

CAPACIDAD DEL MENOR DE EDAD EN EL ORDEN PATRIMONIAL CIVIL Y ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DE SUS REPRESENTANTES LEGALES

Antonia Nieto Alonso

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

TITLE: *The capacity of minors in the patrimonial civil order and scope of the intervention of their legal representatives.*

RESUMEN: El Derecho civil común ha evolucionado a favor de una mayor autonomía del menor de edad, alineándose así con una tendencia consolidada en los ordenamientos civiles autonómicos; asimismo, se admite que los menores son titulares plenos de sus derechos fundamentales, reconocimientos que propician la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente. En el presente trabajo se defiende la capacidad de obrar del menor de edad, *graduable*, o dinámica, en función de sus condiciones de madurez y a la vez *limitada*, en atención a las disposiciones dictadas para su protección, porque, no obstante el reconocimiento de esa esfera de válida actuación del menor que legalmente es considerado con suficiente madurez, nunca puede llegar a prevalecer sobre las normas generales tuitivas, que prevén la participación de sus representantes legales, o, en su caso, de la autoridad judicial o del defensor judicial. Además, en el estudio se propugna conceder mayor relevancia a la necesaria coordinación entre los órganos jurisdiccionales encargados de la defensa de los menores con los notarios, por estimar que la intervención de estos fedatarios públicos es imprescindible y así se dedica un apartado especial del trabajo al juicio de suficiencia notarial de la capacidad necesaria para otorgar el acto o contrato y, en su caso, juicio de suficiencia notarial de la representación. También, se analizará pormenorizadamente el tipo de ineficacia de los actos concluidos por los propios menores y de los celebrados por sus representantes legales sin la preceptiva autorización, cuestión que ha originado gran parte de los litigios en este ámbito. En fin, no se descuida la concesión de la importancia que en un estudio de esta índole corresponde al principio general del «interés superior del menor», que servirá para que cuando entre en juego deba imponerse sobre otros y frente a otras soluciones. Por lo demás, el trabajo se realiza al amparo de la últimas reformas de 2015 y de la legislación civil autonómica; el análisis de la cuestión se completa con la doctrina científica más representativa en la materia y se ilustra con relevantes decisiones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo así como con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

ABSTRACT: *The common civil law has evolved in favour of greater autonomy of the minor, aligning themselves with a consolidated trend on the autonomous civil systems; also is admitted that minors are fully entitled to their fundamental rights, recognition conducive to the preparation of transition to independent adult age. In this study it argues that the ability of the minor is adjustable and dynamic depending on their degree of maturity, in view of the provisions laid down for its protection, because, despite the recognition that defends sphere valid performance of the minor never prevail over the tuitiva general rules, which provide for the participation of their legal representatives, or, where appropriate, of the judicial authority or the judicial defensor. Likewise, I defend the necessary coordination between the courts and notaries. Are also analyzed the acts performed by minors and their legal representatives without authorization, an issue that has caused much litigation in this area. Finally, the granting of the importance in a study of this kind corresponds to the general principle of "superior interests of the minor" hermeneutical criterion that will serve so that when the interests of a minor comes into play be imposed on others. Moreover, work is performed under the latest reforms of 2015 and the autonomous civil law;*

the analysis of the issue is completed by the most representative scientific doctrine on the subject and illustrated with relevant decisions of the Constitutional Court and the Supreme Court and the doctrine of the Directorate General of Registries and Notaries.

PALABRAS CLAVE: menor de edad no emancipado; patria potestad; tutela; curatela; guarda de hecho; defensor judicial; juicio de suficiencia notarial; interés superior del menor.

KEY WORDS: *minor unemancipated; custody; guardianship; curatorship; guard of fact; judicial defensor; judgment notarial of sufficiency; superior interest of the minor.*

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA CAPACIDAD DE OBRAR LIMITADA DEL MENOR, EN VIRTUD DE LAS DISPOSICIONES DICTADAS PARA SU PROTECCIÓN. 2.1. *La capacidad del menor de edad no emancipado: ámbito negocial-patrimonial.* 2.2. *La capacidad del menor para realizar actos y contratos relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales.* 2.3. *Juicio de suficiencia notarial de la capacidad necesaria para otorgar el acto o contrato y, en su caso, juicio de suficiencia notarial de la representación.* 2.4. *Las consecuencias de la intervención negocial de los menores en el tráfico jurídico: especial consideración a la ineficacia de los contratos por él concluidos.* 3. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS MENORES Y LA INTERVENCIÓN JUDICIAL: EJERCICIO DE POTESTADES ENFOCADAS HACÍA EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 3.1. *El ejercicio de la patria potestad siempre en interés de los hijos y las disposiciones judiciales dictadas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios.* 3.2. *El tipo de ineficacia de los actos y contratos realizados por los padres o tutores sin la correspondiente autorización judicial.* 3.2.1. *La ineficacia de los actos realizados por el titular de la patria potestad sin la autorización judicial: a propósito de la STS (Pleno) de 22 de abril de 2010.* 3.2.2. *La sanción correspondiente a los actos y contratos concluidos por los tutores sin la preceptiva autorización judicial.* 4. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

Estimo que para comenzar el estudio de la capacidad de obrar del menor de edad, resulta insoslayable traer a colación alguna de las consideraciones al respecto del profesor Federico DE CASTRO, en particular, su contundente «crítica de la teoría de la incapacidad absoluta del menor», que al analizar, en concreto «El poder patrimonial del menor», concluye, en esencia que «La limitación de la capacidad de obrar del menor habrá de estar en cada caso justificada jurídicamente, y en este sentido puede decirse que es excepcional»¹. Advierto que me refiero en general a la capacidad «de obrar» del menor y en concreto a su capacidad «para contratar», que es a la que, estimo, se refiere el artículo 1263 del Código civil² y dejo para mejor ocasión el estudio de la capacidad personal del menor en relación a sus derechos de la personalidad³.

¹ CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *Derecho civil de España*, t. II. *Derecho de la persona*. Parte primera. *La persona y su estado civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952, pp. 174-176, con ocasión del estudio de la «Naturaleza jurídica de la condición del menor».

² Nótese que la capacidad de obrar abarca el poder del menor, más allá de su capacidad para contratar. Así, como puntualiza VARELA CASTRO, es erróneo identificar la capacidad de obrar con la capacidad para contratar: «más bien, ésta depende de aquella, ya que el contenido de la capacidad de obrar excede con creces al ámbito contractual». VARELA CASTRO, Ignacio, «El interés del menor como derecho subjetivo.

En torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro ordenamiento, no existe una disposición que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se le autorizase para obrar por sí; y no cabe derivar esa incapacidad ni del artículo 322 del Código civil, en el que se establece el límite de edad a partir del cual se es capaz para todos los actos de la vida civil, ni tampoco de la representación legal que corresponde a los padres y tutores respecto de los hijos menores no emancipados, sin perjuicio de reconocer el trascendental papel que a estos corresponde en garantía y defensa del interés superior de los menores, como se pretende demostrar a lo largo de este estudio. Por consiguiente, convengo con la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando concluye que si a partir de los dieciocho años se presupone el grado de madurez suficiente para toda actuación civil (con las excepciones legales que se establezcan), por debajo de esa edad habrá de atenderse a la actuación concreta que se pretenda realizar, cubriendo la falta de previsión expresa por cualquiera de los medios integradores del ordenamiento legal (arts. 1, 3 y 4 CC), y no por el recurso a una regla general de incapacidad que además no se aviene ni con el debido respeto a la personalidad jurídica del menor de edad⁴.

Aun siendo consciente de que un estudio de la capacidad del menor de edad desborda cualquier previsión y que resulta imposible abordar la cuestión *in extenso*, la pretensión de esta investigación consiste en poner de manifiesto la necesidad de cohonstar la defensa de la autonomía del menor en sus actuaciones patrimoniales con la participación de sus representantes legales en garantía y defensa de sus intereses. Para tal cometido, resultará imprescindible una lectura conjunta de diversos preceptos del Código civil, sobre todo después de su nueva redacción por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en particular, de los artículos 162.2.º.1.º y 1263.1.º del Código civil, de no realizar una interpretación sistemática de las dos normas, las conclusiones que puedan inferirse si se analizan aisladamente pueden inducir a errores, singularmente, en relación a la capacidad de los menores de edad no emancipados. En efecto, el artículo 162.2.º.1.º, anterior a la reforma, excluía de la representación legal no solo los actos relativos a los derechos de la personalidad, sino también otros actos que el hijo «de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo», por lo que puede pensarse que, después de la reforma, al no excepcionar estos actos de la representación legal, parece que la requerirán⁵; no obstante, procede, como anticipé,

Especial referencia a la capacidad para contratar del menor», *Boletín del Ministerio de Justicia*—www.mjusticia.es/bmj—, núm. 2188, mayo 2016, p. 56.

³ En efecto, interesa a este estudio el ámbito patrimonial de actuación del menor, de considerable importancia, de hecho, se aprecia que la «funcionalidad de la persona» como centro de imputación de derechos y obligaciones: «se centra prácticamente en exclusiva en su patrimonio». Así, GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, «La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas», *Teoría & Derecho*—monográfico: «Sobre el concepto de persona»—, núm. 14/2013, p. 88.

⁴ Cfr., los FD Segundo de las RDGRN de 3 marzo 1989 (*RJ* 1989\2380) y de 14 mayo 2010 (*RJ* 2010\3631).

⁵ Por esa razón no extraña que algún autor defienda esta redacción anterior del artículo 162 de Código civil, por considerarla más aperturista. Así, VARELA CASTRO, Ignacio, «El interés del menor...», *op. cit.*, p. 54.

integrar esta norma con la nueva redacción del artículo 1263.1.º del Código civil, que de la lacónica redacción previa según la cual «No pueden prestar consentimiento: 1.º Los menores no emancipados», pasa a reconocer relevantes excepciones, ya que, a continuación, realiza las oportunas matizaciones que, estimo, le faltan al párrafo segundo, apartado 1.º del artículo 162 del Código civil, a saber: «salvo aquellos contratos que las leyes les permiten 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». Pues bien, precisamente, este será el orden sistemático que se seguirá en el presente estudio: se parte de la declaración general del artículo 1263.1.º del Código civil, del que se infiere una capacidad de obrar limitada de los menores no emancipados, para, a continuación, destacar aquellas actuaciones de orden negocial-patrimonial, que puede realizar por sí mismo, sin perjuicio de, analizar, en otro apartado especial, el reconocimiento legislativo —que ya era generalmente aceptado por la doctrina científica y por la jurisprudencia—, de la capacidad del menor para realizar actos y contratos «relativos a bienes y servicios de la vida corriente»⁶. Asimismo, se resaltarán el papel representado por el notario en la emisión de juicios de capacidad del menor de edad y también se tratará del tipo de ineficacia de los actos y contratos concluidos por los menores. Finalmente, en la última parte del trabajo, se estudian aquellos actos que requieren la participación de sus representantes legales o, en su caso, de la presencia judicial, bien para intervenir, incluso, de oficio, o bien para autorizar los actos realizados por los representantes del menor, siempre en aras de proporcionar las mayores garantías y en pro del interés superior de los menores, sin descuidar una de las cuestiones más discutidas tanto doctrinal como jurisprudencialmente hasta la actualidad, cual es la determinación del tipo de ineficacia que se sigue de los actos del representante legal efectuados sin la correspondiente autorización. En fin, a lo largo del presente trabajo se pondrá de manifiesto el papel crucial que juega en este ámbito de estudio el «interés superior del menor», como principio general del derecho y criterio hermenéutico⁷.

⁶ Cumple modular la rigidez del apartado primero del artículo 1263 del Código civil, en especial, en atención a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Sobre todo, cuando en su artículo 2, con la rúbrica «Interés superior del menor», dispone en el apartado 1, párrafo 2, que «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» —nueva redacción dada por el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia—. También, disponen el deber de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, el artículo 211-3.3 del CC de Cataluña y el artículo 7.2 del Código del Derecho Foral de Aragón. Por otra parte, ni el Tribunal Constitucional, ni el Tribunal Supremo, han permanecido al margen de esta cuestión. Así, la STC 174/2002, 9 octubre (RTC 2002\174), consideró que «toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE)» (FJ 5), con la misma doctrina, cfr., la STC 7/2011, 14 febrero (RTC 2011\7) y la STS 30 junio 2004 (RJ 2004\4283).

⁷ Recuérdese la triple dimensión del «interés superior del menor»: derecho sustantivo, principio general de carácter interpretativo y norma de procedimiento. Cfr., por ejemplo, el Preámbulo de la LO 8/2015 y la STS 20 julio 2015 (RJ 2015\2786).

Recapitulando, cualquier estudio o juicio que se precie en torno a la capacidad de los menores no emancipados habrá de realizarse, por una parte, interpretando las normas del ordenamiento jurídico, en atención a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (ex art. 3.1 CC), sin subestimar como criterio hermenéutico el «interés superior del menor» y, por otra parte, atemperar la resolución del caso a la madurez concreta de cada menor⁸.

