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.*”

¹⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “*Elementos del derecho civil*”, Tomo 1, Parte general, Volumen 2º, Personas, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, pp. 61 a 63, señala que, cuando el menor no tiene suficiente discernimiento sólo la necesidad o el beneficio de este puede legitimar la intromisión en su derecho de la personalidad sin su consentimiento. También defiende esta postura LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de derecho civil. T. 1, Parte general, volumen 2º, Personas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 129 y 130.

Esta posición se puede aplicar a los derechos de la personalidad, como se recoge en la STC 311/2000 (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2001) - ECLI:ES:TC:2000:311, con el voto particular, donde se legitima a la tutora de una mujer incapacitada de forma plena para ejercitar en su interés una acción personalísima como es la separación matrimonial.

capacidad natural suficiente y que la actuación sea objetivamente beneficiosa o la pasividad sea claramente desaconsejable.

Fuera de estos supuestos, GARCÍA GARNICA¹⁸ considera, a mi juicio correctamente, que en aquellos casos en los que el menor no tenga capacidad natural, los representantes legales tendrán libertad para ejercitar la representación legal, incluso en los casos que la legislación exceptúa, principalmente por ser contrario al interés del menor esa inacción, fundamento que se estudiará con posterioridad. Por otro lado, en aquellos supuestos en los que no se trate de un supuesto objetivamente beneficioso para el menor, pero tampoco resulte lesivo, se permite el ejercicio de la representación legal si, tras someterse a un control previo, se prueba que no menoscaba los intereses del menor¹⁹.

Cabe destacar a este respecto que, en torno a la consideración de los actos llevados a cabo mediante representación sujetos a control judicial o algún sistema de control previo, la omisión de esa obligación produce unos efectos, respecto de los cuales, se ha discutido. Por un lado, se puede encontrar la nulidad del acto celebrado, como consecuencia del carácter imperativo de las obligaciones infringidas²⁰. No obstante, existe otra posición al respecto, la cual entiende que no se trata de un negocio nulo, sino anulable, por afectar al interés del menor, posición que se muestra en la jurisprudencia²¹.

Sin embargo, existe una tercera postura al respecto, en la cual se alega que no existe un negocio inválido, sino que se trata de un negocio incompleto o en periodo de formación para aquellos supuestos en los que las partes hayan acordado supeditar su eficacia a la obtención de la oportuna autorización²².

¹⁸ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., “*El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor emancipado*”, Navarra, 2004, p. 92.

¹⁹ JORDANO FRAGA, F., “*La capacidad general del menor*”, de *Revista de Derecho Privado*, 1984, pp. 891 y ss. señala que lo relevante es articular los medios de control necesarios para asegurar el correcto ejercicio de la potestad que ostentan los representantes legales, más allá de la discusión de si es una actuación representativa.

V. gr. La utilización de la imagen de un menor de escasa edad en una campaña publicitaria puede resultar lesiva a los intereses del mismo (actualmente o en un futuro), en función del contenido del mensaje publicitario o el objeto al que éste se refiera.

²⁰ Así lo sostiene la doctrina mayoritaria, como defiende CREVILLÉN SÁNCHEZ, “*Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*”, Ed. actualidad, Madrid, 1994, p. 45. Este efecto de nulidad también se observa en la jurisprudencia: STS 26/2013, de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013\928).

²¹ STS 440/2014, de 28 octubre de 2014 (RJ 2014\5847).

²² DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, “*Sistema de derecho civil*”, Ed. Tecnos, 10^a edición, Madrid, 2001, p. 260.

En definitiva, cada cual establece su propia definición y, a mi modo de ver, la representación legal se puede definir como aquella potestad o manifestación jurídica por la que un sujeto, por las circunstancias en las que se encuentra en relación con el representado, se encuentra legitimado por ley, para actuar, en nombre y en interés de éste, produciendo efectos personales y patrimoniales, no sobre sí mismo, sino sobre el representado.

Respecto a las características, podemos establecer las siguientes, con apoyo de lo expuesto anteriormente y de la aceptación de la doctrina²³ :

- La representación legal implica la sustitución de la voluntad del menor. Esto supone que la representación no depende de la voluntad del menor²⁴, sino que tiene un carácter autónomo que permite al representante actuar libremente en la toma de decisiones, produciendo efectos posteriormente sólo en el menor representado. Esta característica implica que, si el menor manifiesta sus aspiraciones, el representante podría llegar a actuar en contra de esos deseos, sin consecuencia alguna, siempre que sea beneficioso para aquél.

Además, esta característica encuentra su justificación en la necesidad de proteger a los menores en aquellas actuaciones que, por la falta de madurez o inexperiencia fueran perjudiciales para ellos, en todos sus aspectos. No obstante, debemos recordar que la Legislación española²⁵ reconoce al menor cierta capacidad natural²⁶, que irá evolucionando con la edad y que justifica la obligación de escuchar y oír al menor representado.

- El representante legal ostenta poderes que afectan tanto al ámbito personal como al patrimonial del menor. Esta característica implica el reconocimiento a los representantes de una amplitud de poderes que afectan también a cuestiones patrimoniales, ya que la representación engloba representación y administración de bienes del menor.

Resulta curioso observar la conexión que se establece en la regulación entre la representación y la administración de los bienes, ya que, se trata de cuestiones diferentes pero equiparadas,

²³ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 16 y ss.

²⁴ Esto no impide que el menor sea, por ejemplo, preguntado sobre su opinión al respecto.

²⁵ LO 1/1996 de protección jurídica del menor.

²⁶ La capacidad natural implica la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, pero los menores no gozan de la capacidad de obrar plena como para ejercer los derechos de los que son titulares. Es decir, la legislación española reconoce a los menores, como sujetos titulares de derechos, pero sin la posibilidad de su ejercicio.

porque la representación se entiende como un poder centrado en el ámbito personal y la administración de bienes es una cuestión patrimonial. Sin embargo, esta conexión es inevitable ya que, es necesario proteger a los menores tanto de los efectos patrimoniales como personales, e incluso se pueden encontrar supuestos que se pueden clasificar como cuestiones tanto personales como patrimoniales²⁷. Al respecto de esta cuestión, RUIZ-RICO RUIZ hace una crítica en torno a la regulación de la representación, a mi modo de ver bastante acertada, indicando que sería necesario regular la representación legal de los menores estableciendo de forma más clara *“los poderes representativos de los padres y afinar la edad requerida para celebrar una serie de actos o contratos en los que no es necesario esperar a los 18 años para cometerlos autónomamente”*.²⁸

- La representación legal se integra en un gran número de facultades, no limitadas a las de representación, concedidas por la Ley, en defensa de un interés superior necesitado de especial tutela jurídica. La especialidad de la representación legal se encuentra en que no es un poder aislado, otorgado por el Ordenamiento jurídico a sus titulares, sino de una facultad incluida en un conjunto de poderes y deberes con los que tiene una estrecha relación: es un medio que permite alcanzar el fin de hacer factible el desarrollo del menor y esta es una de las formas de alcanzarlo.

- Se trata de un poder especial de representación de los menores, que recalca el carácter autónomo de actuación por parte del representante respecto del representado. En virtud de esta característica, en relación con lo establecido en el artículo 1259 CC²⁹ y conforme lo que establece la mayoría de la jurisprudencia³⁰, serán anulables los actos realizados con extralimitación de las facultades otorgadas por Ley. No obstante, al igual que se indicaba anteriormente, hay autores³¹ que entienden que se trata de un efecto de nulidad de dichos

²⁷ V. gr. Ejercicio de un derecho de la personalidad, que derive en una prestación económica, como se planteaba anteriormente en la utilización del derecho de imagen para un anuncio.

²⁸ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., pp. 20 y 21.

²⁹ Artículo 1259 CC: *"Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado o sin que tenga por la ley su representación legal."* En consecuencia *"el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante."*

³⁰ STS 440/2014, de 28 octubre de 2014 (RJ 2014\5847); STS de 2 de junio de 1989 (RJ 1989\4283).

³¹ DÍEZ-PICAZO, L., *"La representación en el derecho privado"*, Ed. CIVITAS, Madrid, 1992, pp.65 y ss. justifica este efecto en la constitución de la *"species facti"* que constituye el mandato de la representación.

actos, en consecuencia a la extralimitación de las facultades otorgadas por Ley, conforme al artículo 6.3 CC.

- Carácter de *numerus clausus* de los supuestos de representación legal. Tal y como se exponía previamente, la representación legal ostenta una serie de poderes que afectan tanto al ámbito personal como patrimonial del menor representado, pero hay que aclarar que las facultades otorgadas a los titulares no son ilimitadas, sino que se establecen específicamente a determinados supuestos contemplados en la Ley. Esta es la circunstancia que otorga el carácter de *numerus clausus* a la representación legal, lo cual resulta razonable ya que, en caso contrario, se vería vulnerado el principio de autonomía de la persona y el derecho al libre desarrollo de su personalidad³². Así pues, la representación legal ha de ser interpretada de forma limitada para evitar atentar contra los principios y derechos reconocidos en la Constitución.

- Naturaleza imperativa de las normas sobre representación legal: la irrenunciabilidad e indisponibilidad de las funciones representativas. A través de esta característica se observa la obligatoriedad de la representación legal, es decir, a pesar de constituir una serie de poderes, la representación legal se caracteriza por su obligado ejercicio por parte de los titulares.

- En consecuencia a las características anteriores, es razonable establecer que se trata de un poder irrevocable, ya que es impuesto por la Ley y no por la voluntad del sujeto representado, de manera que la persona representada no tiene capacidad para revocar la representación porque ésta no depende de la voluntad del representado ni de sus instrucciones.³³

Finalmente, respecto de la naturaleza jurídica de la representación legal, cabe indicar que se trata de una figura que encaja dentro del carácter de poder, de tipo privado, ubicado en los capítulos II y III del título VII de las relaciones paterno-filiales, regulador de la representación legal de los hijos y de los bienes de los hijos y su administración y, en consecuencia, podemos decir que constituye una potestad que permite a su titular actuar en nombre del menor y

³² Artículo 10.1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”

³³ GÓMEZ, R., de Base de datos jurídica online, “Características de la representación legal”. Disponible en <https://espana.leyderecho.org/caracteristicas-de-la-representacion-legal/amp/>

producir efectos para éste, ya que se fundamenta en una sustitución de la voluntad del menor representado.

2.2 Fundamento: el interés superior del menor

Como se ha indicado previamente, la cuestión en torno a la que gira la representación en general y, con mayor hincapié en la representación legal, es que dicha actuación sea llevada a cabo respetando el principio que fundamenta y justifica dichos actos: el interés superior del menor. El hecho de que se recoja esta figura se excusa en que, por la falta de capacidad, discernimiento o ineptitud del menor de edad, es necesario que se actúe en su nombre, para garantizar sus derechos y lograr que, cuando cumpla la mayoría de edad y se le otorgue el ejercicio de la capacidad jurídica, se encuentre en la mejor situación posible.

Esta justificación se encuentra en el artículo 2.1.II de la Ley 1/1996 de protección del menor³⁴. A este respecto es indudable que se refiere a aquellos supuestos en los que tenga lugar un conflicto de intereses, es decir, aquellos casos en los que, habiendo varios intereses contrapuestos, debe prevalecer el interés del menor. No obstante, el conflicto de intereses será posteriormente estudiado con detenimiento.

El problema que aparece en este punto es delimitar este concepto, dado que, en función de cada caso concreto, se puede obtener una definición u otra. En concreto, la primera regulación en la que aparece esta expresión la encontramos en la Declaración de derechos del niño de 1959, donde, en el principio séptimo, se declaraba "*el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación.*" Por otro lado, actualmente su reconocimiento principal se encuentra en la Convención de Naciones Unidas de los Derechos del niño de 1989, en la que se señala en el artículo 3.1 que "*en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, una consideración primordial a la que se entenderá será el interés superior del niño.*" De forma análoga se manifiesta la Carta Europea de los Derechos del niño de 1992, concretamente en su apartado 8.14, estableciendo que "*toda decisión familiar, administrativa o judicial en lo que se refiere al niño, deberá tener por objeto prioritario la defensa y salvaguarda de sus intereses.*"

³⁴ Artículo 2.1 de Ley 1/1996 de protección jurídica del menor: "*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.*"

Como resultado de todo lo anteriormente expuesto, el principio de interés superior del menor tiene reconocimiento en todas las regulaciones europeas y se incluye como regla básica en toda la legislación española de menores (artículo 39.4 CE y diversos artículos del Código civil); así como leyes autonómicas de atención a la infancia y la adolescencia³⁵, y se refleja en la jurisprudencia del Tribunal Supremo³⁶ y los tribunales inferiores. Esto mismo se observa en la jurisprudencia, donde se establece que la privación de la patria potestad, establecido en el artículo 170 CC, se formula como una “*cláusula general que requiere ser aplicada en cada caso, según las circunstancias concurrentes.*”³⁷

Como se puede observar, el principio de *favor minoris* está presente en la generalidad de las regulaciones, por lo que el problema no se encuentra en su admisión, sino en la dificultad de concretar lo que debe entenderse por interés del menor y qué significado tiene en nuestro Ordenamiento Jurídico. En general, la determinación del interés del menor vendrá establecida por las circunstancias de cada caso, donde se debe tener en cuenta la discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia, según RUIZ-RICO RUIZ³⁸.

Así, podemos determinar que el interés del menor constituye una disposición general que permite a los jueces y tribunales determinarlo en cada momento, atendiendo a cada una de las circunstancias del caso en cuestión, por lo que supone el riesgo de la arbitrariedad judicial. No obstante, como señala GULLÓN BALLESTEROS³⁹, no es algo nuevo, sino que bastaría el estudio de la regulación del Código civil para observarlo, como, por ejemplo, en el caso del artículo 154 CC, donde se recoge que los padres deben actuar “*en beneficio de los hijos.*”

En definitiva, se observa que se trata de una cuestión que, ni la doctrina ni la jurisprudencia española han definido, cuestión que, por otro lado, es razonable ya que, al tratarse de un concepto variable en función de las circunstancias del caso y, tal y como señala RIVERO HERNÁNDEZ⁴⁰, “*se trata de lograr un perfecto equilibrio entre las necesidades del niño y las decisiones*

³⁵ V. gr. Ley 3/2005 del País Vasco o Ley 9/2019 de las Islas Baleares.

³⁶ STS 441/2016, de 30 de junio (RJ 2016/2859).

³⁷ SSTS 183/1998, de 5 marzo de 1998 (RJ 1998\1495); 43/2012, de 10 febrero de 2012 (RJ 2012\2041).

³⁸ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 61.

³⁹ GULLÓN BALLESTEROS, A., "Sobre la ley 1/96 de protección jurídica del menor", *Revista jurídica La Ley*, 1996., p. 3.

⁴⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., "El interés del menor" Madrid, 2000, p. 71.

que sobre él se den, adaptándolas con prudencia y ponderación, teniendo en cuenta que el niño de corta edad necesita más la sensación de seguridad y la estabilidad emocional, mientras que el adolescente precisa de más libertad." Así, como concluye RUIZ-RICO RUIZ, dependerá de la edad y de los cambios en la personalidad del menor.⁴¹ En definitiva, es lógico entender la complejidad de establecer una definición concreta⁴² ya que esta depende de las circunstancias y características de cada menor.

No obstante, ASENSIO SÁNCHEZ⁴³ trata de definirlo planteando dos sistemas:

- A) Sistema de cláusula general: el interés del menor actúa como cláusula general, tanto pública como privadamente, en relación con el fin de perseguir dicho interés, de manera que se constituye un principio general en los Ordenamientos continentales. En caso de conflicto, son los jueces quienes determinan el interés en cada caso concreto.
- B) Sistema de lista: establece una lista de situaciones que se entienden en interés del menor.

La técnica de la cláusula general tiene la ventaja de su flexibilidad y adaptabilidad a la realidad social, permitiendo a los operadores jurídicos un amplio arbitrio en su aplicación. Esta misma ventaja conlleva un inconveniente porque puede derivar en inseguridad jurídica al tratarse de un concepto indeterminado.

Así, el interés del menor se configura como un concepto jurídico indeterminado que cumplirá dos funciones contrapuestas en relación con la patria potestad:

- A) Legitimadora de la actuación de los titulares de la misma.
- B) Limitadora de su ejercicio para aquellas actuaciones que no sean en interés del menor, conforme regula el artículo 162.

En otro orden de cosas, y por lo que se refiere al alcance y el fundamento constitucional de este principio, debe señalarse que no hay un reconocimiento expreso en la Constitución, lo cual no significa que no exista conexión con los principios constitucionales, ya que la base constitucional de este principio se encuentra en los artículos 10 y 39 de la Carta Magna.

⁴¹ RUIZ-RICO RUIZ, ob. cit. p. 63.

⁴² SALANOVA VILLANUEVA, M., "El derecho del menor a no ser separado de sus padres", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 1995, p. 285.

⁴³ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., "La patria potestad y la libertad de conciencia del menor", Cap. IV; 2006, pp. 64 y 65.

El artículo 10 CE recoge el principio de respeto a la dignidad humana. Es, en ese respeto, en el que se impone a los distintos legisladores el reconocimiento al menor como persona singular y como integrantes de grupos sociales⁴⁴, entendido con titularidad de derechos y necesidades y aspiraciones propias, diferenciadas de las que tengan otros sujetos próximos a ellos, como son los padres y resto de miembros su familia⁴⁵. Aquí, es necesario destacar el concreto derecho que, al igual que otros ordenamientos como el alemán y el francés, se concede en el Ordenamiento español a los padres, en relación con lo recogido en el artículo 27.3 CE⁴⁶.

En virtud de este reconocimiento, se concede a los padres elegir la educación religiosa de sus hijos, elección que puede entrar en conflicto con el derecho recogido en el artículo 16 CE del que es titular el menor, otorgándole el derecho a elegir sus propias convicciones morales y religiosas. Al respecto de esta cuestión, RIVERO HERNÁNDEZ⁴⁷, hace constar que, aunque los tribunales no se han manifestado al respecto en casos así, tiene preferencia el artículo 16 CE sobre el 27.3 CE. No obstante, ante la inexistencia de jurisprudencia, si acudimos a lo que establece la LO 1/1996 de protección jurídica del menor y el reconocimiento unánime de este principio, se puede justificar dicha prelación. En concreto, esta Ley establece, en su artículo 2, que *“en aplicación de la presente ley, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones (...), primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.”*

En definitiva, como es razonable, el principio de prelación del interés del menor sobre cualquier otro no puede alejarse del enfoque constitucional del artículo 10.1⁴⁸, ya que en él se reconoce que toda nueva regulación o interpretación de las normas se debe llevar a cabo conforme a las circunstancias de cada momento⁴⁹, y es el precepto constitucional en el que se obtiene el reconocimiento de una cierta autonomía del menor de edad que solo se puede lograr a través del libre desarrollo del menor. Así, no se puede establecer un sistema de

⁴⁴ RIVERO HERNÁNDEZ, F., ob. cit. p. 109.