2. LA CAPACIDAD DE OBRAR LIMITADA DEL MENOR, EN VIRTUD DE LAS DISPOSICIONES DICTADAS PARA SU PROTECCIÓN

Frente a los que pudiesen defender la incapacidad de obrar absoluta del menor de edad no emancipado, en el presente estudio se aboga por el reconocimiento al menor de una capacidad *limitada*⁹, por la necesidad de garantizar sus legítimos intereses, bien por medio de la intervención de sus representantes legales, en su caso, de un defensor judicial si hubiese conflicto o discrepancia entre ellos, bien, por la exigencia de la intervención del juez, incluso de oficio y del ministerio fiscal, siempre en defensa de los intereses de los menores.

Por lo demás, considero que no resulta baladí delimitar el alcance de la capacidad de obrar para, a continuación, plasmar esa concepción sobre la capacidad de contratar del menor de edad y así recordar, con el Profesor GORDILLO, que la capacidad de obrar hace referencia a la posibilidad del sujeto de llevar a cabo en la esfera de su interés actos jurídicos, provocando el nacimiento de efectos sancionados en su eficacia por el Derecho: «Exige, por ello, en la persona la madurez necesaria para valorar la conveniencia de tales actos». Además, el autor manifiesta la idea, que también se defiende en este estudio, de la graduación de la minoría de edad, al señalar que la capacidad de obrar es «esencialmente dinámica» y añadir que «no acompaña necesariamente a la personalidad, ni se da en igual medida en todos los hombres, ni aun en la misma persona en los distintos momentos de su vida»¹⁰.

⁸ No en vano, el Tribunal Supremo, aunque en relación a la persona con discapacidad —que estimo que se trata de afirmación extrapolable a la minoría de edad—, declaró que «Ya no se trata de hacer un traje a medida de la persona con discapacidad, sino de hacer los trajes a medida que hagan falta», FD Tercero de la STS 29 abril 2009 (RJ 2009\2901). Así, *mutatis mutandis*, puede afirmarse que no se trata de establecer una normativa rígida para todo menor de edad, sino de configurar una normativa flexible, adaptable a la edad y a la madurez del menor. Ya RIVERO, reconoció que «No hay “minoría de edad”, sino “minorías”». RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *El interés del menor* (2.ª ed.), Dykinson, Madrid, 2007, pp. 176-179, en particular.

⁹ En coherencia con este reconocimiento de la capacidad del menor, aun limitada, se ha opinado, atinadamente, que se adecua al reconocimiento de tal capacidad la reducción de la responsabilidad paterna (ex art. 1903 CC) a los supuestos en los que, dentro del ejercicio de la patria potestad, el menor no puede actuar autónomamente, «excluyendo así dicha responsabilidad cuando el menor puede actuar válidamente por sí mismo». Cfr., VARELA CASTRO, Ignacio, «El interés del menor...», *op. cit.*, p. 56.

¹⁰ En fin, concluye que la capacidad de obrar es contingente (se puede tener y se puede carecer de ella) y variable (admite grados y modificaciones). GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986, en especial, pp. 38-40.

De nuevo, rescato la doctrina del Profesor DE CASTRO que, frente a los que consideran que el menor está afectado de una incapacidad de obrar absoluta, excepción de los casos expresamente señalados por la ley, observa como nuestro Derecho adopta la concepción del menor de edad con capacidad de obrar limitada; convencen de ello las siguientes consideraciones, que sintetizo: 1.ª tal era la doctrina del antiguo Derecho español; 2.ª ninguna disposición del Código civil permite inferir una incapacidad absoluta del menor; 3.ª la teoría de la incapacidad absoluta resulta falta de lógica, aplicada a nuestro sistema jurídico. Por consiguiente, concluye que «La limitación de la capacidad de obrar del menor habrá de estar en cada caso justificada jurídicamente, y en este sentido puede decirse que es excepcional»¹¹.

A continuación, se estudiará, por una parte el apartado primero del artículo 1263 del Código civil, en el que además de la regla general según la cual los menores no emancipados «no pueden prestar consentimiento», se reconocen algunas excepciones, que asimismo se abordarán, en especial, los supuestos en los que el menor, con arreglo a la ley puede realizar por si mismo y aquellos para los que por tratarse de contratos de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales también está capacitado, se dejará para otro apartado, los negocios jurídicos que el menor solo puede realizar a través de sus representantes legales, que, generalmente necesitarán, además, contar con la autorización judicial, que supone un notable refuerzo en garantía del interés de los menores.

2.1. *La capacidad del menor de edad no emancipado: ámbito negocial-patrimonial*

En la esfera del ámbito negocial-patrimonial es donde el ejercicio del poder de representación de los padres o tutores adquiere toda su significación, como ha reconocido la mejor doctrina: «La protección que dicha dependencia significa tiende a impedir que se establezcan vínculos obligatorios de esta índole, directamente, por el menor»¹². Sin embargo, estimo que, a raíz de la reforma por la citada Ley 26/2015 de algún precepto del Código civil, como el artículo 1263.1.º, se atisba un horizonte más permisivo con la eficacia de los negocios concertados por menores, en especial, cuando por haber llegado a cierta edad se les presuma que tienen capacidad natural —de entender y querer el acto jurídico que realizan—.

Nuestro Código civil regula en el artículo 1263 la capacidad para contratar como capacidad para prestar consentimiento: «No pueden prestar consentimiento...», dice el citado artículo¹³. No obstante, suscribo la opinión de que la «capacidad» no es un

¹¹ CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *Derecho civil de España*, t. II, *op. cit.*, pp. 174-176.

¹² GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona* (2.ª ed.), Civitas, Madrid, 1992, pp. 54 y ss.

¹³ VARELA CASTRO considera criticable que el legislador de 2015 haya mantenido la supuesta regla general de incapacidad («No pueden prestar consentimiento...») excepcionándola en determinados supuestos. VARELA CASTRO, Ignacio, «El interés del menor...», *op. cit.*, p. 30.

presupuesto de la existencia del consentimiento, sino un presupuesto de la validez y de la eficacia del negocio, por ello, como concluye Díez-PICAZO «más que de capacidad para prestar consentimiento, debe hablarse pura y simplemente de “capacidad para contratar”»¹⁴. Considero que hoy más que nunca, con la nueva redacción del precepto, que todavía pudo ser más explícito, la capacidad a la que se alude es la de contratar, no en vano se refiere expresamente como salvedad a aquellos «contratos» que las leyes les permitan realizar por sí mismos... Convengo con un amplio sector doctrinal que, al comentar el artículo 1263 del Código civil observan como realmente está indicando un requisito del consentimiento, que para que pueda ser válido se requiere que la persona que lo emite tenga la «madurez suficiente o las facultades mentales adecuadas para poder decidir con libertad»¹⁵. En este sentido se pronunció VALPUESTA FERNÁNDEZ, que, finalmente, considera que el criterio que debe inspirar la capacidad de obrar es la capacidad natural del menor «desde la perspectiva de sus necesidades que están ligadas a su formación, que es la que marca con más intensidad este ciclo de la vida de las personas»¹⁶.

Dejando para un apartado siguiente de este estudio los supuestos en los que los menores pueden (como excepción a la regla general de sujeción a representación) celebrar por sí mismos «contratos relativos a la vida corriente», como autoriza el segundo inciso del apartado 1.º del actual artículo 1263 del Código civil, a continuación, me referiré a los negocios más significativos que el menor no emancipado puede concluir por sí mismo¹⁷. También aquí preciso recordar la siguiente puntualización que al respecto de esta cuestión formula el profesor DE CASTRO, con la que convengo: en nuestro Derecho, las dos causas específicas que limitan de modo general la capacidad

¹⁴ Díez-PICAZO, Luí, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. Primero: *Introducción. Teoría del contrato* (4.ª ed.), Civitas, Madrid, 1993, p. 144. Sin embargo, en un concienzudo estudio, BADOSA COLL, pretende demostrar que el artículo 1263 del Código civil trata de la «incapacidad de consentir» y que esta es una noción diferente de la «incapacidad de contratar». Cfr., BADOSA COLL, Ferrán, «Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (un estudio sobre el artículo 1263 Cc)», en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, t. I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 191-241.

¹⁵ Apela a las «condiciones de madurez del menor», CARRASCO, que propone reconstruir una regla general de capacidad contractual *ad hoc*: «en virtud de la cual el menor es capaz para celebrar contratos que sean proporcionados a sus condiciones de madurez», de esta manera, «la capacidad de obrar del menor es la capacidad concreta de cada menor y de cada edad, no la abstracta capacidad impuesta por la regla de la minoría». CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011 (reimpresión), p. 150. Cfr., para un estudio exhaustivo de los artículos 1263 y 1264 del Código civil, LETE DEL RÍO, José Manuel y LETE ACHIRICA, Javier, *Derecho de obligaciones*, vol. I, *Teoría general de la relación obligatoria y del contrato. Responsabilidad civil extracontractual* (6.ª ed.), Aranzadi Thomson Reuters —en prensa—.

¹⁶ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, «Comentario a los artículos 1263 y 1264 del Código civil», *Código civil comentado*, vol. III, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 638-640.

¹⁷ Como observa GÓMEZ LAPLAZA, para apreciar exactamente la «incapacidad» de los menores habría de acudir no solo a la regulación relativa a estos, sino también al análisis particularizado de cada figura contractual. GÓMEZ LAPLAZA, M.ª del Carmen, «Comentario a los artículos 1263 y 1264 del Código civil», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (Dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1.º B (*Artículos 1261 a 1280 CC*), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, p. 179.

de obrar del menor, o sea, el poder del representante legal y su situación de protegido, coinciden en negarle poder de disposición *inter vivos* de su patrimonio; en cambio, le cabe la posibilidad, casi ilimitada, de adquirir, es decir, tiene capacidad de obrar para aumentar su patrimonio mediante actos jurídicos. Así, en relación a la posesión, el artículo 443 del Código civil, ordena que los menores pueden adquirir la posesión de las cosas y, por tanto, conforme a este precepto el menor puede hacer que su patrimonio se beneficie de los diversos efectos directos o indirectos que puede originar la posesión¹⁸.

Por lo que respecta a la donación y a la capacidad de aceptarla, destacan, directamente el artículo 625, e indirectamente, por una interpretación «a sensu contrario», el artículo 626 del Código civil, ya que el artículo 625 del Código civil regula la capacidad pasiva para aceptar donaciones y como estimó la STS 6 julio 1985¹⁹, ha de entenderse con generosidad, tendente a facilitar la aceptación de las donaciones, singularmente en la hipótesis de las puras y simples, en las que se acentúa la naturaleza gratuita del contrato. Además, la RDGRN 3 marzo 1989²⁰, dispone que el propio tenor del artículo 625 del Código civil y la interpretación *a contrario* del artículo 626 del Código civil, permite entender el precepto en el sentido de proclamar como regla general la aptitud de toda persona que tenga capacidad de entender y querer, para aceptar donaciones salvo específica declaración legal en contra, como la establecida en el artículo 626 del Código civil²¹.

Como ya se anticipó, al menor se le niega, en general, poder de disposición *inter vivos* de su patrimonio, en cambio, las disposiciones *mortis causa* se admiten, como señala, de nuevo, DE CASTRO, por no disminuir el patrimonio, ser revocables y por advertir de su trascendencia la solemnidad de su otorgamiento. El autor, al estudiar el «poder personal del menor», sitúa su facultad de testamentifacción en el ejercicio de los derechos de la personalidad y concluye que el testamento, como acto *mortis causa* y también personalísimo (art. 670 CC) solo puede realizarlo el menor, que tiene

¹⁸ Como, por ejemplo, la adquisición de frutos (art. 451 CC) o la adquisición de la propiedad por ocupación (arts. 610 y ss. CC). Además, es imposible desconocer que el menor puede adquirir derechos —reales y de crédito— mediante contratos gratuitos y onerosos; pues si bien no puede prestar consentimiento, de modo que él mismo quede vinculado definitivamente (art. 1263 CC), el contrato que celebre vincula al otro contratante (art. 1302 CC), siendo eficaz mientras no sea impugnado por parte del menor. CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *Derecho civil de España*, t. II, *op. cit.*, pp. 182-184, en particular.

¹⁹ RJ 1985\4132.

²⁰ RJ 1989\2380.

²¹ Cfr., además, la RDGRN 14 mayo 2010 (RJ 2010\3631). En relación a esa capacidad de los menores de aceptar donaciones, razona DE CASTRO que conforme a esta concepción, y por analogía con lo dispuesto por el artículo 626, ha de entenderse que el menor tiene facultad para aceptar ofertas y así perfeccionar negocios jurídicos gratuitos puros, aunque no sean técnicamente donaciones *inter vivos* o *mortis causa*, así, por ejemplo, podrá válidamente aceptar la renuncia de derechos (art. 4), la renuncia de la herencia (art. 1000), la renuncia de la prescripción ganada (art. 1935), aceptar una estipulación convenida por otras personas a favor del menor (art. 1257). CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *Derecho civil de España*, t. II, *op. cit.*, p. 183.

capacidad especial e independencia para testar desde los catorce años (art. 663.1.º CC), salvo el testamento ológrafo (art. 688 CC), también desde la misma edad puede hacer donaciones *mortis causa*²². En fin, como ha reiteradamente declarado el Tribunal Supremo desde antiguos fallos, la integridad mental indispensable para ejercitar válidamente el derecho de testar es un supuesto que constituye presunción «*iuris tantum*», obliga a estimar que concurre capacidad plena para otorgar testamento a favor de todos los que sean mayores de catorce años y solamente puede ser destruida por una prueba completa y evidente en contrario²³.