⁴⁵ RUÍZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 64. Aquí indica que el reconocimiento de los padres de *“derecho de los padres al cuidado y educación de sus hijos afectando la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad.”*

⁴⁶ Artículo 27.3 CE establece que *“los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”*

⁴⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., ob. cit. p. 166 a 170.

⁴⁸ Artículo 10.1 CE: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.”*

⁴⁹ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit. pp. 70 y 71.

medidas exclusivamente preventivas, limitadoras de la capacidad contractual de los menores, sino que se necesita establecer un sistema de protección más amplio y eficaz para lograr ese objetivo de garantizar el interés del menor, porque en caso contrario se trataría de “*un sistema de protección incompleto, abierto a posibles conductas fraudulentas o infractoras.*”⁵⁰

Por último, y para finalizar determinando el carácter de este principio de interés superior del menor, se puede indicar que, en contraste a la representación voluntaria, la representación legal no se reduce a la actuación limitada por el poder de representación otorgado, sino que la representación legal abarca todos los aspectos del menor representado, tanto personal como patrimonial y que “*la patria potestad es el instrumento a través del cual se materializa el proceso de maduración de la prole.*”⁵¹

Así, podemos establecer el carácter imperativo de dicho principio ya que no cabe la exclusión o modificación del mismo alegando la autonomía de la voluntad ni permite que el sujeto que ejerce la representación se desvíe de dicha obligación. En caso de actuar en contra del principio de interés superior del menor, se calificaría la actuación como antijurídica o tendría las consecuencias negativas contempladas en el artículo 6.3 CC⁵², al igual que supone la sanción por el incumplimiento de las obligaciones del artículo 154 CC, de infracción de norma legal imperativa. Esto muestra la importancia que se otorga a dicho principio, en torno al cual, se debe realizar la representación legal, aunque, como muestra DÍEZ GARCÍA⁵³, también se justifica en la ley, la moral y el orden público, los cuales actúan también como límite del ejercicio de patria potestad, así como el respeto a los valores constitucionales. Es aquí donde se inserta el respeto a la personalidad del hijo y a su integridad física y mental.

También cabe destacar que, aunque el Código civil sigue, en el sentido formal, en la concepción de la representación legal como medio de cumplimiento de las necesidades del menor en favor del principio del interés superior del menor, la doctrina relativamente reciente, según ARANDA RODRÍGUEZ, se ha centrado en poner en duda esta orientación,

⁵⁰ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 71.

⁵¹ STANZIONE, P., "Minorità e tutela della persona umana", de la Revista *Diritto di famiglia e delle persone*, 2000, p. 762.

⁵² Artículo 6.3 CC: “*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*”

⁵³ DÍEZ GARCÍA, H., “*Comentario del artículo 154*”, de *Las modificaciones al código civil en 2015*, Valencia, 2016, p. 345.

ya que la interpretación de los textos legales derivan en el reconocimiento de un cierto grado de libertad para decidir lo que mejor conviene a los intereses del menor⁵⁴.

De igual forma, y tal y como indica DÍEZ GARCÍA⁵⁵, el interés superior del menor implica una triple finalidad ya que es un derecho sustantivo⁵⁶, un principio interpretativo⁵⁷ y una norma de procedimiento⁵⁸. Además, con la LO 8/2015 por la que se modifica el sistema de protección de la infancia y la adolescencia (Ley 1/1996), estas tres dimensiones se manifiestan primero en un concepto instrumental al servicio de los derechos fundamentales y posteriormente en un concepto que garantiza el desarrollo integral del menor, por lo que el reconocimiento de la autonomía del menor es la garantía de cumplimiento del objetivo de protección de los intereses de los menores⁵⁹.

En definitiva, la representación legal encuentra su fundamento y, a su vez, su limitación, no solo en el reconocimiento del principio del interés del menor, sino también en el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, así como en la cierta autonomía de la que gozan los menores, conforme al artículo 10 CE.

3. DERECHO POSITIVO Y DERECHO COMPARADO

Tras llevar a cabo el estudio de la representación legal de los menores, es el momento de centrarnos en el Derecho positivo español y en cómo se regula la representación legal. Por otro lado, considero necesario el estudio del Derecho comparado de la regulación española respecto de otros Ordenamientos del entorno.

⁵⁴ ARANDA RODRÍGUEZ, R., "La representación legal de los menores", Madrid, 1999, pp. 35 a 38.

⁵⁵ DÍEZ GARCÍA, H., "Comentario del artículo 154" de *Las Modificaciones al código civil del año 2015*, dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Valencia, 2016, p. 399.

⁵⁶ DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit. p. 399, aclara que el derecho sustantivo manifestado a través del derecho del menor a que su interés sea considerado como primordial, cabrá "*cuando resulte necesario adoptar cualquier medida que pudiera afectarle, tanto en el ámbito público como privado*".

⁵⁷ DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit. p. 399, señala que el Comité de derechos del niño indica 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*".

⁵⁸ DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit. p. 399, indica que, en lo relacionado con la norma procesal, la evaluación y determinación del interés del menor exige el necesario respeto de las garantías procesales establecidas en el artículo 25 de la ley 1/1996.

⁵⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., ob. cit. p. 51.

Lo primero a lo que debemos hacer referencia es a lo que establece la Constitución española en el artículo 149.1.8º⁶⁰, en el cual se reconoce la capacidad legislativa en materia civil de manera exclusiva al estado, sin perjuicio del reconocimiento de dicha capacidad legislativa para algunas comunidades autónomas dotadas de Derecho Foral especial, cuestión que se tratará en el capítulo siguiente. De igual manera, se trata de establecer una visión más amplia de la representación legal de los menores a través de la comparación de los Derechos positivos vigentes en el marco europeo del entorno español.

3.1 Derecho español

Para llevar a cabo este apartado de Derecho positivo y comparado, primero es necesario mostrar la manera en la que el Código civil español regula la representación legal de los menores. En concreto, la representación se recoge en los artículos 162 y siguientes. Por otro lado, las cuestiones relativas a la responsabilidad de los menores no emancipados se remiten al artículo 1903.2⁶¹ CC, correspondiendo la responsabilidad de los actos realizados por los menores, a sus progenitores.

El artículo 162, en su apartado primero⁶², reconoce a los progenitores la representación de los menores, tanto en derechos como obligaciones de estos, exceptuando, en el apartado segundo⁶³, aquellos actos que consistan en el ejercicio de la personalidad y las actuaciones que el menor, por su madurez, pueda ejercer por sí mismo. A continuación, el artículo 162 también exceptúa su representación cuando exista conflictos de intereses entre los menores y el representante, en cuyo caso, conforme al artículo 163 CC, se nombrará un defensor judicial para que represente al menor y garantice la defensa de sus intereses. Finalmente, se excluye la representación legal para “*bienes que estén excluidos de la administración de los padres*”,

⁶⁰ Artículo 149.1.8º CE: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.”

⁶¹ Artículo 1903.2 CC “Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.”

⁶² Artículo 162.1 CC “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.”

⁶³ Artículo 162.2 CC “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.

2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.”

que se recoge en los artículos 162.2.3º y 164, ambos del Código civil. Específicamente, los bienes excluidos del artículo 164 CC son: lo bienes adquiridos por el menor a título gratuito cuando el donante lo haya indicado expresamente; los adquiridos *mortis causa*, en herencia, cuando los progenitores hayan sido válidamente desheredados o no puedan heredar por indignidad; y para los bienes que el hijo mayor de 16 años hubiera adquirido con su trabajo.

Por último, en el apartado tercero del artículo 162⁶⁴, se exige el consentimiento del menor para aquellos actos en los que se deriven obligaciones personales por parte del menor, siempre que tenga este suficiente juicio. Es en este apartado donde la regulación española y el Código civil reconoce que el menor es titular de cierta capacidad, limitada sin duda; pero al que, con el paralelo desarrollado y aumento del discernimiento, se le irá incrementando dicha capacidad.

Es importante tener en cuenta la LO 1/1996⁶⁵, por la cual se regula específicamente la protección del menor. Esta ley, en el artículo 2, establece la necesidad de limitar el ejercicio de la capacidad jurídica en una interpretación estricta y siempre en el interés superior del menor. La justificación de esta ley se encuentra en la actuación ordinaria de los menores en el ámbito social, pero cuyos actos se llevan a cabo con la ineptitud suficiente de los menores para conocer debidamente las consecuencias de sus actos. Es esta actuación de los menores la que justifica la representación legal por parte de sus progenitores, con el objetivo de garantizar los intereses de aquellos.

3.2 Derecho francés

En el ordenamiento jurídico francés se contempla la representación legal concretada en diversas instituciones, entre las que se encuentra la tutela y la patria potestad. Para el caso que nos ocupa, los menores de edad se ven afectados por lo que se ha estado denominando “incapacidad general de los ejercicios”⁶⁶. Esta cuestión se ha resuelto a través de esta representación, entendiéndose como tal, institución cuya finalidad es la protección del menor representado, tanto en el aspecto personal como patrimonial.

⁶⁴ Artículo 162.3 CC “Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio (...)”.

⁶⁵ Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor.

⁶⁶ RUÍZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 50.

La representación legal se recoge en el Code, en el libro primero, en el título IX, en los artículos 371 a 374, organismo que se justifica por la necesidad de protección de los menores⁶⁷. Le Code establece la representación legal como “*autorité parentale*” y emplea dos procedimientos para garantizar la protección de los menores⁶⁸: la representación a través de la cual no se permite ninguna actividad del menor (por consistir en la sustitución de voluntad); y la asistencia que, al ser una figura más flexible, si reconoce un papel más activo al menor.

Por otro lado, el Code reconoce el ejercicio de la representación a ambos padres y se debe entender como un derecho-función⁶⁹ derivada de los deberes exigidos a los progenitores respecto de los hijos sobre los que ejercer la patria potestad y con el fin para el que es establecida: garantizar el interés del menor.

De la regulación del Code, se puede determinar una característica de la función de la representación: la temporalidad⁷⁰, es decir, el fundamento se encuentra en la ineptitud de los menores de edad, por lo que es razonable pensar que, con el paso del tiempo y la adquisición de mayor edad, el menor obtendrá la capacidad plena para actuar sin la actuación de los padres y poniendo fin a la institución de la representación legal.⁷¹

Junto a la representación legal existe otra potestad atribuida a los padres: la administración de los bienes del menor. A través de esta función los padres dirigirán la situación patrimonial del menor. En concreto, la atribución de esta función se establece en el artículo 386.1, el cual indica que “*a la representación jurídica está ligada la administración legal.*” En concreto, el artículo 389.3 establece que el administrador legal representará al menor en todos los actos civiles, excepto aquellos en los que la ley o los usos autoricen a los menores para actuar por sí mismos. De igual forma, le Code establece que, en principio, el administrador no necesita

⁶⁷ Artículo 371.1 del Code francés: “*Corresponde a los padres hasta la mayoría de edad o la emancipación del hijo protegerlo en su seguridad, su salud y su moralidad, asegurar su educación y permitir su desarrollo, en el respeto debido a su persona.*”

⁶⁸ RUÍZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 51.

⁶⁹ RUÍZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 51.

⁷⁰ RUÍZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 51.

⁷¹ El artículo 371.1 establece expresamente el límite temporal al indicar “*corresponde a los padres hasta la mayoría de edad.*”

autorización judicial para llevar a cabo los actos de la administración; aunque sí que establece una serie de actos en los que la autorización judicial sí es necesaria⁷².

A raíz de lo que establece el artículo 371.1, se puede establecer que la autonomía de la voluntad del menor irá "*in crescendo*" a medida que evoluciona y se desarrolla el menor. Es, por tanto, la razón del desarrollo a través del cual se protege la autonomía de los menores. Una parte de la doctrina francesa⁷³ ha considerado que el régimen que mejor se adaptaría a esta evolución de la autonomía de los menores es mediante "*un régime acorde con el deseo de independencia del menor y las necesidades de su protección*".

Posteriormente cabe indicar cuáles son los factores que influyen en la denominada "doctrina de la autonomía con geometría variable"⁷⁴. El primer factor determinante en el aumento de la autonomía del menor es la edad, de forma que cuanto más mayor sea el menor o cuanto más cerca esté de la mayoría de edad, más posibilidades tendrá de realizar cualquier acto jurídico, ya sea del ámbito personal o patrimonial⁷⁵.

El segundo factor es el "criterio de discernimiento"⁷⁶. Sobre esta cuestión se establece una preferencia del discernimiento sobre la edad, cuestión que se ha mostrado en aquellos actos en los que el juez ha dado audiencia al menor y ha tenido en consideración su opinión, con independencia de la edad, siempre que demuestre discernimiento suficiente.

Otros factores que se tienen en cuenta para determinar la capacidad en determinados actos son la propia naturaleza del acto que se realiza y el grado de implicación que se pide para el menor, de igual manera que también se tiene en cuenta el mecanismo de sanción prevista para los actos realizados por dicho menor violando la incapacidad. En concreto, suelen entrar

⁷² Artículo 389.6 del Code: "*En la administración judicial bajo control judicial, el administrador debe obtener autorización del juez de tutela para realizar actos que un tutor sólo puede realizar con autorización*". Los otros actos los puede hacer solo, sin necesidad de dicha autorización.

⁷³ LEMOULAND, J. J., "*L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation*", *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, n°1, 1997., p. 2.

⁷⁴ RUÍZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 52.

⁷⁵ LEMOULAND, J. J., "*L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation*", *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, n°1, 1997, p. 4.

⁷⁶ RUÍZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 53. Aquí, se establece la dificultad de definir el discernimiento, al plantear si se trata de una cuestión de valoración de un acto, del razonamiento o de la distinción del bien y del mal. Se concluye que el discernimiento es un concepto que variará en función del caso, pero que es un rasgo que se tiene en cuenta para determinar la validez de la actuación del menor.

en juego el discernimiento, la naturaleza del acto y su gravedad, y la sanción a la que se enfrentaría el menor en caso de capacidad insuficiente.

Podemos concluir que la regulación francesa es muy similar a la española, ya que ambas contemplan la representación legal con la misma finalidad y en las mismas circunstancias, y reconocen una cierta capacidad de actuación al menor. Así, podemos afirmar, sin dudas, que el menor ha ganado capacidad tanto en la esfera personal como patrimonial, de igual forma que los padres están para proteger a los hijos y sus intereses. No obstante, y tal y como puntualizaba en su momento RUIZ-RICO RUIZ⁷⁷, este incremento de actuación se debía proteger a través de algún sistema de asistencia, para permitir la independencia de los menores sin dejarlos en una situación de desprotección. Esta cuestión se ha abordado en la Legislación española a través de la reforma de la Ley 8/2021 y su manifestación en el artículo 1263 CC⁷⁸.

La justificación que daba⁷⁹ me parece de lo más indicada al considerar que a través de una asistencia se permitiría realizar una serie de actos en atención a su edad y estos se irían ampliando progresivamente hasta los 18 años, no produciendo un salto brusco de la incapacidad absoluta a la capacidad total.

3.3 Derecho alemán

Posteriormente cabe plantear de qué forma regula la representación legal de los menores sujetos a la patria potestad el Ordenamiento Jurídico alemán. Especial importancia tiene el régimen que establece el Código civil alemán (BGB) en relación con la capacidad negocial de los menores. A diferencia de lo que establece la regulación española, en el BGB se otorga capacidad negocial a los mayores de 7 años⁸⁰, aunque dicho reconocimiento negocial no supone la eliminación de la necesidad de protección, por lo que se reconoce el efecto de nulidad de los actos realizados con incapacidad negocial⁸¹. Así pues, “*esa protección prevalece*

⁷⁷ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 54.

⁷⁸ Artículo 1263 CC. “*Los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes 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.*”

⁷⁹ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 54.

⁸⁰ Artículo 106 BGB: “*El menor que haya cumplido siete años tiene limitada la capacidad para contratar de los artículos 107 a 113.*”

⁸¹ Artículo 105.1 BGB: “*La declaración de voluntad de una persona incapaz de contratar es nula.*”

*sobre los intereses del tráfico jurídico y de los terceros contratantes, quiénes carecen de una específica protección legal, salvo en el caso de infracción del principio de buena fe.”*⁸²

En otro orden de cosas, el artículo 107 BGB establece la necesidad de obtener la autorización de sus representantes legales, por parte de los menores, si es para aquellas situaciones en las que pretendan realizar un acto con un tercero. Parece que la regulación alemana no reconoce la representación legal⁸³, pero al acudir al BGB encontramos una regulación expresa de la representación legal en el artículo 1629, el cual otorga la titularidad de la representación legal a los padres de los menores. De esta manera, el BGB establece que no cabe la representación legal por parte de los padres en los actos personales del menor, así como aquellos actos en los que se puede garantizar la defensa de los intereses del menor, sin que exista conflicto de intereses⁸⁴.

Por otro lado, es necesario destacar el contenido del artículo 110 BGB, el cual establece que no será necesario el consentimiento de los padres para los actos realizados por el menor si la ejecución del contrato es efectuada con caudal de los padres. En este caso podemos entender que la autorización sería tácita, y, por tanto, estos actos serían válidos. No obstante, se contempla que en aquellos casos en los que se haya efectuado parcialmente el contrato, dicho contrato no se va a entender cumplido y sería impugnabile.

Esta regulación se apoya en la preocupación de asegurar que el patrimonio del menor sufra los menores perjuicios posibles.

Junto a estas cuestiones cabe destacar el contenido establecido en el artículo 1629a BGB. En este artículo se establecen límites a la responsabilidad de los actos realizados por los representantes de los menores, en nombre de estos, y que puedan producir perjuicios en el futuro a los menores, para aquellos casos en los que exista autorización judicial.

⁸² RUÍZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., pp. 44 y 50.

⁸³ RUÍZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 54.

⁸⁴ Artículo 1629, apartado 2a BGB. En este artículo se establece que “no cabrá la representación en los supuestos del artículo 1598 a (2)”, que son aquellos en los que se reclama el consentimiento de un examen genético para aclarar la filiación natural del menor. Es aquí donde se puede dar un conflicto de intereses entre lo que realmente beneficia al menor y el interés del otro progenitor de determinar la filiación. Sobre esta cuestión se pronuncia en España la jurisprudencia en la STS 441/2016, de 30 de junio de 2016 (RJ 2016/2859).

Según BEHNKE⁸⁵, se fundamenta la nulidad parcial de los actos lesivos en la infracción del derecho general de la personalidad del artículo 2.1 de la Constitución alemana, entendiendo incompatible con el derecho de la personalidad que el menor pueda ser dejado en la mayoría de edad con unas elevadísimas deudas, fruto de la actividad representativa de sus padres. Para solventar los inconvenientes que surjan y con el fin de proteger el desarrollo personal y patrimonial del menor, este artículo reconoce un régimen de responsabilidad limitada del patrimonio del menor para estos actos y contratos realizados en la minoría con el objetivo de restringir esa responsabilidad de los bienes del menor, existentes en la minoría, hasta la mayoría de edad.

Podemos concluir que el legislador alemán regula esta cuestión de limitación de la responsabilidad como prevención frente a los perjuicios graves que puede tener el menor, aunque haya sido supervisado por la autoridad judicial. Aquí hay una idea sobreentendida de no desorbitar la defensa de los intereses del menor y compensar los perjuicios de la contratación con terceros con los representantes legales por medio de una vinculación patrimonial limitada solo para los bienes subsistentes a la mayoría de edad, evitando que las deudas queden a cargo del menor⁸⁶. Así, RUIZ-RICO RICO⁸⁷, plantea que tal vez hubiera sido mejor una solución más estricta, aunque afecte a los terceros contratantes; cuestión que me parece acertada, ya que no se está cumpliendo con el fin de protección de los intereses del menor porque un sujeto con recién cumplidos 18 años, por muy titular de plena capacidad de actuación que sea, es muy difícil que pueda hacer frente a deudas u obligaciones con esa temprana edad.

3.4 Derecho italiano

Por último, cabe observar de qué forma se regula la representación legal de los menores sujetos a patria potestad y su ejercicio en el ordenamiento jurídico italiano. La regulación de la "*potestà del genitor?*" se encuentra en los artículos 315 a 337 del Codice Civile. Dicha representación legal está contenida en el Codice civile italiano, en el artículo 320, indicando que "*se otorga conjuntamente a los padres la facultad de representar a sus hijos menores, en todos los actos civiles y administran sus bienes*". Como se puede deducir de esta regulación, se concibe la

⁸⁵ BEHNKE, Thorsten, "*Das neue Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz*", en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, Heft 42, p. 3078.

⁸⁶ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 49.

⁸⁷ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 49.

representación legal con un alcance general, ya que el artículo habla de "*todos los actos civiles*", así como el reconocimiento de la potestad tanto para el ámbito personal como patrimonial del menor, al reconocerse también el ejercicio de la administración de los bienes. No obstante, al no establecerse una limitación de esa capacidad de representación, RUIZ-RICO RUIZ⁸⁸ entiende, a mi modo de ver de manera razonable, que existirán actos de enajenación o actos análogos, similares a la regulación del Código civil español⁸⁹, en los que se precisa la autorización del juez, así como la concurrencia de "circunstancias de necesidad o utilidad evidente".

Por otro lado, al igual que el resto del Ordenamiento, el Codice civile italiano establece el carácter temporal de la representación en el artículo 316, al establecer que "*el hijo está sujeto a la patria potestad hasta la mayoría de edad o la emancipación.*"

En lo relativo a la concepción legal de la representación legal, la doctrina italiana⁹⁰ es similar a la española y coinciden en que es irrelevante la voluntad del representado, ya que la legitimación de la representación legal se encuentra en su reconocimiento por la ley⁹¹. Esa facultad de representación tiene alcance general, tanto para actos civiles como para actos y negocios no expresamente excluidos por la ley, aunque se debe ejercer siempre en interés del menor. En este sentido, CIAN-TRABUCCHI⁹² manifiestan que "*cuando la actuación paterna, en nombre del menor, lesione al tercero el menor responderá frente a este por el dolo o culpa del representante legal, salvo acción de resarcimiento del representante legal.*"

Por otro lado, no hay una norma que explícitamente se refiera al ejercicio de la capacidad jurídica de los menores en determinados tipos de actos usuales o de escaso contenido económico⁹³, sino que la regla primaria sobre la participación del menor y los asuntos que afecten a su persona⁹⁴ es el artículo 147 del Codice civile, el cual impone a los padres el deber

⁸⁸ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., pág. 55.

⁸⁹ Como regula el artículo 166 CC

⁹⁰ BUCCIANTE, A. "*La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*", en *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por P. RESCIGNO, tomo 4, Ed. UTET, Torino, 1982., pp. 555 a 557.

⁹¹ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., pág. 55.

⁹² CIAN, G. y TRABUCCHI, A, "*Comentario breve al codice civile*", Ed. CEDAM, Padova, 1988, p. 339.

⁹³ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., pág. 56.

⁹⁴ BUCCIANTE, A., ob. cit. pp. 474 y 475.

de "*mantener, instruir y educar a la prole teniendo en cuenta la capacidad, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos.*"

Por otro orden, cabe destacar el contenido del artículo 321 del Codice civil italiano. En este artículo se establece la participación del menor en sus propios asuntos a través de una solicitud al juez para que autorice al menor a la realización de actos de administración extraordinaria, con previo nombramiento de curador especial⁹⁵.

Finalmente, a modo de ver de RUIZ-RICO RUIZ⁹⁶, la doctrina italiana se manifiesta de manera análoga a España respecto al reconocimiento de una cierta capacidad de los menores de celebrar contratos por sí mismos, aunque en determinados supuestos requiera de autorización judicial o supervisión. Sobre esta cuestión hay que considerar que la autonomía de los menores se fundamenta en la necesidad de conceder a estos los medios suficientes para la defensa y el respeto de los derechos fundamentales, por lo que se termina restringiendo esta autonomía a los ámbitos personalísimos, pero no se aplica al aspecto patrimonial⁹⁷. No obstante, frente a esta posición existe una doctrina mayoritaria⁹⁸ por la que se entiende la existencia de la capacidad negocial a los menores en el ámbito patrimonial, reconociendo la validez de los contratos o actos que los menores celebran habitualmente en el margen de las actividades que tienen permitidas.

4. DERECHO FORAL ESPECIAL

Como se indicaba en el capítulo anterior, tras llevar a cabo el estudio de la regulación de la representación legal de menores en España y su comparación con otros Ordenamientos del entorno, es necesario llevar a cabo el estudio de las Regulaciones forales vigentes en el territorio español. Dicha Regulación foral encuentra su reconocimiento en el artículo 149.1.

⁹⁵ Artículo 321 Codice civile italiano: "*En todos los casos en que los padres conjuntamente, o el de ellos ejerciendo la potestad exclusivamente (1155), no puedan o no quieran realizar uno o más actos de interés para el hijo, que excedan de la administración ordinaria, el juez, a petición del mismo niño, del fiscal o de uno de los parientes que tengan interés en él, y previa consulta a los padres, puede nombrar un curador especial para el niño, autorizándolo para realizar tales actos.*"

⁹⁶ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., pág. 56.

⁹⁷ BESSONE, M., "*Casi e questioni di diritto privato*", sexta edición, Ed. Giuffrè, Milano, 1986, pp. 263 y 264.

⁹⁸ MASSIMO BIANCA, C., "*Diritto Civile. 1. La norma giuridica, i soggetti*", Ed. Giuffrè, Milano, 1982, p. 215.

8º de la Constitución española⁹⁹ y también se recoge en la Disposición Adicional Primera¹⁰⁰, la cual establece el deber de respeto y reconocimiento de los derechos y regulaciones de las que han gozado históricamente los territorios donde imperaba el Derecho foral especial.

La regulación de los Derechos forales especiales, en general, no se manifiesta expresamente para regular la representación legal de los menores, de manera que se darán unas pinceladas en torno a esta cuestión en aquellos Derechos forales especiales que no lo indican expresamente y se hará hincapié en la manera en la que se regula la representación legal de los menores en el Derecho foral catalán, regulación que es más extensa.

4.1 Derecho Foral Catalán

Teniendo como referencia el pasado histórico jurídico español, con la vigencia de la Constitución española se hace efectivo el reconocimiento del Derecho foral catalán. Dicha regulación se encuentra amparada en el Estatuto de autonomía, de fecha 2006, y en algunas regulaciones específicas.

La regulación específica en la que se encuentra la representación legal de los menos sujetos a patria potestad se encuentra en el Código de leyes civiles catalanas, la Ley 25/2010. En esta Ley se encuentra, en el Título segundo relativo a la protección de la persona, en el capítulo VI, sobre la potestad parental, en los artículos 236 y siguientes.

En los primeros artículos de este capítulo se enumeran una serie de características respecto de la potestad parental y el ejercicio de la misma: titularidad de los padres respecto de los hijos no emancipados¹⁰¹, función inexcusable¹⁰², ejercicio en interés del menor "*de acuerdo con su personalidad y para facilitar su pleno desarrollo*"¹⁰³, ejercicio conjunto por parte de los progenitores¹⁰⁴, etc.

⁹⁹ Artículo 149.1.8º CE ob. cit. en capítulo 3.

¹⁰⁰ Disposición adicional Primera: "*La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.*"

¹⁰¹ Artículo 236.1 de la Ley 25/2010.

¹⁰² Artículo 236.2 de la Ley 25/2010.

¹⁰³ Artículo 236.2 de la Ley 25/2010.

¹⁰⁴ Artículo 236.8 de la Ley 25/2010.

En los artículos 222.41 y 222.42 se establecen una serie de bienes sujetos a una administración especial (artículo 222-41) para aquellos bienes “*que el tutelado adquiere por donación o título sucesorio si el donante o el causante lo ha ordenado y ha nombrado a la persona que debe ejercerla*” y para los supuestos en los que se determina la administración por el propio menor (artículo 222-42) se establece que “*el menor que adquiere bienes con su actividad tiene, a partir de los dieciséis años, facultad para administrarlos, con la asistencia del tutor*” para los supuestos de actos que requieren autorización judicial (artículo 222-43). Aquí se puede observar el reconocimiento de una administración especial, que recuerda mucho al contenido del artículo 164 del Código civil, estableciendo una excepción a la administración común de los bienes de los menores y el reconocimiento de la capacidad de la administración del menor de sus propios bienes desde que cumple los 16 años.

Esta Ley 25/2010, en el artículo 236.18, regula expresamente la representación legal. En concreto, se establece que “*el ejercicio de la potestad sobre los hijos comporta la representación legal de estos*” y excluye su ejercicio para los actos:

- a) “*Relativos a los derechos de la personalidad, salvo que las leyes que los regulen establezcan otra cosa.*”
- b) “*Relativos a bienes o servicios propios de la edad de los hijos, de acuerdo con los usos sociales, y, en caso de potestad prorrogada o rehabilitada, los que pueda realizar el hijo de acuerdo con su capacidad natural.*”
- c) “*Actos en que exista un conflicto de intereses entre ambos progenitores o entre el progenitor que ejerce la potestad y sus hijos.*”
- d) “*Relativos a los bienes excluidos de la administración de los progenitores.*”

Por otro lado, el artículo 236.19 recoge la exigibilidad del consentimiento del menor que haya cumplido 12 años para cualquier acto que implique alguna prestación personal, o teniendo menos de 12 si tiene suficiente juicio.

En cuanto a la regulación relativa a los conflictos de intereses, se establece en el artículo 236.20 que, en los asuntos en los que exista conflicto de interés entre el menor y sus padres, deberá nombrarse defensor judicial conforme a lo establecido en el artículo 224.1. No obstante, si el conflicto de intereses sólo tiene lugar con uno de sus progenitores, podrá ser representado por su otro progenitor.

En la cuestión relativa a la administración de los bienes, esto se regula en el artículo 236.21. Dicho artículo indica que los progenitores que ejercen la potestad deben administrar los bienes "*con la diligencia exigible a un buen administrador, según la naturaleza y las características de los bienes.*" De igual forma, en el apartado segundo del mismo artículo se hace constar que los frutos y rendimientos de los bienes y derechos del hijo le pertenecen a él, así como las ganancias de su propia actividad y de los bienes y derechos que puedan derivarse.

En la misma línea continúa el artículo 236.23 al regular el ejercicio de la administración de los bienes de los hijos. En dicho artículo se establece que los progenitores están exentos de hacer inventario y "*son responsables de los daños y perjuicios producidos en los intereses administrados de los menores por dolo o culpa.*" Así mismo, los progenitores no tienen derecho a remuneración por la administración, pero "*sí a ser resarcidos con cargo al patrimonio administrado, si el resarcimiento no puede obtenerse de otra manera, por los gastos soportados y los daños y perjuicios que la administración les haya causado*", siempre que no sea imputable a dolo o culpa.

La disyuntiva que surge en este punto es determinar que implica el derecho de la personalidad, y, en el caso de la regulación catalana, cuáles son aquellos actos en los que puede actuar un niño por sí mismo. En principio cabe plantear que un menor puede llevar a cabo una compra-venta en un kiosco con el fin de obtener un chicle, pero es comprensible entender que un menor no puede llevar a cabo una compra-venta de un inmueble. No obstante, no se puede determinar la capacidad de actuación de un menor, como veremos a lo largo del trabajo al hablar del desarrollo personal, solo en función del importe de la acción que lleve a cabo, sino que se deben tener en cuenta varias circunstancias.

4.2 Demás Derechos Forales

En cuanto a esta cuestión, el resto de Derechos forales especiales (vasco¹⁰⁵, navarro¹⁰⁶, aragonés¹⁰⁷, gallego¹⁰⁸ y balear¹⁰⁹) no recogen expresamente la representación legal de los menores sujetos a patria potestad, aunque existen numerosas regulaciones específicas relativas a la familia y a la patria potestad, en las cuales se menciona la posibilidad de que, en

¹⁰⁵ Ley 3/2005, de 18 de febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia.

¹⁰⁶ Ley 21/2019 de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

¹⁰⁷ Decreto Legislativo 1/2011 de aprobación del Código de derecho Foral de Aragón.

¹⁰⁸ Ley 2/2006 del Código Civil gallego.

¹⁰⁹ Ley 9/2019 de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las islas Baleares.

aquellos casos en los que el menor no pueda actuar por sí mismo, actúen sus representantes legales en su nombre o le asistan en su caso.

De igual forma, muchas de las Normas forales especiales indican que la capacidad se deriva de la edad del menor, es decir, como por ejemplo recoge la Legislación foral navarra¹¹⁰ o aragonesa¹¹¹, al entender que se adquiere la capacidad cuando se cumple la mayoría de edad a los 18 años, o que se ejerce la representación legal de los menores de 14 años, respectivamente. En estos casos, al cumplir la edad establecida, se entiende que tiene plena capacidad para actuar por sí mismo y no cabría el ejercicio de la representación legal.

Por otro lado, las diversas Normas forales¹¹² establecen que, a la hora de llevar a cabo la representación legal de los menores, la finalidad que tiene es cumplir con unos de los deberes que justifican dicha representación: defender los derechos del menor.

En definitiva, se puede afirmar que la Regulación foral especial no dista de la regulación establecida en el Código civil, en los artículos 162 y siguientes, relativa a la representación legal de los menores.

5. EXCEPCIONES A LA REPRESENTACIÓN LEGAL

Hasta ahora se ha llevado a cabo el estudio del reconocimiento de la representación legal y lo que esto conlleva. Ahora bien, como se explicaba al principio, la regulación de la representación legal de los menores sujetos a patria potestad recoge también una serie de supuestos en los que se exceptúa su ejercicio por considerar que éste implica una intromisión que supone el incumplimiento de la obligación básica de la representación: actuar en respecto del principio de interés superior del menor.

Así pues, el apartado segundo del artículo 162 CC¹¹³ recoge una serie de supuestos donde no cabe la representación legal de los menores. Estos supuestos son: “*actos relativos a los derechos*

¹¹⁰ Ley (artículo) 47 de la Ley 21/2019.

¹¹¹ Artículo 12 del Decreto Legislativo 1/2011.

¹¹² Aparece en el artículo 17 de la Ley 3/2005, el artículo 44 de la Ley 3/2011 y el artículo 14 de la Ley 9/2019.

¹¹³ Artículo 162.2 CC: “*Se exceptúan:*

de la personalidad del menor”; supuestos que conlleven “*conflictos de intereses entre los padres y el hijo*”; y aquellos *actos relativos a bienes* que se encuentren expresamente “*excluidos de la administración de los padres*.” Además, es necesario tener en cuenta lo que se establece en el párrafo tercero del artículo 162, donde se está reconociendo una cierta capacidad de decisión de los menores, si esa actuación conlleva “*contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales*”. Así, se requiere el previo consentimiento del menor si tuviera suficiente discernimiento para ello.

Al respecto de estas cuestiones, surgen diversas dificultades. En lo que se refiere a lo establecido en el artículo 162.2.1° cabe plantear el alcance de los derechos de la personalidad; así como aclarar cuál es la capacidad jurídica de la que goza el menor y, por consiguiente, que puede hacer y que no.

Así, en este precepto se exceptúa la representación legal de los hijos menores, para aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, conforme su madurez, puede ejercitar por sí mismo. Ahora bien, el artículo 162, conforme a la nueva redacción tras la reforma de 2015, modifica esta cuestión y sostiene la posibilidad de intervención de los responsables parentales para sus deberes de cuidado y asistencia¹¹⁴, pero todo ello, teniendo en cuenta que, la responsabilidad parental se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental, según el art. 154 CC¹¹⁵.

Además, teniendo como referencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2013¹¹⁶, se puede observar que ese ejercicio del derecho de la personalidad se puede manifestar de diversas formas, demostrando así la complejidad que entraña, pudiendo manifestar este derecho de la personalidad, por ejemplo, a través de la toma de decisión sobre su futuro profesional¹¹⁷.