2.2. *La capacidad del menor para realizar actos y contratos relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales*

Es un hecho constatado que los menores contratan y que lo hacen en un volumen nada despreciable, también, resulta evidente que existen cánones o criterios sociales de admisión de esta actuación negocial, siempre en función del desarrollo del menor, sobre todo de su capacidad natural (de entender y querer), del tipo de negocios celebrados y de los usos sociales, en atención a la vida real, en la cual los menores desarrollan una actividad contractual creciente con arreglo a su edad y a los usos²⁴. Por consiguiente, un replanteamiento *a posteriori* de la validez del contrato es inadmisibles; como reconoce la mejor doctrina, pensar que todos esos contratos sean anulables no corresponde a la situación objetiva, ni a los usos sociales²⁵. En suma, en estos casos, quien contrata con el menor deberá cerciorarse si, por sus condiciones de edad y en relación al contenido del negocio de que se trate, tiene la suficiente capacidad natural para realizarlo y también, puede inferir que el menor ejercita el acto con poder de representación expreso o tácito de sus padres, la doctrina se refiere a una «tácita

²² CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *Derecho civil de España*, t. II, *op. cit.*, p. 180 y p. 182, nota 1. También, en relación a los actos o negocios jurídicos que puede realizar el menor, *cfr.*, ampliamente, GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona* (2.ª ed.), *op. cit.*, pp. 54-57.

²³ En este sentido, *cfr.*, las STS 8 mayo 1922 (*JC* 1922, t. 156, núm. 36) y 25 octubre 1928 (*JC* 1928, t. 185, núm. 131). Además, sobre todo, en estas Sentencias se advierte del relevante papel que juega el notario que autoriza estos actos, al señalar que su juicio sobre capacidad tiene un valor de preferencia para decidir las dudas que respecto a la validez del testamento se susciten. Sobre el juicio de suficiencia notarial, *cfr.*, en este mismo estudio, el apartado 2.3.

²⁴ Desde la adquisición de chucherías, tebeos o cromos en el kiosco, pasando por los contratos de transporte, espectáculos, libros, material escolar, bebidas, etcétera. Según LACRUZ BERDEJO y DELGADO ECHEVERRÍA, cabe interpretar que cuando un menor contrata dentro de los límites que los usos señalan a su edad y situación, ha de presumirse que media una autorización tácita del guardador; o mejor, que tanto él como su guardador (quien en otro caso debió dar a conocer de algún modo su desacuerdo) han renunciado tácitamente a la impugnación del negocio. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil I, Parte General*, Vol. Segundo: *Personas*, sexta edición —revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA—, Dykinson, Madrid, 2010, p. 126.

²⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *ibidem*; en parecido sentido, al estudiar la capacidad natural del menor, se pronuncia GALGANO, Francesco, *Diritto Privato* (15.ª ed.), CEDAM, Padua (Italia), 2010, p. 81. Ampliamente, sobre esta cuestión, JORDANO FRAGA, Francisco, «La capacidad general del menor», *RDP*, octubre, 1983, p. 885.

autorización»²⁶. También, en este sentido, la significativa STS 10 junio 1991 se refirió a la existencia en estos supuestos de una «declaración de voluntad tácita» de los representantes legales de los menores²⁷; para la Sala Primera, la tesis de la invalidez de este tipo de contratos celebrados por los menores:

«es inaceptable por contraria a los usos sociales imperantes en la actualidad ya que *resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos para acceder a lugares de recreo y esparcimiento o para la adquisición de determinados artículos de consumo, ya directamente en establecimientos abiertos al público, ya a través de máquinas automáticas, e incluso de transporte en los servicios públicos, sin que para ello sea necesaria la presencia inmediata de su representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración tácita de estos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes*» (FD Tercero) —énfasis añadido—²⁸.

Como ha señalado algún autor, la nueva redacción del artículo 1263.1.º del Código civil, ha legalizado la doctrina recogida por el Tribunal Supremo en esta Sentencia²⁹. Se puede decir que nuestro legislador se sitúa en la senda marcada por los más modernos

²⁶ Así se explicaría que el quiosquero no se plantee siquiera la validez de sus contratos de venta de chucherías con menores no emancipados, ni les exigiría a estos la demostración de su poder representativo, pues este se desprende de las propias circunstancias de la transacción (o el padre le dio el dinero expresamente para que comprara las chucherías o, en el convencimiento de que acabaría comprándolas, en la entrega del dinero, pues existía una tácita autorización). JORDANO FRAGA, Francisco, *op. cit.*, pp. 887 y 888.

²⁷ RJ 1991\4434. En el caso enjuiciado se discute la validez de un billete «forfait» para la utilización del telesquí por menor de edad y el correspondiente seguro de accidentes, tomado por el joven de dieciséis años de edad, desestimándose la nulidad radical o inexistencia del contrato. Además, el Tribunal tiene en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas (art. 3.1 CC); por lo que concluye que siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de estos, es evidente que en esta clase de contratos la misma se hace innecesaria.

²⁸ Al estudiar esa sentencia, se ha concluido, en relación a los actos realizados por menores con capacidad natural, que quedan cubiertos actos que los menores realizan con normalidad en la vida social actual, tales como compra de golosinas, libros, pero también artículos de alto valor económico, como zapatillas deportivas, ropa o la contratación de reparación de bicicletas o ciclomotores, «para los que sería contrario a la buena fe el ejercicio de la acción de anulación por el representante legal». En este sentido, PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, «Minoría de edad» (Capítulo 12), M.ª del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, (Dir.) y Judith SOLÉ RESINA (Coord.), *Tratado de Derecho de la persona física*, t. I, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 611 y 612.

²⁹ Nueva redacción del precepto, tras la citada Ley 26/2015. En relación a esta modificación, cfr., GARCÍA VICENTE, José Ramón, «Artículos 1263 y 1264 del Código civil», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1037-1040. También, con una lectura crítica del nuevo precepto, VARELA CASTRO, Ignacio, «El interés del menor...», *op. cit.*, pp. 54 y 55, en especial.

ordenamientos³⁰. En efecto, hoy el artículo 1263.1.º del Código civil formula como una de las excepciones a la regla general según la cual los menores no emancipados «no pueden prestar consentimiento» —fuera de los contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes legales—, los contratos «relativos a bienes y servicios de *la vida corriente* propios de su edad de conformidad con los usos sociales» (la cursiva es añadida)³¹. A mi juicio, se trata de una plausible fórmula abierta que razonablemente no establece un elenco cerrado de contratos «relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales», que el menor no emancipado puede realizar por sí mismo y sin necesidad de representación legal, la cuestión debe resolverse en atención tanto a la capacidad natural de cada menor concreto, pero, también, de la situación económica del entorno del menor y los usos imperantes en el momento de la conclusión del acto o negocio jurídico; por lo que estimo que la citada norma debe ser interpretada, atendiendo, fundamentalmente, a algunos de los criterios hermenéuticos, que propicia el artículo 3.1 del Código civil, tanto al criterio sociológico como al teleológico o finalista³².