1.° *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.*

2.° *Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.*

3.° *Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.*”

¹¹⁴ CREMADES GARCÍA, P., “*Futuro profesional de los menores y ejercicio de la patria potestad*.” Revista Boliviana de Derecho, p. 270.

¹¹⁵ Artículo 154 CC: “*La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.*”

¹¹⁶ STS 26/2013, de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013\928).

¹¹⁷ CREMADES GARCÍA, P., ob. cit. p. 269.

Por otro lado, en el apartado 162.2.2º se recoge la excepción de la representación legal para aquellos actos en los que tenga lugar un conflicto de intereses. La primera dificultad que surge es determinar lo que extraña el conflicto de intereses, cuestión difícil, pero necesaria para determinar el alcance de esta excepción. Además, cabe también hacer hincapié en lo relativo al defensor judicial, contemplado en el artículo 163 CC¹¹⁸, nombramiento que tiene como fin la defensa del menor y garantizar las actuaciones que respeten sus intereses. No obstante, se contempla en el 163.2 CC¹¹⁹ que, si el conflicto de interés se da sólo entre uno de los progenitores, la representación legal del menor la puede llevar a cabo el otro progenitor, sin necesidad de nombrar un defensor judicial.

Finalmente, en el apartado tercero del artículo 162 CC se exceptúa la representación legal en torno al ejercicio de la administración paterna de los bienes del menor para una serie de supuestos contemplados en el artículo 164 CC. En este artículo 164 CC¹²⁰ se establece, por un lado, que los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que con los suyos, pero, por otro, en su apartado segundo¹²¹ se establecen una serie de excepciones a la administración de los bienes del menor por parte de sus padres: los bienes adquiridos por donaciones cuando el donante lo establezca expresamente; los bienes adquiridos por sucesión en la que ambos padres, o uno de ellos, sean desheredados y que se establezca un administrador para esos bienes; y para bienes adquiridos por el trabajo o industria del hijo mayor de 16 años.

Así, igual que indicaba CREMADES GARCÍA que la excepción del ejercicio de la personalidad se garantiza por la libre elección profesional, esta elección también se manifiesta en el apartado tercero, cuando se habla de los casos de los menores y los adolescentes que

¹¹⁸ Artículo 163.1 CC: "*Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar.*"

¹¹⁹ Artículo 163.2 CC: "*Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.*"

¹²⁰ Artículo 164.1 CC: "*Los padres administrarán los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones generales de todo administrador y las especiales establecidas en la Ley Hipotecaria.*"

¹²¹ Artículo 164.2 CC: "*Se exceptúan de la administración paterna:*

1. *Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos.*
2. *Los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado.*
3. *Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.*"

trabajan o actúan en el ámbito de internet y la red (influencers y youtubers) y se discute sobre el papel de los padres en estos casos, al confluír derechos de la personalidad y derechos patrimoniales, cuando el menor tiene una madurez suficiente, y la inseguridad jurídica que se crea en la contraparte de la relación contractual¹²². No obstante, es claro que, frente a estos supuestos, es necesaria alguna actuación de los padres, para proteger al menor o gestionar ganancias (que en muchas ocasiones son de gran envergadura).

Finalmente, resulta necesario hacer hincapié en el último apartado del artículo 162. En este apartado se establece que en los supuestos en los que tenga lugar un contrato a través del cual el menor tenga que "*realizar prestaciones personales*", el menor debe manifestar su voluntad, debido al carácter personalísimo que tiene los derechos de la personalidad¹²³.

En otra línea de ideas, es necesario aclarar los efectos que ha producido la modificación del artículo 162 a través de la Ley 26/2015. Como se comentaba al principio de este capítulo, el contenido del artículo 162 ha sido polémico y objeto de largas discusiones doctrinales, sobre todo en lo referido a la antigua redacción del mismo. Tal y como muestra BARTOLOMÉ TUTOR¹²⁴, la redacción anterior a la modificación de 2015 referente a la excepción de la representación legal para los actos relativos al ejercicio del derecho de la personalidad, constituía serias dudas principalmente en torno al alcance de términos como "otros" y la conjunción "u" que aparecían en la redacción de este precepto¹²⁵. Este ha sido el apartado que ha sufrido verdaderamente una transformación a través de la reforma por la Ley 26/2015¹²⁶, ya que el resto de apartados del artículo 162 no han apreciado realmente cambio alguno.

A mi modo de ver, esta modificación ha permitido una unificación en torno a la interpretación del contenido de este artículo por lo que ha resultado muy satisfactoria y ha resuelto las discusiones que se encontraban en torno a dicha redacción. En definitiva, gracias

¹²² CREMADES GARCÍA, P., ob. cit. p. 272.

¹²³ V. gr. para aquellos contratos en los que el objeto del mismo sea el derecho de la propia imagen. En este contrato el menor debe manifestar el consentimiento para la intromisión en el derecho a la propia imagen de la que es titular el menor conforme al artículo 18CE, pero las cuestiones negociales las realizarán los padres.

¹²⁴ BARTOLOMÉ TUTOR, A., "*El reconocimiento de los menores de edad de capacidad de obrar progresiva en los actos relativos a los derechos de la personalidad*" Madrid, 2014, p. 41 y ss.

¹²⁵ Antigua redacción del artículo 162.2.1º CC: "*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*".

¹²⁶ Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

a dicha reforma se tiene una imagen clara del alcance de las excepciones a la representación legal de los menores.

6. EJERCICIO DE LA PERSONALIDAD

Como se ha indicado previamente, el artículo 162 CC, establece una serie de excepciones a la representación legal de los menores. En el caso que nos ocupa, debemos acudir al punto primero del 162.2 CC. En este punto se exceptúa la representación legal para los “*actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo*”.

Ahora bien, el derecho de la personalidad es una cuestión compleja de lindar, ya que se necesita establecer cuál es el alcance de su reconocimiento y, en consecuencia, qué capacidad natural o de actuación otorga el legislador al menor a través de ella.

6.1 Los derechos de la personalidad

Para comenzar este estudio es necesario establecer una delimitación en torno al alcance de los derechos de la personalidad y lo que estos implican, cuestión que se encuentra en el artículo 162.2.1º CC. Este apartado constituye un especial interés, no sólo por la importancia cualitativa de los derechos implicados, sino también en torno a la expectativa que crea sobre la capacidad de actuar del menor¹²⁷.

Ante todo, es necesario indicar que su reconocimiento a lo largo de la historia ha sido complejo. En este sentido, su origen surge a finales del siglo XIX con el objetivo de proteger los valores más esenciales de la persona, no solo frente a los poderes públicos sino también en las relaciones privadas. Para lograrlo, se acudió a las técnicas utilizadas para proteger los intereses patrimoniales y, particularmente, el derecho subjetivo, aunque no resultaba fácilmente amoldable a aquellos valores; por lo que derivó en la desconfianza de buena parte de la doctrina¹²⁸. De este modo, su afianzamiento no tiene lugar a pesar de conocerse, por haberse evitado en la mayoría de los códigos civiles, hasta el siglo XX como consecuencia

¹²⁷ GARCÍA GARNICA, M.ª del C., ob. cit. p. 65.

¹²⁸ Defienden esta posición DE CASTRO y BRAVO, F., “*Los llamados derechos de la personalidad*”, de *Estudios jurídicos del profesor Federico de castro*, Madrid, 1997, p. 891 y 892; LACRUZ BERDEJO, ob. cit. p. 59 y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit. p. 320.

del convencimiento de la necesidad de proteger a la persona tras los grandes conflictos bélicos del siglo XX y la consagración del “estado social”¹²⁹.

La doctrina discute si su origen se debió a la aparición de nuevas formas de atentar y lesionar los valores y bienes propios de la persona¹³⁰; o si obedece a un período más evolucionado del derecho, en el que se aprecia que su verdadera finalidad no es tanto proteger lo que la persona tiene, sino lo que la persona es¹³¹.

Por otro lado, y como se planteaba anteriormente, la naturaleza de los derechos de la personalidad parte de una protección jurídico-privada de los atributos esenciales a la personalidad, al tratarse de características que representan la persona humana desde que nace hasta que muere¹³², conforme a los artículos 29¹³³, 30¹³⁴ y 32¹³⁵ CC; por lo que es inherente a la condición de persona¹³⁶ y conlleva unos valores esenciales que integran la dignidad propia y que el Ordenamiento jurídico debe proteger¹³⁷.

Respecto al reconocimiento de los derechos de la personalidad hay dos tesis contrapuestas¹³⁸:

A) Tesis negativa de los derechos de la personalidad en la que se argumentan opiniones contrarias al uso de la técnica del derecho subjetivo para proteger los bienes de la personalidad¹³⁹. Los autores que defienden esta tesis entienden que supone la utilización de un instrumento típico de derecho patrimonial para proteger los bienes esenciales de la persona. Los argumentos llevados a cabo en favor de esta tesis son:

¹²⁹ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit., p. 67.

¹³⁰ Defienden esta tesis GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit., p. 68 y BUSTOS PUECHE, J. E., “*Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*”, Ed. Dykinson, p. 20.

¹³¹ BUSTOS PUECHE, J. E., ob. cit. págs. 17 y 18 y DE CASTRO y BRAVO, ob. cit. p. 874.

¹³² GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit., p. 68.

¹³³ Artículo 29 CC: “*El nacimiento determina la personalidad.*”

¹³⁴ Artículo 30 CC: “*La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida.*”

¹³⁵ Artículo 32 CC: “*La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas.*”

¹³⁶ O' CALLAGHAN MUÑOZ, X., “*Compendio de derecho civil*”, Tomo I, Parte general, Ed. EDERSA, 1997, p. 232.

¹³⁷ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit., p. 68.

¹³⁸ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit. pp. 69 y 70.

¹³⁹ Un defensor de esta posición es DE CASTRO y BRAVO, F, ob. cit. p. 892 y ss.

- Afirmar la improcedencia de la técnica del derecho subjetivo por presuponer una nítida distinción entre sujeto y objeto, lo cual sería inviable¹⁴⁰ y habría una confusión entre ambos.
- El contenido de esos derechos sería negativo, lo cual resulta improcedente para afirmar su existencia. Se destaca que esta objeción no atribuiría potestad a la persona sobre sus propios valores, sino un mero derecho a ser reparada de cualquier lesión que sufre sobre los mismos.
- Consideran que la improcedencia es confirmada por la imposibilidad de hacer una tipificación satisfactoria de los derechos de la personalidad¹⁴¹.

B) Tesis de los derechos de la personalidad en la que los argumentos fundamentales de sus defensores de acudir a la técnica del derecho subjetivo para proteger los valores más esenciales de la persona son¹⁴²:

- La tesis es compatible con la calificación de los valores esenciales e inherentes a la persona como bienes jurídicos que el ordenamiento jurídico debe proteger. En definitiva, los bienes de la personalidad tienen un *príus* en su reconocimiento en el ordenamiento jurídico, como una forma posible de ampararlos¹⁴³.
- Utilizar la figura del derecho subjetivo para regular la protección de los bienes de la personalidad no supone la confusión entre sujeto y objeto del derecho, ya que no se trata de un derecho sobre la persona en sí misma sino sobre aspectos y facultades jurídicamente individualizables. Así, es común en la doctrina¹⁴⁴ afirmar como rasgos

¹⁴⁰ GARCÍA GARNICA, ob. cit. p. 69.

¹⁴¹ DE CASTRO y BIANCO, ob. cit. pp. 889 a 891.

¹⁴² GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit. pp. 70 y 71.

¹⁴³ BUSTOS PUECHE, ob. cit. pp. 25 y 26; PUIG BRUTAU, J., “*Fundamentos de derecho civil*”, tomo I, volumen I, 1^a parte, Barcelona, 1979, p. 66.

¹⁴⁴ DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, ob. cit. pp. 321 y 322; LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. cit. pp. 61 y 62; PUIG BRUTAU, J., ob. cit. pp. 70 a 72.

propios de estos derechos el de ser innatos a la persona¹⁴⁵, absolutos¹⁴⁶, irrenunciables¹⁴⁷, indisponibles¹⁴⁸, inembargables¹⁴⁹ e imprescriptibles¹⁵⁰.

- Podemos afirmar la asistencia de verdaderos derechos subjetivos de la personalidad porque su contenido no es negativo¹⁵¹. El Ordenamiento jurídico no reconoce a su titular un mero poder de exclusión, sino que atribuye su contenido positivo a su titular, es decir, se trata de una facultad a través de la cual se regula la potestad de goce de sus intereses y valores más preciados¹⁵².
- En torno a la tipificación de los derechos que merecen esta calificación, es verdad que es un punto en el que los defensores de esta tesis no han sido unánimes, pero tampoco la utilización de la calificación de los valores esenciales de la persona como bienes jurídicos solventa dicha cuestión. Así, cualquiera que sea la calificación de la técnica jurídica a la que se de uso para proteger a las personas frente a las distintas órdenes políticas, sociales y económicas o frente a las técnicas de cada momento, han hecho y harán que la persona sienta amenazados unos u otros valores inherentes a su dignidad¹⁵³.

¹⁴⁵ BUSTOS PUECHE, J. E., ob. cit. p. 47, puntualiza que es atribuible al bien jurídico de la persona protegido y no al derecho subjetivo reconocido.

¹⁴⁶ Es oponible *erga omnes*, no en el sentido de que su contenido sea ilimitado, sino que permitirá en la medida necesaria para respetar los derechos de la personalidad de todos los demás, el orden público, la moral o la ley, cómo recalca LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. cit. p. 62.

¹⁴⁷ PUIG BRUTAU, J., ob. cit. p. 71, indica que su renuncia sería contraria al orden público y el artículo 6.2 del código civil sanciona su ineficacia.

¹⁴⁸ Sin perjuicio de que el ordenamiento jurídico reconozca al titular de estos derechos ciertos poderes de disposición y renuncia de los mismos, que flexibilizan algunos elementos característicos y que dependen de las reglas impuestas en cada momento por la moral, el orden público y las buenas costumbres, como defienden Díez-Picazo y Gullón, ob. cit. p. 322.

¹⁴⁹ PUIG BRUTAU, ob. cit. p. 70 afirma que su inherencia a la persona y su carácter extrapatrimonial imponen esta afirmación.

¹⁵⁰ Estos derechos no se extinguen por su no uso, sino solo por la muerte de su titular, pero no es justificación para que las acciones ejercitables frente a una lesión de aquellos si estén sujetas a prescripción o caducidad. (LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, art. 9.5).

¹⁵¹ Díez-Picazo y Gullón, ob. cit. p. 320; LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. cit. p. 59.

¹⁵² Podemos contemplar la posibilidad de que una persona física adopte medidas cautelares dirigidas a evitar un perjuicio inminente; facultad de cambiar su nombre; legitimación frente a una intromisión en el honor o en la intimidad; consentimiento para una operación quirúrgica, etc. Son facultades que evidencian que el contenido de los derechos de la personalidad no se limita a exigir la reparación económica del daño sufrido en algunos de ellos; sino que lo evitan directamente.

Es más, no solo el derecho positivo reconoce este contenido positivo a través del reconocimiento de facultades, sino que también la jurisprudencia ha subrayado el contenido positivo de los derechos de la personalidad (STC 120/1990 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990) - ECLI:ES:TC:1990:120; STC 254/1993 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1993) - ECLI:ES:TC:1993:254, STC 46/2001 (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001) - ECLI:ES:TC:2001:46, STC 154/2002 (BOE núm. 188, de 07 de agosto de 2002) - ECLI:ES:TC:2002:154.

¹⁵³ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “*Derecho de la persona*”, Ed. Montecorvo, Madrid, 1976, p. 200 afirma que el contenido de estos derechos depende de los intereses de clase que se defienden en cada momento.

Posteriormente, y a raíz de las dificultades de tipificación de los derechos de la personalidad, tiene lugar una subdivisión dentro de los partidarios de la tesis de los derechos de la personalidad. Esta subdivisión tiene dos posiciones: por un lado, los partidarios de un único y genérico derecho de la personalidad¹⁵⁴; y, por otro, la mayoría de la doctrina¹⁵⁵ es partidaria de una pluralidad de derechos de la personalidad.

A juicio de GARCÍA GARNICA, a mi modo de ver bastante acertada, la tesis monista no resulta útil ni satisfactoria, ya que conlleva la abstracción de este derecho. Por el contrario, resulta muy satisfactorio mantener la tesis pluralista ya que no supone riesgo de desprotección de la persona por no existir un derecho subjetivo genérico, pero si un principio general del derecho a la protección de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad¹⁵⁶. A pesar de esto, podrán surgir nuevos derechos de la personalidad para proteger aquellos aspectos de la personalidad cuya trascendencia en la vida social y riesgo de lesión les haga merecedores de esta específica protección jurídica¹⁵⁷.

Por último, es necesario determinar la relación de la personalidad del menor con los derechos fundamentales¹⁵⁸. Por un lado, algunos autores se muestran partidarios de separar ambas categorías por entender que su ámbito de aplicación y eficacia es diversa¹⁵⁹, mientras que otros¹⁶⁰ consideran que todos los derechos de la personalidad han sido regulados como fundamentales, pero sin defender su equiparación total por considerar que no todos los

A su juicio "*el problema civil de los bienes de la personalidad no es otro que el problema político de los derechos humanos; y de sobra es conocido el carácter quimérico de estos bajo la denominación de la burguesía*", sólo "*la consecución de una sociedad sin clases antagónicas podrá dotar la defensa de los bienes de la personalidad o de los derechos humanos de un contenido verdaderamente humanista e irreversible (no quimérico).*"

¹⁵⁴ Un defensor de la posición monista es LÓPEZ JACOISTE, J. J., "*Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*", de *Anuario de Derecho civil*, Vol. 39, N° 4, 1986, p. 1059.

¹⁵⁵ Defienden esta posición DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, ob. cit. pp. 320 y ss.; BUSTOS PUECHE, J. E., ob. cit. p. 43; LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. cit. p. 58; O' CALLAGHAN, X., ob. cit. p. 243.

¹⁵⁶ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit. p. 73.

¹⁵⁷ Como se reconoce en la STC 254/1993 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1993) - ECLI:ES:TC:1993:254.

¹⁵⁸ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit. p. 74.

¹⁵⁹ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit. p. 74.

¹⁶⁰ La mayoría de la doctrina defiende esta postura. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit. p. 323, mantiene que los derechos fundamentales no solo despliegan su eficacia frente al poder público, sino frente a todos.