³⁰ En efecto, el Código civil de Québec, en su artículo 157 dispone que «El menor puede, teniendo en cuenta su edad y su discernimiento, contratar él solo para satisfacer sus necesidades ordinarias y usuales». También, el Código civil francés, después de la reforma por la Ordenanza núm. 2016-131, de 10 febrero 2016 (JO 11 febrero 2016), declara en su artículo 1148 que «Toda persona incapaz para contratar puede sin embargo realizar por sí mismo los actos corrientes autorizados por la ley o el uso, siempre que se hayan celebrado en condiciones normales».

³¹ Obsérvese como la tan citada STS 10 junio 1991, utiliza una expresión similar, al referirse a los contratos que realizan los menores no emancipados en la «vida diaria»; y, expresamente, se refiere a actos «corrientes», que puede concluir el menor de edad, tras la reforma de 2016, como se anticipó, el artículo 1148 del Código civil francés. Al analizar el nuevo precepto (art. 1263.1.º CC), observa la doctrina como por una parte se manda atender a la «edad» del menor, «con lo que se diversifica la minoría a este respecto», por ser bien distintos «los grandes menores a los menores de siete u ocho años, como la son también sus respectivas necesidades o atenciones requeridas en su vida corriente». Por otra parte, se considera que los «usos sociales» determinarán el elenco de casos en que es socialmente aceptado o es práctica común admitir «la celebración autónoma de contratos por los menores». Por ejemplo, el caso de los contratos de prestación de servicios de entretenimiento o los contratos de transporte. Ahora bien, esa misma doctrina puntualiza que, posiblemente, los usos sociales no reputen suficiente la intervención del menor no emancipado en casos de contratos de tracto sucesivo o que impongan una carga económica relevante o que sean excepcionales en la vida corriente y se señalan como ejemplos, la adquisición de ciertos bienes de consumo, como un teléfono móvil o una motocicleta. En este sentido se manifiesta, GARCÍA VICENTE, José Ramón, «Artículos 1263 y 1264 del Código civil», *op. cit.*, p. 1040. El autor relaciona la modificación de los artículos 1263 y 1264 del Código civil, con la «promoción de la autonomía individual de los menores no emancipados, libres de ataduras legales o asistencia de sus representantes», al menos en relación a esos contratos de la vida «corriente».

³² Es decir, utilizando o bien, el canon o elemento sociológico e interpretando la norma conforme a la realidad social del tiempo en que se aplica; o el criterio teleológico o finalista, interpretando el precepto atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad; o, incluso, empleando simultáneamente ambos criterios. No en vano, en el fallo más representativo relacionado con esta cuestión y cuyo planteamiento fue acogido por el legislador de 2015, al dar nueva redacción al artículo 1263.1.º del Código civil, la citada STS 10 junio 1991, para concluir que los menores no emancipados puedan realizar en la «vida diaria» numerosos contratos, sin que para ello necesiten la presencia inmediata de sus representantes legales,

Al lado de tales supuestos, en los que el menor no emancipado en función tanto de su capacidad natural (de entender y querer), como del tipo de negocio y de los usos sociales, el menor actúa autónomamente, manifestando una propia voluntad, los autores estudian otra hipótesis, asimismo en relación a menores con capacidad natural, a saber, aquellos supuestos en los que el menor se limita a ser un simple instrumento de transmisión de una voluntad ajena, sería el caso típico de lo que es conocido tradicionalmente en la doctrina como un *nuntius*³³. Esta posibilidad ofrece, como reconoce la doctrina, la oportunidad de obviar para un importante porcentaje de sus actuaciones negociales —«de parte de mi madre...»; «de parte de mi padre...» y similares expresiones— la cuestión de su capacidad³⁴.

A la vista de las expuestas construcciones teóricas y de la práctica social, a la doctrina le parecía oportuna una explicación más creíble y coherente, «que afronte el problema más por derecho, prescindiendo de explicaciones indirectas o ficticias, por ingeniosas que estas sean», por tal razón, propugnó que se debería encontrar una instancia legitimadora que fundamentase la validez de ciertos actos y contratos del menor (los que todo el mundo reconoce) en modo directo, no ficticio³⁵. Esa propuesta se hace realidad en gran medida tras la Ley 26/2015, cuando el apartado 1.º *in fine* del artículo 1263 CC, permite al menor no emancipado prestar válido consentimiento en los contratos «relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales»³⁶.

tiene en cuenta, no solo la finalidad protectora del interés de los menores, sino que también fundamenta el fallo en los criterios sociológico y teleológico del artículo 3.1 del Código civil (cfr., FD Tercero).

³³ CASTRO distingue entre el representante, que recibe un poder para hacer y el mensajero «nuntius», que «se limita a servir o auxiliar en la transmisión de una declaración». CASTRO Y BRAVO, Federico, DE, *Temas de Derecho civil*, Ed. Marisal, Madrid, 1972, p. 108. Ampliamente, sobre las diferencias entre representante y nuncio, cfr., Díez-PICAZO, Luis, *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1992 (reimpresión), pp. 53-56.

³⁴ A estos supuestos se refieren GALGANO, al estudiar la capacidad natural del menor y JORDANO FRAGA. Cfr., GALGANO, Francesco, *Diritto Privato*, *op. cit.*, p. 81; JORDANO FRAGA, Francisco, «La capacidad general del menor», *op. cit.*, pp. 886-891.

³⁵ En este sentido, se pronunció JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 891.

³⁶ Al analizar críticamente el nuevo precepto, VARELA CASTRO, afirma que se debería prescindir de la referencia a los bienes y servicios de la vida corriente para evitar confusiones con relación a si su capacidad para contratar queda limitada a aquellos supuestos de escasa entidad económica o no; si considera adecuada la referencia a los usos sociales como criterio definidor de la capacidad para contratar del menor; pero cree que sería también necesaria la alusión a las condiciones de madurez del menor. En síntesis, considera el autor, opinión que comparto, que hubiese sido más acertado establecer la regla general de capacidad contractual mediante la referencia a los contratos que el menor pueda realizar por sí mismo porque las leyes se lo permiten y los contratos que pueda realizar de acuerdo con sus condiciones de madurez y los usos sociales y en todo caso en aras de su beneficio. VARELA CASTRO, Ignacio, «El interés del menor...», *op. cit.*, pp. 54 y 55.