Aquí puede surgir la duda de la manera en la que se defiende la tutela constitucional en caso de lesión de un derecho fundamental por un particular, pero esta duda se resuelve a través de la vía del recurso de amparo constitucional en defensa de los derechos fundamentales, que se observa en la jurisprudencia: SSTC 120/1990 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990) - ECLI:ES:TC:1990:120 ; 254/1993 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1993) - ECLI:ES:TC:1993:254; 46/2001 (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001) - ECLI:ES:TC:2001:46, 154/2002 (BOE núm. 188, de 07 de agosto de 2002) - ECLI:ES:TC:2002:154.

fundamentales son derechos de la propiedad¹⁶¹ o que no todos los derechos de la personalidad han sido elevados al texto constitucional¹⁶².

En favor de la doctrina mayoritaria, GARCÍA GARNICA considera que no se puede caer en elucubraciones vacías y negar que los derechos de la personalidad han sido elevados al rango de fundamentales, con el refuerzo que conlleva de su protección jurídica¹⁶³. Así, es innegable que derechos fundamentales como el derecho a la vida, integridad física, intimidad, honor y la propia imagen son derechos también de la personalidad, sin que su directa oponibilidad a los poderes públicos implique desconocer su eficacia en las relaciones jurídico-privadas e, incluso, cabe defender que aquellos derechos de la personalidad no contemplados expresamente en el texto constitucional adquieren el rango de fundamentales a través de su genérico encaje en el artículo 10 CE¹⁶⁴, por lo que se puede afirmar que los derechos de la personalidad son derechos fundamentales.

Por último y para recapitular, se pueden definir los derechos de la personalidad como aquellos derechos subjetivos, en virtud de los cuales se reconoce al titular el disfrute de ciertas facultades y protección de intereses esenciales e inherentes a la persona¹⁶⁵, conforme al artículo 10 CE.

La clasificación de estos derechos de la personalidad es una cuestión compleja debido a la imposibilidad de llevar a cabo una enumeración cerrada de los mismos por su variabilidad

¹⁶¹ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit. p. 74.

¹⁶² BUSTOS PUECHE, J. E., ob. cit. pp. 44 y siguientes defiende que las libertades públicas establecidas en los artículos 15 al 29 CE no son derechos de la personalidad; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit. p. 323 admiten la existencia implícita de derechos de la personalidad no fundamentales, al afirmar que “*sólo se podrá hablar de derecho de la personalidad cuando no lo ha sido como derecho fundamental por el legislador constitucional*”. Además, sostienen la coincidencia de ambas categorías, salvo el ámbito algo más numeroso de los derechos fundamentales y las libertades públicas; LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. cit. pp. 57 y 58.

¹⁶³ GARCÍA GARNICA, M.^a del C., ob. cit. p. 75 indica que la ubicación en la que se encuentran los derechos en la constitución les hace merecer la máxima protección jurídica.

¹⁶⁴ GARCÍA GARNICA, M.^a del C., indica que esta posición se ha defendido en relación con el derecho al nombre o a la identidad que ostenta toda persona, no solo porque supone una indiscutible garantía de la dignidad de toda persona humana sino también como amparo en el apartado segundo de este artículo, donde se reconoce la obligación de respeto de la normativa internacional ratificada por España (artículo 24.2 del pacto Internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York; artículo 8 del convenio sobre los derechos del niño de 1989).

En la misma línea el TS ha visto en el derecho al cambio de sexo una manifestación concreta de la tutela del libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad de la persona, amparado en el artículo 10.1 de la Constitución. (SSTS 811/2002, de 6 de septiembre de 2002 (RJ 2002/7180); Sentencia de 19 de abril de 1991 (RJ 1991/2725), Sentencia de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989/1993).

¹⁶⁵ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit. p. 76.

conforme al reconocimiento social, así como las discrepancias doctrinales existentes. No obstante, se agrupan tradicionalmente en dos categorías según la esfera a la que se refieran: bienes y derechos de la personalidad pertenecientes a la esfera física o corporal¹⁶⁶ y los relativos a la esfera moral o espiritual¹⁶⁷ de la misma¹⁶⁸.

6.2 El ejercicio de la capacidad jurídica del menor

Tras establecer una concepción del ejercicio del derecho de la personalidad y entendiendo al menor como un sujeto titular de derechos y obligaciones, es momento de determinar hasta qué punto puede ejercer el menor dicho derecho, es decir, el ejercicio dependerá de la capacidad que tenga reconocida.

Ante todo, debemos recordar lo expuesto anteriormente en relación con el principio de autonomía de la voluntad del artículo 10.1 CE, principio que, en lo que se refiere al ejercicio de la personalidad, es necesario averiguar si el legislador realmente quiso conceder un ámbito de autonomía al menor con madurez bastante, sin necesidad de la existencia de representación, o si existen ciertos actos que sí quedan sujetos a la representación.

Atendiendo al carácter personalísimo que los derechos de la personalidad, es razonable que el ejercicio de los mismos sea llevado a cabo por su titular; así como la exclusión reconocida en el artículo 162.2.1º de sustituir el ejercicio del titular del derecho por el de otro, a través de la representación legal. Esta cuestión puede resultar sencilla, pero en la práctica no lo es, en función de dos hipótesis¹⁶⁹:

A) Aquellos actos en los que el menor tiene suficiente capacidad intelectual y volitiva para llevar a cabo por sí mismo el ejercicio de sus derechos de la personalidad, a pesar de carecer de capacidad para el ejercicio del derecho de la personalidad y demás derechos de los que sea titular. Es entonces cuando debemos plantear si realmente, tal y como planteaba DÍEZ GARCÍA¹⁷⁰, el legislador ha querido conceder un ámbito de autonomía

¹⁶⁶ Aquí se encuentra el derecho a la vida, a la integridad física y la libertad en su vertiente física.

¹⁶⁷ Aquí encontraríamos el derecho al nombre o a la identidad personal, derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, derecho a la protección de datos personales. En definitiva, se trata de la mayor parte de las libertades (libertad ideológica y religiosa) y en su caso el controvertido derecho moral de autor.

¹⁶⁸ Es reconocida por DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit. pp. 326 y ss. y LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. cit. p. 51.

¹⁶⁹ GARCÍA GARNICA, M.ª DEL C., ob. cit. p. 77.

¹⁷⁰ DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit. p. 478.

al menor que goza de madurez bastante, sin necesidad de la existencia de representación o si existen actos en esa esfera personal del menor en la que cabe asistencia o ejercicio de la representación.

- B) Aquellos actos en los que el menor carece de capacidad natural¹⁷¹, transitoria o permanentemente, y que, a pesar de tratarse de derechos de carácter personal, es necesario que exista representación. En este aspecto la ley establece límites en función de la madurez y, lógicamente, el no haber alcanzado ese nivel de madurez imposibilita su ejercicio, no solo a los padres, sino también se priva al propio menor¹⁷², quién en tales circunstancias sería titular de un derecho momentáneamente inutilizable de hecho¹⁷³.

Partiendo del supuesto primero, aquellos casos en los que el menor goce de capacidad natural, se entiende que el menor podrá llevar a cabo el ejercicio del derecho de la personalidad si cumple con las condiciones de madurez exigidas. El problema es que la apreciación de la capacidad natural es una cuestión de hecho y es relativa en un doble sentido¹⁷⁴, puesto que depende tanto de las aptitudes particulares intelectuales y volitivas del menor como del acto que este pretenda llevar a cabo. Sobre esta cuestión se ha discutido si no es contrario a la seguridad jurídica el admitir la actuación de un sujeto que carece de capacidad de obrar plena en el ámbito patrimonial¹⁷⁵. No obstante, las razones que lo justifican, tienen más peso¹⁷⁶.

Ahora bien, los actos llevados a cabo por un menor con capacidad natural, por el hecho de constituir el ejercicio de este derecho no implica que el mismo sea ilimitado. Al respecto cabe indicar que en aquellos actos en los que el menor pretenda ejercitar su derecho de la

¹⁷¹ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit. p. 77.

¹⁷² JORDANO FRAGA, F., ob. cit. pp. 883 y 884, considera que, en estos casos de falta de madurez del menor, los padres deben recuperar el poder de actuación en las facultades personalísimas del artículo 162.2.1º.

¹⁷³ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob., cit., p. 93, indica que “*excepcionalmente, y sólo en la medida en que un tercero pueda afectar o lesionar ese derecho, estarán legitimados los representantes legales para reclamar judicialmente su protección.*”

¹⁷⁴ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit. p. 78.

¹⁷⁵ RAMOS CHAPARRO, E. J., “*Niños y jóvenes en el derecho constitucional*”, *Derecho privado y constitución*, N.º 7, 1995, p. 211.

¹⁷⁶ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., lo justifica en: 1) el reconocimiento de los derechos de la personalidad como derechos fundamentales de los cuales puede disfrutar el titular y cuya protección le resulta inherente a su persona; 2) negarlos sería contrario a los valores constitucionales o restringir su ejercicio a personas que se encuentran en condiciones para comprender y aceptar las consecuencias va más allá de lo estrictamente necesario conforme el orden público y la tutela de otros bienes o valores constitucionales protegidos; 3) habilitar a la persona con capacidad natural suficiente para ejercitar sus propios derechos de la personalidad resulta coherente con la improcedencia de la sustitución previa en el ejercicio de los mismos.

personalidad, si esos actos son contrarios a sus intereses, existe la posibilidad de que tanto los representantes legales como cualquier otra persona soliciten el auxilio de la autoridad judicial para evitar un perjuicio o apartarle de un peligro, como se recoge en el artículo 158 CC¹⁷⁷.

La siguiente cuestión que es necesaria esclarecer es determinar lo que implica “actos relativos al ejercicio de los derechos de la personalidad.” Aquí la doctrina tampoco es unánime y debate entre una interpretación restrictiva, por lo que habilitaría el menor para llevar a cabo actos en el ejercicio *stricto sensu* de estos derechos, salvo previsión en contrario¹⁷⁸; o una interpretación amplia entendiendo que se habilita al menor para llevar a cabo tanto actos del ejercicio de la personalidad como negocios jurídicos en los que se materializan dichos derechos¹⁷⁹. En definitiva, en función del autor al que acudamos, mostrará una posición u otra respecto del alcance de los actos relativos al ejercicio de los derechos de la personalidad del menor.

Antes de determinar cuáles son los actos que puede llevar a cabo el menor por sí mismo de acuerdo con la capacidad natural, es fundamental aclarar que, como es razonable, en función de la capacidad natural del menor, el sometimiento a la representación legal será graduada. No obstante, para garantizar un ejercicio de la capacidad natural del menor, es necesario otorgarle la información previa necesaria para que su decisión sea correcta y quede cerrada la posibilidad de impugnación¹⁸⁰; la cual podrá proceder de terceros, instituciones públicas, parientes e, incluso, sus propios padres, pero es una obligada consulta a los menores. De esta

¹⁷⁷ El artículo 158 CC recoge la posibilidad de que el juez, de oficio o a instancia del menor, un pariente o el Ministerio Fiscal, tome las medidas que considere oportunas para la protección de los intereses del menor.

¹⁷⁸ Como muestra GARCÍA GARNICA, ob. cit. p. 82, son actos de ejercicio de los derechos de personalidad, en sentido estricto, consentir la intromisión de un tercero en el contenido de uno de estos derechos, revocar este consentimiento o sencillamente ejercitar facultades que integran su contenido esencial.

Conforme a esta tesis, el menor podrá, por ejemplo, consentir la explotación publicitaria de su imagen, pero no perfeccionar por sí solo el contrato a través del cual se articula dicha explotación; o decidir someterse a una intervención quirúrgica, pero no perfeccionan el correspondiente contrato de prestación de servicios con el médico que realizará la operación.

¹⁷⁹ Aclara GARCÍA GARNICA, ob. cit. última, básicamente se refiere a los contratos a través de los cuales se articula la intromisión de un tercero en el contenido de estos derechos, en el ejercicio del contenido positivo de los mismos; así como el ejercicio de las acciones dirigidas a obtener la reparación de la lesión producida por una intromisión ilegítima en el contenido de estos derechos.

¹⁸⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, ob. cit. p. 125, indica que a veces es muy difícil interpretar correctamente el verdadero deseo de elección del menor, que para ser calificada como tal debería ir *precedida de una correcta información* de los hechos en que deba fundarse y opciones posibles. Además, plantea la opción de complementar la representación legal con asistencia a los menores.

manera, parece más razonable otro mecanismo más suave y flexible que permita al menor tomar las decisiones en condiciones de tranquilidad y falta de presión¹⁸¹.

Ahora bien, centrándonos en los actos que puede llevar a cabo el menor y que el Código civil le reconoce como titular de derechos, es necesario repetir que la posibilidad de actuar estará determinada por la madurez o experiencia social, con la limitación concurrente¹⁸². Así, si acudimos a los actos contemplados en el Código civil, se encuentran diversos actos que el menor puede llevar a cabo, aun con su corta edad. La primera referencia al límite de edad que encuentra la Regulación española, establece un estándar de edad¹⁸³ de 12 años cumplidos, pero que después variará en función de los supuestos estrictamente regulados¹⁸⁴. Este reconocimiento como obligación imperativa supone conceder al menor un derecho de decisión para los supuestos indicados y, observando que la regulación española parte de esta edad, podemos entender que se considera que a partir de 12 años se tiene una madurez considerable.

En relación con esta cuestión de obligación de prestar el consentimiento por parte del menor, se puede derivar a otros derechos también reconocidos en relación con este ámbito. Por un lado, se establece el derecho del menor a ser oído y escuchado, el cual exige a los progenitores recabar y tener en cuenta su opinión en el ejercicio de la representación, pero cuando el hijo tiene madurez suficiente esa opción pasa a ser obligación¹⁸⁵. De igual manera, se reconoce el derecho a la vida y a la integridad del menor cuyo reconocimiento se enlaza con el de la autonomía del paciente, derecho y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁸⁶.

¹⁸¹ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob. cit., p. 98. También se posiciona JORDANO FRAGA, F., ob. cit. p. 118 en favor de entender la representación legal de los menores como una función de asistencia.

¹⁸² La actuación del menor en ejercicio de su personalidad, no es ilimitada; sino que, en aquellos actos en los que se considere necesaria una actuación auxiliar o manifestación por parte de los representantes legales, la validez del acto quedará pendiente de ello.

¹⁸³ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob., cit., p. 101.

¹⁸⁴ V. gr. el artículo 177 exige como condición previa en el ámbito de las adopciones, el consentimiento por el mismo menor, si este tiene 12 años. De igual forma, conforme al artículo 173 CC, para los casos de acogida, también exige el consentimiento del menor "*si tuviera suficiente madurez y si fuese mayor de 12 años*".

¹⁸⁵ DÍEZ GARCÍA, H, ob., cit. p. 480.

¹⁸⁶ Aparece recogido en el artículo 9 de la Ley 41/2002. Cabe también destacar que este mismo artículo, en su apartado seis, contempla la posibilidad de que los facultativos lleven a cabo actuaciones en contra de la voluntad de los representantes, si la decisión de estos es contraria al interés del menor e, incluso sin autorización judicial, si la urgencia no permite esperar y se tiene como fin salvaguardar la vida y la integridad del menor.

En otro orden de cosas, con la edad de 14 años se permite su declaración de voluntad para adquirir la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia; y lo mismo para la vecindad civil¹⁸⁷. De igual forma, a partir de la edad de 14 años, el artículo 663.1º CC, permite al menor otorgar testamento¹⁸⁸, salvo el ológrafo que exige mayoría de edad¹⁸⁹, conforme al artículo 688 CC.

Con la misma edad de 14 años el menor podrá reconocer hijos no matrimoniales, conforme el artículo 121 CC con autorización judicial, y ejercer la patria potestad sobre ellos, según el 157 CC, con asistencia de sus padres. Por otro lado, en el aspecto patrimonial, el menor a partir de los 14 años, puede adquirir la posesión de bienes¹⁹⁰, conforme al 443 CC¹⁹¹, y beneficiarse de sus efectos.

Posteriormente y con el cumplimiento de 16 años, la capacidad natural del menor se ve implementada claramente. En el sentido personal, al cumplir los 16 años, puede otorgarse la emancipación del menor, conforme al artículo 241 CC¹⁹². En el aspecto patrimonial, con los 16 años se habilita al menor para administrar bienes que hubiera adquirido con su trabajo (artículo 164 CC), así como la renuncia de derechos o enajenación y gravamen de inmuebles, establecimientos mercantiles industriales y demás bienes recogidos en el artículo 166 CC, con el consentimiento de sus padres¹⁹³.

De igual forma, esta ley establece como requisito para otorgar el consentimiento informado tener 16 años y aptitud para entender y querer hacerlo. Aquí se observa que se requiere una edad superior a la establecida como estándar.

¹⁸⁷ DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit. p. 489.

¹⁸⁸ DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit. p. 489; RUIZ RICO RUIZ, ob., cit., pp. 109 y 110, cuando habla de testamento se refiere al testamento notarial, abierto o cerrado.

¹⁸⁹ RUIZ RICO RUIZ, ob., cit., última, busca esclarecer la razón por la que se exige la especial capacidad para el testamento ológrafo y argumenta que, además de la especial necesidad de asegurarse unos rasgos grafológicos de la escritura, que suele existir a partir de cierta edad, se necesita una cierta garantía de adecuada formación de la voluntad testamentaria, evitando coaccionar o variar la voluntad del menor fácilmente.

¹⁹⁰ DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit. p. 489.

¹⁹¹ Pero “necesitan de la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor.”

¹⁹² Artículo 241 CC: “Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil.”

¹⁹³ Según aclara RUIZ-RICO RUIZ, ob. cit. p.103, el precepto exige la manifestación de ese consentimiento en documento público lo que se justifica por la mejor información obtenida de la presencia de fedatario público que asegura la prestación de un consentimiento libre de coacciones paternas o de terceros.