Se vincula así el Código civil a la tendencia seguida en otros ordenamientos de Derecho autonómico de reconocer la capacidad del menor en este concreto aspecto³⁷. En efecto, el artículo 211-5 del Libro Segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (Ley 25/2010, de 29 de julio), entre los actos que el menor «puede hacer por sí solo, según su edad y capacidad natural», cita expresamente: «b) Los relativos a bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales»; con la misma *ratio legis*, se pronuncia el Código del Derecho Foral de Aragón (Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo), que en el artículo 7, al regular la capacidad del menor, señala que «1. El menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: [...], b) Otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales».

Por lo demás, la redacción de estas normas exige una perentoria llamada de atención, porque es preciso determinar cuáles serán esos contratos relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad, aunque a continuación parece aclararse que el parámetro lo darán los usos sociales. En relación a estos usos, se ha destacado la importancia de los que se relacionan con actos jurídicos, así, la doctrina reconoció la relevancia de los usos sociales que se forman alrededor de los actos jurídicos «porque estos suelen hacerse, celebrarse y concluirse de un modo más bien que de otro» y se afirma que «Esta concreción o cristalización del uso al modo de realizarse los actos de derecho, forma la base de los llamados usos convencionales»³⁸. Sin embargo, a mi

³⁷ Ya VALVERDE Y VALVERDE, censuraba el hecho de que el Código civil adoptase un criterio negativo de la capacidad del menor pues esto equivale a tener que realizar actos por medio de otra persona: «Es censurable el Código por lo mismo que se opone a la realidad, pues es sabido que el menor realiza actos en la vida sin que se exija la presencia del padre», y cita por ejemplo, «compras de poca importancia». VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho civil español*, t. I, *Parte General* (cuarta edición), Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid, 1935, p. 312 y nota 3. En este sentido, también, COMAS, defiende la necesidad de conceder cierta laxitud a la capacidad del menor para prepararle en su ingreso en la mayor edad, además, se anticipa a la actualidad, al conceder especial relevancia al interés del menor, ya que para él, el reconocer la capacidad de los menores es «una necesidad social para no privarles en absoluto de la vida de relación y salvar lo que pueda ser indispensable a su subsistencia e instrucción» y considera que esto redundaría en interés del menor, para prepararlos para cuando por cualquier accidente se hallen separados de sus padres o tutores y a fin de que la entrada en la mayor edad no signifique para el menor una brusca transición «entre un estado de completa negación y otro de absoluta afirmación de la libertad jurídica». COMAS, Augusto, *La revisión del Código civil español*, Imprenta y Litografía de los Huérfanos, Madrid, 1895, pp. 350 y 351. Se compadece bien con esta doctrina de COMAS la configuración que del «interés superior del menor» realiza el nuevo artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor —nueva redacción dada por el artículo primero de la citada LO 8/2015—, cuando, después de establecer «criterios generales», a efectos de interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor (artículo 2.2), dispone elementos de «ponderación» de tales criterios, entre ellos, el que se adecua a la opinión de COMAS, a saber: «La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales» —apartado e) del artículo 2.3—, en correspondencia con lo declarado en su Exposición de Motivos «[...] la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección de la infancia es promover su autonomía como sujetos» (apartado 2).

³⁸ En este sentido, destaca el trabajo de CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código civil español* —Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia

juicio, los usos a los que se refiere el artículo 1263 del Código civil, son elementos fácticos más que jurídicos; por consiguiente, suscribo las reflexiones que al respecto realiza DÍEZ-PICAZO, cuando afirma que el uso jurídico o social no jurídico «aparece como un hecho que se repite o que se reitera [...]. Además de un hecho que se repite, el uso, es internamente, un *modelo de conducta*», por eso concluye que los usos jurídicos o usos sociales con transcendencia jurídica son «simples datos o elementos de una descripción normativa [...]. No son por sí normas»³⁹. En fin, estimo que el legislador, al reconocer la capacidad del menor no emancipado para realizar contratos conforme a los usos sociales, utiliza tales usos sociales, como elementos fácticos en su función de límite de su actuación.

2.3. Juicio de suficiencia notarial de la capacidad necesaria para otorgar el acto o contrato y, en su caso, juicio de suficiencia notarial de la representación

De nuevo, en el ámbito relacionado con la capacidad de los menores no emancipados, representados, en su caso, por padres o bien por tutores, un aspecto nada desdeñable que merece siquiera algún epígrafe en un estudio de esta índole, es la intervención notarial en actos y contratos en que participen este tipo de personas vulnerables; por eso estimo que ha sido una ocasión desaprovechada por el legislador que en las recientes reformas llevadas a cabo en el año 2015, con especiales repercusiones para la protección del interés superior del menor y de los terceros que con él —o por medio de sus representantes legales—, contratan, no se haya concedido la relevancia que se merece al papel de este fedatario público en este ámbito concreto⁴⁰. La relevancia de la

de Ciencias Morales y Políticas el día 13 de octubre de 1918— Imprenta Clásica Española, Madrid, 1918, p. 82. El autor, encuentra la razón de la transcendencia jurídica de este uso de asuntos (sic), observado en la ordenación de las relaciones de derecho, en la experiencia de que «los hombres, si razón especial, no suelen apartarse de lo usual y corriente», y en que: «el autor o autores de un acto jurídico omiten frecuentemente toda expresa estipulación sobre aquellos puntos que van incluidos usualmente en estos actos, porque los consideran comprendidos por sí mismos en ellos». Asimismo, se han estudiado los usos, bien como «modelos de conducta social», bien como «límite que en una actuación no ha de sobrepasarse lícitamente». Así, CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 400.

³⁹ Insiste el autor en que no se trata «de auténticas normas jurídicas, sino de puros elementos utilizados en los supuestos de hecho [...]». DÍEZ-PICAZO, Luís, «Comentario al artículo 1.3 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 66-70.