Finalmente, para el caso en el que el menor no tenga capacidad natural suficiente para el ejercicio de sus derechos de la personalidad, es necesario dar una respuesta a esta situación. Faltándole al menor un grado suficiente de discernimiento es lógico entender que no podrá ejercitar por sí mismo sus derechos de la personalidad, pero no tendría sentido llevar a cabo un acto conveniente para el menor, que por su corta edad o adolecer de alguna deficiencia, no reúnan las condiciones necesarias para prestar su consentimiento, bajo el argumento de que no es admisible que un tercero preste su consentimiento por sustitución¹⁹⁴. Al respecto de esto la doctrina¹⁹⁵ admite unánimemente que en esta hipótesis los representantes legales asuman el ejercicio de los derechos de la personalidad del menor, pero discrepan en la fundamentación de su afirmación. Algunos autores manifiestan que la falta de capacidad natural del menor constituye una excepción a la excepción de la representación legal y, conforme a esas circunstancias, cabe la actuación de los representantes legales en los derechos de la personalidad del menor¹⁹⁶. Para otros autores, los representantes legales no actúan en calidad de sustitución, sino que llevan a cabo el ejercicio de la potestad-función que les corresponde para velar por el interés de su representado, de manera que se trata de una forma de proteger al menor, ejerciendo sus derechos de la personalidad, sin olvidar las objeciones relativas a la posibilidad de que estos derechos sean objeto de representación¹⁹⁷.

A juicio de GARCÍA GARNICA¹⁹⁸, es más coherente la posición del segundo grupo de autores, no solo por la visión teórica sino por resultar más práctica ya que, acudir a la potestad de la que están otorgados los representantes resalta los requisitos que delimitan el ámbito de su poder de actuación respecto a los derechos de la personalidad de los menores de edad. A mi juicio, este planteamiento tiene sentido, pero considero que no se trata de una de las dos opciones, sino que, en cierta medida y conforme a la edad del menor que es representado, la actuación en representación de un menor sin capacidad natural cumple una función mixta, ya que es claro que se cumple con la función-obligación de protección de los intereses de los menores, pero no considero que se pueda descartar como acción de sustitución de la voluntad del menor.

¹⁹⁴ GARCÍA GARNICA, M.^a del C., ob. cit. pp. 91 y ss.

¹⁹⁵ GARCÍA GARNICA, M.^a DEL C., ob. cit. p. 91.

¹⁹⁶ JORDANO FRAGA, F., ob. cit. p. 895.

¹⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, L, “*Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad*”, *Anuario del derecho civil*, Vol. 35, N.º 1, 1982, p. 16; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. cit. p. 363; LACRUZ BERDEJO, J. L., ob. cit. pp. 129 y 130.

¹⁹⁸ GARCÍA GARNICA, ob. cit., p. 92.

Por último, es necesario hacer mención a lo que establece el último apartado del artículo 162 CC. En este apartado se reconoce la posibilidad de que, los padres realicen contratos en nombre del menor, pero en los que se exige que, si el objeto de dichos contratos implica prestaciones personales por parte del menor, es necesario que el menor preste su consentimiento, si tuviera suficiente juicio.

En relación a esta cuestión, existe parte de la doctrina que, defendiendo una interpretación amplia del ejercicio de los actos de personalidad, habilita al menor para llevar a cabo negocios jurídicos en los que se materialicen dichos derechos. Así pues, de este reconocimiento se deriva esa obligatoria concurrencia del consentimiento del padre y el menor para la validez del contrato¹⁹⁹, aunque es necesario recordar que hay un sector de la doctrina que ha sostenido que esta norma no es una excepción a la representación legal de los padres²⁰⁰, la cual se debe considerar, como defiende RUIZ-RICO RUIZ, a mi juicio acertadamente, que se trata de otra excepción a la representación legal de menores, aunque no se trata de un supuesto de sustitución de la voluntad, sino una actuación constitutiva de complemento del consentimiento²⁰¹. La razón, por tanto, de no contemplarlo como un cuarto apartado residiría en la concepción de una sustitución de la voluntad del menor, mientras que en este caso es una actuación compartida entre padres e hijos y en la que no hay representación legal²⁰².

7. ACTOS EN LOS QUE EXISTA CONFLICTO DE INTERESES

En el capítulo anterior se llevaba a cabo el estudio de la excepción a la representación legal contemplada en el artículo 162.2.1º, pero esta no es la única excepción contemplada en el artículo 162.2 CC. Como se indicaba anteriormente²⁰³, el artículo 162.2.2º establece la excepción al ejercicio de la representación legal para aquellos actos en los que tenga lugar conflicto de intereses. No obstante, antes de comenzar con el estudio de esta excepción, es

¹⁹⁹ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob., cit., p. 108. V. gr., en relación con esta cuestión se manifiesta la jurisprudencia, en la STS 26/2013, de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013\928).

²⁰⁰ ARANDA RODRÍGUEZ, R., ob. cit. p. 50.

²⁰¹ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob., cit., p. 108. El modelo será el del contrato de trabajo que, conforme al artículo 7 del Estatuto de trabajadores, concede a los menores, a partir de los 16 años, la posibilidad de celebrar contratos laborales, "*con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que le tenga a su cargo*". Si parece sustancial el consentimiento del menor siendo el paterno una autorización complementaria, aunque necesaria.

²⁰² RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ob., cit., p. 109.

²⁰³ Capítulo 5.

necesario hacer una distinción de dos conceptos que se entrelazan y confunden: exceso de poder y abuso de poder. El abuso de poder supone actuar legalmente en el margen de las actuaciones permitidas en función de la potestad asignada, con un detalle: se actúa incumpliendo el fin básico de satisfacer los intereses del menor. Frente a éste se encuentra el exceso de poder, el cual supone la extralimitación de la potestad de la que se es titular y se puede manifestar como choque o conflicto de intereses entre los padres y el hijo²⁰⁴.

Teniendo clara la diferencia entre estos dos conceptos, es el momento de tratar de definir "conflicto de intereses" y determinar las soluciones que plantea el Ordenamiento Jurídico español para estos supuestos.

7.1 El conflicto de intereses: concepto y situaciones en las que tiene lugar.

El artículo 162.2.2º establece una segunda excepción al ejercicio de la representación legal por parte de los padres, en nombre de sus hijos. Esta excepción se establece para aquellos supuestos "*en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo*".

La redacción en sí no plantea duda alguna, pero el problema aparece cuando se trata de definir "conflicto de intereses" y determinar en qué supuestos se lleva a efecto. Con carácter general, se ha entendido como una *oposición de intereses* cuando se traduce en *derechos diferentes*²⁰⁵. Ahora bien, cuando se refieren al ámbito estrictamente patrimonial, el conflicto de intereses se aprecia "*cuando el beneficio de una parte sea en perjuicio de la otra*"²⁰⁶ o, mejor dicho, existe conflicto de intereses cuando "*la satisfacción por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos*"²⁰⁷.

Aún con la dificultad de concretar el término, algunos autores formulan criterios delimitadores para tratar de definir dicho concepto. Así DE CASTRO²⁰⁸ lo define como "*el peligro de lucro, ante la existencia de conflicto de intereses, el qué determina la necesidad de la creación de la*

²⁰⁴ RUIZ-RICO RICO, J. M., "*Representación legal de menores y abuso de poder representativo*", *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia, legislación*, n.º 24, 2004, p. 26.

²⁰⁵ STSJ Navarra 17/1994, de 24 de octubre de 1994 (RJ 1994/9026).

²⁰⁶ RDGRN del 2 de diciembre de 1998 (BOE-A-1999-873).

²⁰⁷ RDGRN del 14 de mayo de 2010 (BOE-A-2010-14792).

²⁰⁸ SERRANO GIL, A., "*El defensor judicial*", capítulo VII de *Protección jurídica del menor*, coordinado por POU DE LA FLOR, M.ª P., y TEJEDOR MUÑOZ, L., Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2017, p. 217.

figura del defensor judicial." Otros autores plantear un concepto más amplio²⁰⁹, definiendo el término conflicto como "*oposición entre los intereses del menor y los de su representante legal, de forma que el nombramiento del defensor tiene por objeto evitar un mal empleo de las facultades de esta persona en perjuicio del sometido a protección.*" Además, es necesario aclarar que el conflicto de intereses puede afectar tanto al ámbito personal²¹⁰ como al patrimonial²¹¹ del menor.

Parece lógico²¹² entender que el peligro para el representado es la parcialidad con la que pueda actuar el representante, cegado por sus propios intereses, lo que le impediría defender los intereses del menor. De este modo, el riesgo consiste en que el representante *anteponga la defensa de sus intereses a los del representado*, entendiéndose que es, desde esta perspectiva, donde entra en juego la exclusión de la representación de los padres, al "*existir colisión de intereses cuando el padre o la madre se encuentren en antítesis con el de sus hijos, de modo que el primero, para proveer su propia defensa, se ve constreñido a agravar la condición de oposición de los segundos, correspondiendo las ventajas del primero el daño de los otros.*"²¹³

En conclusión, se observa que el concepto de conflicto de intereses engloba dificultades para definirlo. No obstante, SERRANO GIL establece unos requisitos, a mi modo de ver bastante acertados, para poder determinar la existencia de conflicto de intereses²¹⁴:

- A) Tiene que ser un conflicto real y no solo aparente, es decir, tener una influencia indudable en el acto o negocio jurídico. Así, en consecuencia, se excluirán las situaciones sin trascendencia para el acto o negocio jurídico.
- B) El conflicto debe ser actual, es decir, existente en el momento en el que se plantee el asunto y no basta que se fundamente en conjeturas que puedan plantearse en un futuro.
- C) Los intereses deben ser incompatibles.

²⁰⁹ SERRANO GIL, A., ob. cit., p. 217.

²¹⁰ V. gr. Un conflicto de intereses en el sentido personal puede darse entre concepciones del menor y del representante para la elección de una determinada asignatura en la educación del menor, como puede ser la disyuntiva entre estudiar religión o no. Uno de ellos puede querer escogerla y el otro no, lo que supondría una colisión entre el artículo 16 CE y el artículo 27.3 CE. En este caso, y conforme al principio del interés superior del menor, tendría prelación la elección del menor respecto de la del representante.

²¹¹ V. gr. Un conflicto de interés en sentido patrimonial puede surgir cuando representante y representado son llamados a una herencia en calidad de herederos. Si el padre es llamado en calidad de heredero forzoso y el hijo es llamado en calidad de heredero para una cuota expresamente imputada a la mejora, es necesario el nombramiento de un defensor judicial del menor para garantizar su derecho.

²¹² DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit. p. 1684.

²¹³ STSJ Navarra 17/1994, de 24 de octubre de 1994 (RJ 1994/9026). En similar sentido, STS 339/2012, de 5 de junio de 2011 (RJ 2012/6700).

²¹⁴ SERRANO GIL, A., ob. cit., p. 218.

- D) El conflicto debe ser grave.
- E) El conflicto puede ser tanto judicial como extrajudicial.

En definitiva, se puede observar que la existencia de un conflicto de intereses que empañe la función de representación de los padres respecto de los hijos es de fácil aparición en la representación legal. En respuesta, y para garantizar la defensa de los derechos e intereses del menor, el Ordenamiento jurídico español recoge el nombramiento de un defensor judicial, en el artículo 163 CC, para el caso de conflicto en la representación legal del menor.

7.2 El defensor judicial

Como se ha indicado al principio de este capítulo, el artículo 162.2.2º CC establece otra excepción al ejercicio de la representación legal si tiene lugar conflicto de intereses. En el momento en el que surge dicho conflicto de intereses, es necesario, conforme al artículo 163 CC, el nombramiento de un defensor judicial para garantizar los derechos del menor de edad, ya que el menor sigue sin tener plena autonomía o suficiente capacidad²¹⁵, y es necesario que el legislador dote al menor de medidas para ampararlo y representarlo adecuadamente.

Así, se puede definir la figura del defensor judicial²¹⁶ como aquella persona, nombrada por la autoridad judicial, con el fin de actuar, en determinados supuestos tasados, en defensa de los intereses del menor. El cargo se debe ejercer siempre en beneficio del menor y teniendo en cuenta su personalidad y derechos, debiendo rendir cuentas al finalizar la gestión.

El artículo 163 se aplica²¹⁷ tanto a los supuestos de conflictos entre padres y el menor, donde este último requiere representación sustitutiva, como para los casos en los que sea necesaria una asistencia, por encontrarse emancipado. No obstante, en caso de conflicto con un solo progenitor, será automáticamente²¹⁸ el otro progenitor quien ejerza la representación, sin necesidad de nombramiento de defensor, por lo que se encuentra aquí el requisito fundamental para su nombramiento: el conflicto tiene que ser entre los dos progenitores con

²¹⁵ DÍEZ GARCÍA, H., "Comentario del artículo 163", de *Comentarios al código civil*, dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Valencia, 2013, p. 1680.

²¹⁶ Definición de defensor judicial, obtenida de La Ley. Disponible en: <https://n9.cl/q7eyg>

²¹⁷ MENÉNDEZ MATO, J. C., "Artículo 163" de *Comentario al código civil*, dirigido por ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, 2010, p. 283.

²¹⁸ DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit. p. 1693.

el menor, o en su caso, si ha habido fallecimiento de uno de los progenitores, que el conflicto tenga lugar con el supérstite²¹⁹.

Puede parecer, pues, que el defensor es una figura que tiene una finalidad de control respecto del ejercicio de la patria potestad, pero es todo lo contrario. Se trata de una figura que tiene el fin de proteger al menor sólo en los casos de conflicto de intereses y cuya finalidad es resolver el conflicto concreto, individualmente entendido²²⁰, que lo ha provocado. Así, el defensor judicial llevará a cabo todas las actuaciones judiciales y extrajudiciales que sean precisas para la mejor defensa de los intereses del menor (tanto ámbito personal como patrimonial), aunque no se trata de una facultad ilimitada, sino que sólo serán las medidas necesarias para el caso concreto²²¹, sin excederse de él²²².

En lo relativo a la regulación del defensor judicial, cabe indicar que, hasta 2015 se contemplaba específicamente en el Capítulo IV, del Título X (de la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores e incapaces), pero actualmente se recoge el defensor judicial para el menor de edad en el capítulo II del Título IX (de la tutela y guarda de los menores), en los artículos 235 y 236 del Código civil. No obstante, a raíz de la Ley 25/2015 por la que se modifica el Código civil, también se regula en la Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria, en los artículos 27 a 32 LJV.

En concreto, el artículo 235 CC contempla una serie de supuestos en los que cabe el nombramiento de defensor judicial en favor del menor. Conforme a dicho precepto, “*se nombrará un defensor judicial del menor:*

1º. Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo.

²¹⁹ SERRANO GIL, A., ob. cit., p. 216.

²²⁰ MENÉNDEZ MATO, J. C., ob. cit. p. 283.

²²¹ RDGRN de 27 de enero de 1987 (BOE-A-1987-2162). En esta resolución se afirma que “*el nombramiento del defensor judicial es imprescindible según el código civil, siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de su hijo no emancipado*” (art 163), “*por lo que esa oposición de intereses puede redundar, en perjuicio de los menores sujetos a la patria potestad y por ello debe entonces usar la representación legal ordinaria conectada a esta institución, que daría lugar a una autocontratación fuera de los límites admitidos, y surge la representación legal extraordinaria, ocasionar y limitada al asunto concreto, encomendada al defensor judicial.*”

²²² Como consta en la STS 197/1994, de 10 marzo de 1994 (RJ 1994\1731). El tribunal afirma que “*el defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el juez designado, pero no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y, por eso, cuándo actúa de vibrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuándo actúa judicialmente debe probar que lo hace así.*”

- 2º. *Cuando, por cualquier causa, el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona.*
- 3º. *Cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad (...) y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses.”*

Además, el artículo 236 CC, muestra la obligación por parte del defensor judicial de respetar el principio del interés superior del menor, recogiendo que *“el defensor judicial del menor ejercerá su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos.”*

Así pues, podemos establecer aquellos supuestos²²³ en los que no es necesario el nombramiento del defensor judicial:

- a) En la división de una comunidad cuando el representante no tiene ningún interés por haber renunciado a sus derechos.
- b) Cuando los representantes no tienen los mismos intereses que los representados.
- c) Para la elevación a documento público por el representante de un documento privado de venta otorgado con anterioridad a su representado, aunque si es preciso cuando el representante es el comprador que introduce en la elevación a público una declaración nueva, que no figura en el documento privado.
- d) No es necesario en la reclamación de indemnización de daños por la muerte del padre²²⁴. No obstante, en aquellos casos en los que se deba llevar a cabo una distribución de una indemnización y exista conflicto de intereses, será necesario el nombramiento de defensor judicial²²⁵.

Actualmente, el artículo 27 LJV recoge como supuestos de aplicación del cargo de defensor judicial para *“aquellos casos en que proceda conforme a la ley”*, así como para *“aquellos casos en qué*

²²³ PARRA LUCÁN, M.ª A., ob. cit. pp. 2505 a 2508.

²²⁴ STS de 16 de julio de 1999 (RJ 1999/6353). En esa resolución el tribunal casa la instancia por entender necesario el nombramiento de un defensor judicial al menor del demandante por considerar que existía una contraposición de intereses entre ambos, una vez apreciada por el juez de primera instancia la concurrencia de culpa del demandante en la producción de accidente origen del litigio. El tribunal indicó que en el supuesto análogo aquí planteado por el que uno de los motivos del recurso se alegaba la necesidad de que hubiera sido nombrado en defensa judicial, se afirmó que *“más este motivo tampoco puede ser estimado porque la función de protección del menor desamparado que no puede ser representado por su padre o madre en el supuesto del artículo 165, no es necesaria cuando el menor se haya bajado la protección judicial, como es el caso, donde se trata de fijar las indemnizaciones a percibir por los menores de edad; pues aunque sea su padre como representante el que haya de percibir las, al ser terminadas por tribunales queda el padre privado de todo arbitrio o facultad para perjudicar a su hijo, y para la administración está sujeto a la diligencia que exige el art. 164 y a la intervención judicial que, en caso de poner en peligro el patrimonio del hijo, se prevé en el art. 167.”*

²²⁵ STS 979/2003, de 23 de octubre de 2003 (RJ 2003/7407).

proceda la habilitación y ulterior nombramiento de defensor judicial (...) por encontrarse en alguno de los siguientes casos²⁶:

- a) Hallarse los progenitores ausentes, ignorándose el paradero, para ejercer el apoyo sin que haya motivo racional bastante para creer próximo su regreso.
- b) Negarse ambos progenitores a ejercer el apoyo para representar o asistir en juicio al menor.
- c) Hallarse los progenitores en una situación de imposibilidad de hecho para la representación o asistencia en juicio.
- d) El apartado tercero establece que también se nombrara defensor judicial al menor para litigios contra sus progenitores o para instar expediente de jurisdicción voluntaria (...). Ahora bien, no procederá su solicitud si no hubiera un interés opuesto al menor.

Finalmente, cabe determinar quién puede ser nombrado defensor judicial, con qué condiciones y cómo es el procedimiento. A este respecto, es necesario acudir a la regulación que establecía el Código civil antes de la modificación en 2015, la cual era bastante detallada. En primer lugar, el artículo 300 CC otorgaba al juez una amplia discrecionalidad y libertad para incoar y nombrar al defensor judicial, "*de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio*" así como los padres del menor, y establecía este artículo que dicho nombramiento se haría "*a quien estime más idóneo para el cargo.*"

Así, conforme al criterio de SERRANO GIL, existe actualmente una serie de requisitos²⁶:

- Ser persona física o jurídica, siempre que esta última no tenga finalidad lucrativa y entre sus fines se encuentre la protección de menores.
- Ser mayor de edad.
- Estar en pleno ejercicio de los derechos civiles.
- No encontrarse incurso en ninguna causa de inhabilitación.

En otra línea de ideas, se establece un procedimiento²⁷ que se regula por la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria, en los artículos 27 a 32. Este procedimiento se inicia a través de un escrito inicial, en el cual se incluye un expediente con el certificado de nacimiento del menor o libro de familia; el certificado de fallecimiento, si es el caso, de uno de los progenitores; la

²⁶ SERRANO GIL, A., ob. cit., p. 222.

²⁷ SERRANO GIL, A., ob. cit., pp. 223 y 224.

lista de testigos para acreditar la suficiencia de los supuestos para el cargo y acreditación documental del hecho que motivó el conflicto de intereses.

Posteriormente, este procedimiento se caracteriza por tener varias fases²²⁸. Estas fases son: 1º) si ha manifestado una información testifical, se señala día y hora para su práctica; 2º) citación de la persona o personas propuestas en el expediente para dedicarse al cargo, al objeto que lo motiva y jurarlo; 3º) una vez realizado todo lo anterior, se remitirán las actuaciones al Ministerio Fiscal para que se pronuncie sobre la procedencia del nombramiento y la suficiencia de la persona propuesta para el cargo. Este pronunciamiento se resuelve mediante auto, nombrando al defensor judicial y se precisará el asunto para el que se nombra y las funciones atribuidas.

En definitiva, podemos observar la relevancia que supone la excepción a la representación legal de los menores para los supuestos de conflictos de intereses y la importancia que le otorga en el Ordenamiento español a la defensa de los intereses de los menores y garantía del libre y pleno desarrollo del menor.

8. ACTOS EXCLUIDOS DE LA ADMINISTRACIÓN PATERNAL

Como se ha comentado anteriormente²²⁹, a los progenitores se les concede, junto a la patria potestad, la facultad de representación legal y administración de los bienes de los hijos menores. Ahora bien, al igual que se ha comprobado en los capítulos anteriores²³⁰, este poder no es ilimitado.

Tal y como se regula en el artículo 162.2.3º CC, se exceptúan de la administración paterna una serie de bienes, que por sus circunstancias, el legislador ha considerado que no cabe que los padres se introduzcan en la esfera patrimonial del menor. Estos supuestos de la administración paterna se regulan en los artículos 164 y siguientes, y, en concreto, los bienes exceptuados se contemplan específicamente en el artículo 164 CC.

²²⁸ SERRANO GIL, A., ob. cit., p. 224.

²²⁹ Capítulos 2 y 5.

²³⁰ Capítulos 6 y 7.

Antes de entrar en el estudio de cada una de las excepciones contempladas en el artículo 164 CC, primero es necesario determinar cuáles son las características de la administración paterna y la razón que la justifica. En lo que se refiere al ámbito de la administración de los bienes los hijos se puede indicar que se trata de una función especial separada de la potestad representativa²³¹; lo cual puede considerarse acertado ya que puede existir una administración sin que el administrador llevé a cabo actuaciones representativas y actos representativos diferentes a los de la administración²³².

Es una opinión común, reconocer que el término “administración” debe interpretarse en sentido amplio²³³, incluyendo no sólo los actos de mera conservación sino también los de disposición, con la especificación del artículo 166 CC²³⁴. Por otra parte, se encuentra el sentido estricto gramatical del término “administrar”²³⁵ que, en el lenguaje técnico jurídico, el acto de administración se contrapone a veces al de disposición, de forma que se muestra la dificultad de establecer una línea divisoria entre ambos actos.

Sin embargo, en lo que nos ocupa, esta delimitación puede resultar inútil, a juicio de DÍEZ GARCÍA²³⁶, ya que el legislador ha establecido, las disposiciones limitativas en el artículo 166 CC para aquellos actos en los que están vetados los administradores paternos sin el previo control judicial. En definitiva, se reconoce a los padres la potestad de administrar los bienes de los hijos, presumiblemente de forma libre, con las excepciones de los artículos 164 y 166 CC.

En lo que se refiere a las características de esta facultad paterna, el primer rasgo que cabe destacar es la gratuidad e indemnidad del cargo²³⁷. A raíz de esta característica cabe indicar

²³¹ DÍEZ GARCÍA, H., “Comentario del artículo 164”, de *Comentarios al código civil*, dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Valencia, 2013, p. 1694.

²³² DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit. pág. 1695.

²³³ DÍEZ-PICAZO, L., “Notas...”, ob. cit. pág. 17, considera que este concepto tiene el doble significado de actividad genérica que se realiza en relación con los bienes y de administración en sentido estricto, en el sentido de conservación y actos necesarios para la obtención de su normal disfrute y rendimiento.

²³⁴ Artículo 166 CC: “Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal.”

²³⁵ Según la RAE, administrar consiste en “ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes.”

²³⁶ DÍEZ GARCÍA, ob. cit. p. 1695.

²³⁷ DÍEZ GARCÍA, ob. cit. p. 1696.

que dicha administración debe reputarse gratuita, a diferencia del ejercicio por el tutor. No obstante, hay que tener en cuenta que la regulación al respecto justifica el reintegro de los gastos ocasionados para llevar a cabo dicha administración, así como el deber de indemnización por los daños y perjuicios del desarrollo de la gestión.

Ahora bien, este aspecto de la administración ha sido discutido por la doctrina, y la mayoría de ella considera que, como argumenta DÍEZ GARCÍA, en el caso de la administración paterna, solo existe la posible indemnización de daños y perjuicios derivada del artículo 1902 CC²³⁸, con ocasión de los daños producidos frente acciones y omisiones de terceros, pero sin reembolso de gastos²³⁹. No obstante, el fundamento de esa indemnización y para que tengan un derecho de reembolso es el mismo: la necesidad de no resultar perjudicados cuando ejercitan un cargo que beneficia a otro.

Por otro lado, encontramos la característica de la diligencia exigible²⁴⁰. Tal y como se regula en el artículo 164.1, a *“a los padres se les exige administrar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios”*, por lo que la importancia se encuentra en que esa administración no produzca un peligro objetivo frente al patrimonio del menor; pues, la patria potestad (y la representación legal) y administración de los bienes debe ejercerse en beneficio de los hijos.

8.1 Bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa.

El primero de los supuestos en los que se exceptúa la administración paternal de los bienes de los hijos se refiere aquellos bienes que el menor ha adquiridos mediante donación, legado o herencia²⁴¹.

Lógicamente, bastará con que exista una voluntad expresa de exclusión de los padres por parte del donante, sin que se tenga que acreditar la existencia de una causa razonable y justa²⁴², ya que, además de que el precepto no lo exige, siempre podría sostenerse que el interés de

²³⁸ Se refiere a la responsabilidad extracontractual regulada en el artículo 1902 CC: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”*

²³⁹ DÍEZ GARCÍA, ob. cit. p. 1697.

²⁴⁰ DÍEZ GARCÍA, ob. cit. p. 1697.

²⁴¹ MENÉNDEZ MATO, J. C., *“Comentario al artículo 164”* de *Comentario al código civil*, pp. 284 y 285.

²⁴² DÍEZ-PICAZO, L., *“Notas...”*, ob. cit. p. 18.

los hijos o su beneficio pasa por la aceptación de esa donación que enriquece su patrimonio; y no tanto por el sometimiento del menor a la administración paterna²⁴³.

Cabe indicar que, a diferencia del supuesto de adquisición por sucesión, que se verá a continuación, en el caso de la donación la mera pasividad de los progenitores será la forma más común de no aceptar dicha donación y frente a la cual podría dar lugar a responsabilidad²⁴⁴.

Respecto a la posición del disponente, cabe indicar que goza de amplias facultades, no sólo para designar a quienes deberán ejercer la administración de los bienes donados -incluso sus sustitutos posibles- sino también para configurar el régimen completo del ejercicio de esa administración²⁴⁵, limitarse simplemente a excluir a uno o ambos progenitores; a exigir la intervención de un tercero para unos actos concretos de la administración, etcétera. De igual manera, el Tribunal Supremo se ha manifestado sobre esta cuestión y ha determinado que *"para que tenga lugar la restricción, deberá ser clara la intención de exclusión de la administración de los padres respecto a los bienes de que se trata, y ha de señalarse la persona que, en su lugar, debe realizar dicha actividad."* Así, se indica que el disponente puede ser un tercero o alguno de los titulares de la patria potestad²⁴⁶ y, a juicio de DÍEZ GARCÍA²⁴⁷, opinión que comparto, nada impide que el donante designe como administrador a uno de los progenitores, reconociendo el legislador así la libertad de decisión del donante, al excluir de la administración a uno de los progenitores²⁴⁸.

Al modo de ver de DÍEZ GARCÍA²⁴⁹, una visión razonable a mi juicio, la exclusión de la administración paterna no exige la inexistencia de laguna alguna en la voluntad del

²⁴³ DÍEZ GARCÍA, H, ob. cit. pág. 1701.

²⁴⁴ Responsabilidad que, lógicamente, podrá exigir el menor.

²⁴⁵ Resultaría más discutible determinar, a tenor del art. 7 LEC, a quién correspondería la representación procesal. Sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto, por tratarse de una cuestión estrictamente procesal no examinable por la vía del recurso de casación, como se refleja en la STS 233/2010, de 21 de abril de 2010 (RJ 2010\3543).

²⁴⁶ STS 724/2005, de 6 de octubre de 2005 (RJ 2005\8759).

²⁴⁷ DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit., p. 1703.

²⁴⁸ DÍEZ GARCÍA ob. cit. p. 1703.

²⁴⁹ DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit., pág. 1703.

disponente²⁵⁰, aunque parece que, existiendo un vacío, se restituiría la administración en favor de los progenitores excluidos. No obstante, en caso de que el donante solo estableciera la exclusión sin determinar el administrador o si el designado no pudiera o renunciar a ella, habría que aplicar lo establecido en el artículo 167 CC²⁵¹, y se llevaría a cabo el nombramiento judicial de un administrador con el objetivo, siempre presente, de proteger los intereses del menor.

8.2 Bienes adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad.

En el apartado 2º del artículo 164 CC, se exceptúa de la administración paterna los bienes adquiridos por el menor por sucesión en la que uno o ambos progenitores hubieran sido desheredados o no hubieran podido heredar por indignidad. Este precepto tiene aplicación frente a cualquier tipo de bien adquirido por título hereditario y sólo frente a los bienes adquiridos por el menor, como consecuencia de la causa de desheredación e indignidad de los padres²⁵².

Así pues, tratándose de una sucesión a la que estuviese llamado el hijo como heredero, es lógico entender que serán los titulares de la patria potestad, como representantes legales, quienes tienen que aceptar la herencia (artículo 166 CC). Si el derecho que tiene el menor es de legatario, la aceptación es automática, por lo que la aceptación se entenderá como una renuncia al derecho a repudiarlo²⁵³.

En todo caso, tanto el supuesto de adquisición de bienes por donación (a título lucrativo) como la adquisición por herencia (*mortis causa*), son supuestos en los que puede aparecer intereses contrapuestos que exijan la intervención de un defensor judicial; pero quizá la actuación judicial resulta innecesaria, pues, como se pronunciaba el Tribunal Supremo en la

²⁵⁰ No obstante, DÍEZ-PICAZO, L., “*Notas...*”, ob. cit. pág. 18, considera que esta exclusión de la administración paterna requiere que no se produzca laguna alguna sobre la administración en concreto. Con esta afirmación, parece que, produciéndose ese vacío, la administración vuelve a los progenitores.

²⁵¹ Artículo 167 CC: “*Cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo, el Juez, a petición del propio hijo, del Ministerio Fiscal o de cualquier pariente del menor, podrá adoptar las medidas que estime necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes, exigir caución o fianza para la continuación en la administración o incluso nombrar un Administrador.*”

²⁵² MENÉNDEZ MATO, J. C., ob. cit. pp. 284 y 285.

²⁵³ DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit. p. 1702.

Sentencia 642/1999²⁵⁴, no sería preciso "*cuando el menor se halla bajo la protección judicial*". Este supuesto, a mi modo de ver, constituiría una excepción a la necesidad de nombramiento de defensor judicial, aunque exista un conflicto o supuesto de defensa aparente del menor, dado que, en la vía judicial se encuentra la figura del Ministerio fiscal, que, en definitiva, tiene una finalidad análoga a la del defensor judicial: protección, representación y defensa de los intereses del menor.

8.3 Bienes que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria.

Finalmente, el artículo 164.3º CC excluye de la administración de los padres para los bienes obtenidos por el menor por su trabajo o industria. En este sentido, el legislador reconoce al menor una cierta autonomía²⁵⁵, concretamente para el aspecto patrimonial, que irá incrementando con la edad; así como el acceso al trabajo de los mayores de 16 años (artículo 7 ET)²⁵⁶.

En este caso²⁵⁷, la administración ordinaria²⁵⁸ de ellos la efectuaría el propio menor, necesitando para los actos de administración extraordinaria²⁵⁹ del complemento del consentimiento de los padres. Así, la autonomía otorgada al menor en el ámbito patrimonial es limitada, únicamente para la administración ordinaria. Sin embargo, el problema que surge aquí es delimitar la administración ordinaria de la extraordinaria ya que, como se indicaba previamente²⁶⁰, el concepto de administración utilizado jurídicamente por el legislador es un concepto amplio que comprende, no sólo los actos de conservación sino también se extiende a los actos de explotación económica de los bienes e incluye los actos de disposición con las matizaciones para los bienes del artículo 166 CC.

²⁵⁴ STS 642/1999, de 16 de julio de 1999 (RJ 1999/6353).

²⁵⁵ DÍEZ GARCÍA, H., ob. cit., p. 1707.

²⁵⁶ Artículo 7 ET: "*Podrán contratar la prestación de su trabajo: b) Los menores de dieciocho y mayores de dieciséis años, que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo.*"

²⁵⁷ MENÉNDEZ MATO, J. C., ob. cit. pp. 284 y 285.

²⁵⁸ Actos de administración ordinaria son los necesarios para la conservación del patrimonio del administrado, junto con una gestión provechosa.

²⁵⁹ Actos de administración extraordinaria son aquellos que se identifican por su importancia o régimen por ser una repercusión económica equiparable a los actos de disposición.

²⁶⁰ Capítulo 8.

Finalmente, cabe aclarar que los bienes exceptuados de la representación, así como de la administración paterna, ordinaria y extraordinaria, dado que en realidad no se realiza una representación sino una complementación conforme al 162.3 CC y del que deriva el reconocimiento de una cierta capacidad negocial al menor de edad, deberá entenderse que no se exigirá la autorización judicial por parte de los progenitores para los actos que lleven a cabo, conforme al 166 CC, precisamente por el carácter de complementación que se está otorgando a estos actos realizados por los padres.

No obstante, aunque resulte infrecuente, se debe recordar que hay menores de 16 años que pueden obtener ingresos de su trabajo y, a este respecto, dichos ingresos estarían incluidos en la administración paterna dado que el artículo 164 CC excluye los ingresos si el menor tiene 16 años. Sin embargo, cuando ese menor cumpla los 16 años, los ingresos que perciba por su trabajo o industria quedarán excluidos de la administración paterna. En este sentido, considero que este cambio de no exclusión a exclusión se fundamenta, como se ha visto previamente, en el reconocimiento de una cierta autonomía que ostenta el menor y que se justifica en su reconocimiento por parte del artículo 10 CE.

9. CONCLUSIONES

Para finalizar y tras este estudio, podemos determinar una serie de inconvenientes que existen en la representación legal de los menores y sus excepciones; así como algunas conclusiones que podemos establecer al respecto:

En primer lugar, en lo que se refiere a la definición de la representación legal se observa que no existe definición como tal. Es cierto que, en este sentido, es claro que la representación legal es aquella cuyo titular obtiene la legitimación para su ejercicio de la Ley, pero en lo que se refiere al alcance de dicho concepto existen diversas discusiones. A mi modo de ver, en este aspecto es más razonable la concepción doctrinal amplia de la representación legal, ya que la representación legal no solo implica la producción de los efectos de dicha representación por parte del representante en la esfera del representado, sino también, y esta es la razón fundamental que justifica dicha representación, la actuación en la defensa del interés del menor representado. Esta justificación se manifiesta en el fundamento en torno al que se lleva a cabo dicha representación y que legitima cada uno de los aspectos que se han estudiado a lo largo del trabajo: el principio de interés superior del menor.

Respecto a este fundamento que justifica dicha representación, puede plantearse, en segundo lugar, como una segunda problemática en relación con la representación legal de los menores, dado que se trata de un concepto jurídico indeterminado, que variará en función de cada caso. No obstante, tal y como se ha expuesto y a mi modo de ver, es más beneficioso no determinar una definición de dicho concepto, ya que puede dificultar e incluso perjudicar el objetivo que está siempre presente en la representación legal. Es decir, me parece más razonable no establecer una definición de este concepto, ya que supondría una limitación del mismo, y dificultaría enormemente la adaptación del ejercicio de la representación legal a las necesidades de cada caso, para cada menor.

Además de este principio fundamental, la representación legal de los menores sujetos a patria potestad se explica por la falta de discernimiento que caracteriza a éstos y el deber de los padres consagrado a través del artículo 39.3 CE y del reconocimiento en la figura del menor de la titularidad de los artículos 10 y 39.3 de la Carta Magna.

En tercer lugar, en lo que se refiere al Derecho comparado y el contenido del Derecho foral estudiado, podemos establecer como conclusiones que todos los Derechos analizados están cortados por el mismo patrón. En este sentido, se observa que todos ellos reconocen una cierta capacidad de actuación y capacidad negocial del menor, aunque cada uno de ellos establezca después una edad estándar para considerar la madurez o capacidad para realizar dichos actos. Es decir, en lo que se refiere al Código civil español, la edad de referencia en la que se considera que el menor ya tiene una cierta capacidad de discernimiento, se encuentra en los 12 años, a diferencia del caso alemán que la establece en los 7 años.

En cuarto lugar, y en relación con la consecuencia tercera anteriormente enunciada, podemos determinar la conclusión de que el Ordenamiento jurídico español sí reconoce una cierta capacidad de actuación y autonomía de la voluntad al menor, en virtud del artículo 10 de la Constitución española. Es decir, la justificación de la representación legal y los casos en los que se exceptúa la misma, tiene dos pilares: el interés superior del menor y el reconocimiento del artículo 10 CE, del que deriva en la identificación del menor como un sujeto de derecho, como mínimo con capacidad natural, y al que se debe tener en cuenta para todas las actuaciones que le afecten.

Así pues, con el reconocimiento de estas dos cuestiones básicas, se justifica la excepción a la representación legal, a pesar de tratarse de actos de carácter personalísimo de los que es titular el menor, todo ello siempre que exista falta de capacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica por parte del menor y dicha representación se realice frente a supuestos objetivamente beneficiosos o cuya pasividad sea desaconsejable.

En quinto lugar, en lo que se refiere al ejercicio del derecho de la personalidad del menor, es claro que se trata de una cuestión compleja y discutida por la doctrina. No obstante, a mi modo de ver, la doctrina mayoritaria resulta más satisfactoria al otorgar mayor seguridad jurídica por reconocer el derecho de la personalidad como un derecho subjetivo en un sentido pluralista, permitiendo un reconocimiento amoldable a cada uno de los supuestos que pueda surgir en la realidad social.

Además, conforme a la modificación del Código civil a través de la Ley 26/2015, se permite la intervención de los padres para el cumplimiento de sus obligaciones de cuidado y

asistencia, pero siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental, como muestra la jurisprudencia española²⁶¹.

En sexto lugar, en la cuestión relativa a la excepción de la representación legal por motivos de existencia de un conflicto de intereses, se observa la desavenencia en torno al establecimiento de un concepto generalizado y, como consecuencia a las diversas discusiones al respecto, se percibe que se trata de un concepto controvertido; pero en torno al cual, se entiende unánimemente que el Ordenamiento jurídico debe actuar para evitar las consecuencias negativas que deriven de los actos con marcado carácter de presencia de conflicto de intereses; aunque el riesgo debe ser real y no justificarse en presunciones.

Este riesgo de arbitrariedad justifica el reconocimiento y regulación de la figura del defensor judicial, figura que, a pesar de no reconocerse como institución con el fin de control del ejercicio de la representación legal, a mí modo de ver sí que permite una cierta vigilancia para los supuestos de actuación de los padres con conflicto de intereses, aunque estos conflictos también se puedan salvar a través de la actuación judicial, como se muestra en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas sentencias²⁶².

En séptimo lugar, surge la traba relativa a la administración de los bienes del menor por parte de los padres y sus excepciones. A diferencia de las excepciones anteriores a la representación legal, la administración legal no es representación en el ámbito completo de esfera personal y patrimonial del menor, sino que se refiere exclusivamente a la cuestión patrimonial del menor. En este sentido, la excepción se fundamenta principalmente por la voluntad del sujeto del que recibe el menor los bienes que forman parte de su patrimonio para los dos primeros supuestos exceptuados y, en el caso tercero, por el reconocimiento de una cierta autonomía de la voluntad de la que se deriva que, igual que el menor tiene la capacidad para llevar a cabo el trabajo o la industria, también tiene la capacidad para administrar los bienes que derive de ello. No obstante, se reconoce que esa capacidad del menor para administrar los bienes es exclusivamente para la administración ordinaria, ya que para la extraordinaria necesita el consentimiento complementario de los progenitores que ostentan la representación legal y la

²⁶¹ STS 26/2013, de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013\928).

²⁶² SSTs 642/1999, de 16 de julio de 1999 (RJ 1999/6353) y 441/2016, de 30 de junio de 2016 (RJ 2016/2859).

administración, por equipararse a la actuación de disposición y, por la importancia y los efectos que se pueden derivar de ella, necesita una cierta protección.

En octavo y último lugar, en lo referente al alcance del precepto del artículo 162.3 CC, se ha discutido en torno a su sentido y la razón por la que no se ha incluido como un cuarto apartado del 162.2 CC. En este sentido cabe aclarar que, conforme la mayoría de la doctrina, posición que comparto en cierto sentido, no se puede establecer como una excepción a la excepción del 162.2, pero tampoco se reconoce una autonomía plena para el menor; sino que es un punto intermedio, ya que se concibe que, en los contratos contemplados en este precepto, necesitan tanto la actuación de los padres como la manifestación de voluntad del menor, por el alcance que tienen; pero no resulta ni objeto de representación legal “pura” ni excepción a esa representación, sino que conlleva una actuación compartida entre progenitores y el menor.

En definitiva, se observa que el Código civil a lo largo de la redacción del artículo 162 CC, reconoce una capacidad de actuación al menor. No obstante, considero que, como consecuencia del paso del tiempo y de la evolución social, la regulación de la representación legal y sus excepciones se va a ver abocada a la desaparición en la concepción actual, transformándose en un modelo de complemento de la voluntad, similar a lo establecido en el artículo 162.3 CC, para todos los actos llevados a cabo por el menor, con una edad en la que no quepa duda de la existencia de madurez y discernimiento. Esta cuestión la justifico con un fin de llevar a cabo un aumento progresivo de la capacidad de actuación del menor, sin que exista un cambio brusco de la minoría a la mayoría de edad, todo ello en razón del reconocimiento de la autonomía de la voluntad, el libre desarrollo del menor y el interés superior de este.

Ahora bien, esta posición admito que es peligrosa, no solo para los terceros implicados en los actos del menor; sino para el menor en sí, ya que no tendría la protección que le otorga la figura de la representación legal, y existe el riesgo de que los menores no conciban a sus padres como figuras de autoridad, derivando en mayores discrepancias entre todos ellos.

Lo que está claro es que no cabe la evolución al contrario (o más bien involución), ya que sería antagónico a la regulación y los principios que rigen la representación legal.

10. LEGISLACIÓN

Constitución española. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

RDGRN de 27 de enero 1987 (BOE-A-1987-2162). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-2162>

Código civil. Disponible en: <https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Convención sobre los Derechos del Niño. Obtenido de: https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rcct=j&url=https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf&ved=2ahUKEwid8vSFxq_3AhVIz4UKHZTPB3kQFnoECCkQAQ&usg=AOvVaw34bvx1UhRcpx04GF8i1hy7

Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1069>

RDGRN del 2 de diciembre de 1998 (BOE-A-1999-873). Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1999-873

Código civil italiano. Consultado en: http://www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib1.htm

Código civil de Galicia (Ley 2/2006). Obtenido en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-14563>

Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-13312>

RDGRN del 14 de mayo de 2010 (BOE-A-2010-14792). Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-14792

Código de derecho foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011). Obtenido en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOA-d-2011-90007>

Ley de Jurisdicción Voluntaria. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-7391>

Estatuto de los trabajadores. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Ley 9/2019 de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia de las islas Baleares.
 Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-5578

Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del
 Derecho Civil Foral de Navarra. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-8512>

Código de leyes civiles de Cataluña. Disponible en:
https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=150&modo=2¬a=0&tab=2

Código civil alemán (BGB). Disponible en: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p5731

Código civil francés. Disponible en:
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150083?init=true&nomCode=V3JscA%3D%3D&nomCode=mNqhdw%3D%3D&page=1&query=&searchField=ALL&tab_selection=code&anchor=LEGISCTA000006150083#LEGISCTA000006150083

11. BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- ARANDA RODRÍGUEZ, R., "*La representación legal de los hijos menores*", Ed. Boletín oficial del estado, Madrid, 1999.

- ASENSIO SÁNCHEZ, M. A., "*La patria potestad y la libertad de conciencia del menor: el interés del menor a la libre formación de su conciencia.*", Capítulo IV, Ed. Tecnos, 2006, páginas 61 a 72.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "*Derecho de la persona*", Ed. Montecorvo, Madrid, 1976.

- BESSONE, M., "*Casi e questioni di diritto privato*", Edición 6ª, Ed. Giuffrè, Milano, 1986.

- BUCCIANTE, A. "*La potestà dei genitori, la tutela e l'emancipazione*", en *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por RESCIGNO, P., Ed. UTET, Tomo 4, Torino, 1982.

- BUSTOS PUECHE, J. E., "*Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*", Ed. Dykinson, Madrid, 1997.

- CIAN, G. y TRABUCCHI, A., "*Comentario breve al codice civile*", Ed. CEDAM, Padova, 1988.

- CREVILLÉN SÁNCHEZ, "*Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*", Actualidad editorial, Madrid, 1994.

- DE CASTRO y BRAVO, F. "*Los llamados derechos de la personalidad*", en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, Ed. Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Volumen 2, Madrid, 1997, pág. 873 a 906.

- DELGADO ECHEVERRÍA, J., "*Elementos del derecho civil*", Tomo 1, *Parte general*, Volumen 2º, *Personas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

- DÍEZ GARCÍA, H., "*Comentario del artículo 154*", en *Las modificaciones al código civil en 2015*, Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2016, pp. 375 a 407.

- DÍEZ GARCÍA, H., “*Comentario del artículo 162*”, en *Las modificaciones al código civil del año 2015*, dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2016, pp. 467 a 489.

- DÍEZ GARCÍA, H., “*Comentario del artículo 162*”, en *Comentarios al código civil*, dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2013, pp. 1657 a 1679.

- DÍEZ GARCÍA, H., “*Comentario del artículo 163*”, en *Comentarios al código civil*, dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2013, pp. 1680 a 1693.

- DÍEZ GARCÍA, H., “*Comentario del artículo 164*”, en *Comentarios al código civil*, dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2013, pp. 1694 a 1708.

- DÍEZ-PICAZO, L., “*La representación en el derecho privado*”, Ed. CIVITAS, Madrid, 1992.

- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, “*Sistema de derecho civil*”, Ed. Tecnos, 10ª edición, Madrid, 2001.

- GARCÍA GARNICA, M.ª DEL C., “*El ejercicio del derecho de la personalidad del menor emancipado*”, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004.

- LACRUZ BERDEJO, J. L. (y otros), “*Elementos de Derecho Civil*”, Tomo 1, *Parte general*, Vol. 2, *Personas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

- MASSIMO BIANCA, C., “*Diritto Civile. 1. La norma giuridica, i soggetti*”, Ed. Giuffrè, Milano, 1982.

- MENÉNDEZ MATO, J. C., “*Artículo 162*”, en *Comentarios al código civil*, dirigido por ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, Ed. Lex Nova, 2010, pp. 282 y 283.

- MENÉNDEZ MATO, J. C., "Artículo 163", en *Comentarios al código civil*, dirigido por ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, Ed. Lex Nova, 2010, p. 283.

- MENÉNDEZ MATO, J. C., "Artículo 164", en *Comentarios al código civil*, dirigido por ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, Ed. Lex Nova, 2010, pp. 284 y 285.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., "*Compendio de derecho civil*", Tomo I, Parte general, Ed. EDERSA, Madrid, 1997.

- PARRA LUCÁN, M.^a A., "*Comentario al artículo 299*", en *Comentarios al código civil*, dirigido por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2013, pp. 2497 a 2509.

- PUIG BRUTAU, J., "*Fundamentos de derecho civil*", Tomo I, volumen I, 1^a parte, Barcelona, 1979.

- RIVERO HERNÁNDEZ, F., "*El interés del menor*", Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

- RUIZ-RICO RUIZ, J., M., "*La representación legal de menores e incapaces. Contenido y límites de la actividad representativa.*" Capítulos II, III y IV, Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 27 a 118.

- SERRANO GIL, A., "*El defensor judicial*" capítulo VII de *Protección jurídica del menor*, Coordinado por POUS DE LA FLOR, M.^a P., y TEJEDOR MUÑOZ, L., Ed. Tirant Lo Blanc, Valencia, 2017, pp. 214 a 227.

Artículos de Revistas:

- BEHNKE, Thorsten, "*Das neue Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz*", en *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 42, 1998. Consultado, en noviembre de 2021, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=11534>

- CREMADES GARCÍA, P., "*Futuro profesional de los menores y ejercicio de la patria potestad.*" Revista Boliviana de Derecho, N.º 32, 2021, pp. 252 a 277. Obtenida, en febrero de 2022, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8055223>

- DÍEZ PICAZO, L., “Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad”, *Anuario del derecho civil*, Vol. 35, N.º 1, 1982, pp. 3 a 20. Obtenido, en abril, de: [Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad - Dialnet \(unirioja.es\)](https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=74362)
- GULLÓN BALLESTEROS “Sobre la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor” de *La ley*, 8 de febrero de 1996, *La Ley*, Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N.º 1, 1996, pp. 1690 a 1693. Obtenida, en abril del 2022, de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=74362>
- JORDANO FRAGA, F., “La capacidad general del menor”, de *Revista de Derecho Privado*, 1984. Consultada, en febrero de 2022, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1147>
- LEMOULAND, J. J., "L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation", *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, nº1, 1997. Consultada, en noviembre de 2021, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1292>
- LÓPEZ JACOISTE, J. J., "Una aproximación tónica a los derechos de la personalidad", de *Anuario de Derecho civil*, Vol. 39, N.º 4, 1986, págs. 1059-1120. Obtenido, en abril del 2022, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46665>
- RAMOS CHAPARRO, E. J., “Niños y jóvenes en el derecho constitucional”, *Derecho privado y constitución*, N.º 7, 1995, pp. 167 a 230. Obtenida, en abril del 2022, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1425393>
- RUIZ-RICO RICO, J. M., "Representación legal de menores y abuso de poder representativo", *Revista de derecho de familia: doctrina, jurisprudencia y legislación*, N.º 24, 2004, pp. 23 a 66. Obtenida, en febrero de 2022, de: <https://dialnet-unirioja-es.ponton.uva.es/servlet/libro?codigo=252567>
- SALANOVA VILLANUEVA, M., "El derecho del menor a no ser separado de sus padres", *Revista de derecho privado y Constitución*, N.º 7, 1995, pp. 231 a 300. Obtenida, en abril de 2022, de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1425395>

- STANZIONE, P., "Minorità e tutela della persona umana", de la Revista *Diritto di famiglia e delle persone*, 2000. Obtenida, en noviembre de 2021, de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=424>

Páginas web consultadas:

- Capacidad de obrar tras la Ley 8/2021. Disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/capacidad-de-obrar/>

- Características de la representación legal. Disponible en <https://espana.leyderecho.org/caracteristicas-de-la-representacion-legal/amp/>

- Definición de Administración. Disponible en: <https://dle.rae.es/administrar>

- Definición del Defensor judicial. Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAC2OvW7DMAyE30ZjkR8E6KLFdgYPCQpHKLrSMuEIUUhHpN3o7avU4cL7DocjHzOm7PCp1rWdkUxM-W5dmtEo9GI3BrzOEBv2dvvSYUEHffE5DZiqXJSyQuxQ7P7TyJV_z7CEETQwVZDWrjAM9vizec12tzsczIjSsB-hxFJ0YBlkjpJE8e2ZHvmm2vq1Xd5QntChRU7oBHLXUFI_voFBVoKPvAHyPR829WsWvp7pcs_Gx_LbkCxhog0vD_7A6YQz2sAAQAAWKE

- Legislación: <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html>

Tesis:

- BARTOLOMÉ TUTOR, A., “*El reconocimiento de los menores de edad de capacidad de obrar progresiva en los actos relativos a los derechos de la personalidad*” Madrid, 2014. Obtenida en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=72242>

12. JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional:

- STC 120/1990 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990) - ECLI:ES:TC:1990:120
- STC 254/1993 (BOE núm. 197, de 18 de agosto de 1993) - ECLI:ES:TC:1993:254
- STC 311/2000 (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2001) - ECLI:ES:TC:2000:311
- STC 46/2001 (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001) - ECLI:ES:TC:2001:46
- STC 154/2002 (BOE núm. 188, de 07 de agosto de 2002) - ECLI:ES:TC:2002:154

Tribunal Supremo:

- STS de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989/1993).
- STS de 2 de junio de 1989 (RJ 1989\4283).
- STS de 19 de abril de 1991 (RJ 1991/2725).
- STS 197/1994, del 10 de marzo de 1994 (RJ 1994\1731).
- STS 183/1998, del 5 marzo de 1998 (RJ 1998\1495).
- STS 335/1998, de 16 de abril de 1998 (RJ 1998\2392).
- STS 642/1999, de 16 de julio de 1999 (RJ 1999/6353).
- STS 811/2002, de 6 de septiembre de 2002 (RJ 2002/7180).
- STS 1046/2002, de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002\9484).
- STS 21/2003, de 17 de enero de 2003 (RJ 2003\433).
- STS 212/2003, de 4 de marzo de 2003 (RJ 2003\2538).
- STS 979/2003, de 23 de octubre de 2003 (RJ 2003/7407).
- STS 705/2004, de 30 de junio de 2004 (RJ 2004\4282).
- STS 724/2005, de 6 de octubre de 2005 (RJ 2005\8759).
- STS 233/2010, de 21 de abril de 2010 (RJ 2010\3543).
- STS 43/2012, de 10 febrero de 2012 (RJ 2012\2041).
- STS 339/2012, de 5 de junio de 2012 (RJ 2012/6700).
- STS 26/2013, de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013\928).
- STS 440/2014, de 28 octubre de 2014 (RJ 2014\5847).
- STS 441/2016, de 30 de junio de 2016 (RJ 2016/2859).

Tribunal Superior de Justicia:

- STSJ Navarra 17/1994, de 24 de octubre de 1994 (RJ 1994/9026).

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

- RDGRN de 27 de enero de 1987 (BOE-A-1987-2162).
- RDGRN del 2 de diciembre de 1998 (BOE-A-1999-873).
- RDGRN del 14 de mayo de 2010 (BOE-A-2010-14792).