⁴⁰ En efecto, ni la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ni la Ley 26/2015, con la misma rúbrica, se preocuparon de introducir en los nuevos preceptos, ninguna disposición que estableciese una necesaria coordinación, por lo demás, trascendental, entre el notario y los órganos jurisdiccionales encargados de la defensa y protección de los menores; por ejemplo, incorporando algún apartado en que se previese la intervención notarial, tan relevante, singularmente, en el otorgamiento de actos y contratos en los que no solo puede resultar perjudicado el interés del menor de edad, sino también el de los terceros que con él o, en su caso, con sus representantes, contratan. Nótese como la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, por medio de la Disposición final undécima, Modificación de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado, introdujo un nuevo Título VII en la Ley del Notariado con la rúbrica «Intervención de los notarios en expedientes y actas especiales», con particular atención a los expedientes en materia de sucesiones, que prevé, por ejemplo, en relación a la declaración de herederos abintestato, que cuando

intervención notarial en este ámbito sí fue puesta en evidencia desde la práctica notarial, para manifestar la importancia del juicio de capacidad del notario, su obligación de emitirlo y denegar su ministerio en caso de que tal juicio sea negativo, al tiempo que se reconoce como el notario tiene una posición privilegiada para realizar tal juicio de capacidad en los actos y contratos que documenta⁴¹.

La legislación notarial no ha permanecido al margen de la cuestión. Así, el artículo 17 bis, apartado segundo, de la Ley del Notariado (Ley de 28 de mayo de 1862), dispone que el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes [de documentos públicos], de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes⁴². Por otra parte, el artículo 156.8.º del Reglamento Notarial, establece que la comparecencia de toda escritura indicará: la afirmación de que los otorgantes, a juicio del notario, tienen la «capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera», en la forma establecida en este Reglamento, así como, en su caso, «el juicio expreso de suficiencia de las facultades de representación». Como aclaran los profesionales en la materia, el «juicio de suficiencia notarial de la representación» se equipara con el «juicio de capacidad natural» y precisan que el registrador no puede calificar ni revisar el juicio de suficiencia del mismo modo que tampoco puede revisar el

cualquiera de los interesados fuera menor o persona con capacidad modificada judicialmente y careciera de representante legal «el notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial» (artículo 56.1.3.º).

⁴¹ Así, SEDA HERMOSÍN, Manuel Antonio, «El notario como actor fundamental en la protección de las personas vulnerables», en JOSÉ PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 458 y 459. Concluye el autor con unas certeras observaciones, acerca de que el notario tiene conocimientos y experiencia suficientes para proponer medidas de cautela que eviten posibles abusos y conoce y debe conocer los detalles de la operación jurídica y, en su caso, económica que pretende documentarse para a la vista de todo ello, «emitir un juicio de suficiencia concreto para ese caso concreto». Por otra parte, desde la magistratura, se llama también la atención sobre la importancia de la intervención notarial, en concreto, respecto a la aseveración de la capacidad del otorgante de actos y contratos. Destaco, en tal sentido, el amplio estudio de SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, «Tratamiento jurisprudencial de la nulidad y anulabilidad del contrato de compraventa y análisis de su problemática procesal», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 19/2005 (Parte estudio), 2006 —BIB 2005/2446— (en línea). El autor reflexiona de forma muy acertada y pone de manifiesto la importancia en materia de validez de contratos, no solo del juez sino también del fedatario autorizante, aplicando un símil, a saber: la función notarial constituiría la medicina preventiva, evitando el nacimiento de conflictos a través de la recepción notarial del consentimiento de los contratantes, observando las exigencias de forma y velando por el cumplimiento de las disposiciones legales que disciplinan las válidas relaciones contractuales, mientras que la actuación de los tribunales de justicia se produce, por el contrario, cuando en las relaciones convencionales se ha instaurado una patología, que requiere acudir al órgano jurisdiccional para que restaure el orden jurídico conculcado, acudiendo a las procedentes declaraciones de nulidad, anulabilidad y resolución.

⁴² Además, el artículo 167 del Reglamento Notarial (Decreto de 2 de junio de 1944) también reconoce tanto que corresponde al notario el juicio de «capacidad civil suficiente» de los otorgantes, en el concepto con que intervienen, para otorgar el acto o contrato de que se trate, como que lo hará «en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo».

juicio de capacidad natural del otorgante salvo que la apreciación notarial aparezca contradicha por lo que resulte del documento o de los asientos del Registro⁴³.

Por lo demás, ni el Tribunal Supremo, ni la Dirección General de los Registros y del Notariado han permanecido al margen de la relevancia que la intervención del notario tiene en la conclusión de actos y contratos en los que sea pertinente un juicio de suficiencia notarial así de la capacidad de los otorgantes, como de sus representantes. En efecto, la Sala Primera del Tribunal Supremo, resaltó la relevancia de la aseveración del notario respecto de la capacidad del otorgante, fallos, que aunque referidos en su mayoría a la emisión del juicio de suficiencia en relación a un negocio jurídico concreto, el testamento, en particular, juicios sobre la capacidad del testador, estimo que son extrapolables a los juicios de suficiencia notarial en cualesquiera actos y contratos concluidos por menores de edad o por sus representantes legales⁴⁴. Así, el Tribunal Supremo, en la STS 19 septiembre 1998, reconoce que el notario ha de emitir un juicio jurídico y controlar debidamente las condiciones del sujeto que lo concluye, teniendo presente la mayor o menor complejidad del asunto «a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido»; destaca además el Tribunal Supremo, que la actividad del notario no se limita a la redacción del documento de que se trate (en el caso de autos, del testamento), sino que «el deber profesional y más aun el respeto y acomodo a la legalidad le impone los asesoramientos precisos» y concluye señalando que «el juicio notarial de la capacidad», si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los notarios, «no conforma presunción “iuris et de iure”, sino “iuris tantum”, que cabe destruir mediante prueba en contrario, que los Tribunales deben de declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad»⁴⁵. Por lo que respecta al Centro Directivo, existe una doctrina consolidada sobre el «juicio notarial de suficiencia», que considera que las características del juicio de suficiencia dan lugar a que el instrumento público surta todos sus fundamentales efectos de presunción de veracidad, integridad y legalidad, conforme a lo dispuesto en los

⁴³ En este sentido se pronuncian FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, Antonio, «Comentario al artículo 156 del Reglamento Notarial», en *Legislación Notarial*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 127. En relación al juicio de suficiencia de las facultades de representación, al que se refiere el propio artículo 156.8.º del Reglamento Notarial, puede integrarse con lo establecido por el artículo 164 del mismo Reglamento Notarial, cuando dispone que la intervención de los otorgantes se expresará diciendo si lo hacen por su propio nombre o en representación de otro (cfr., el apartado primero), también, según el párrafo último del artículo, se hará constar el carácter con qué intervienen los otorgantes que solo comparezcan al efecto de completar la capacidad o de dar su autorización o consentimiento para el contrato. Además, puntualizan que en la representación legal, el cargo debe estar aceptado, ser firme (lo que se presume por la expedición de testimonio en los cargos de origen judicial) y estar justificado. *Vid.*, en la misma obra, el «Comentario al artículo 164 del Reglamento Notarial», p. 133.

⁴⁴ No en vano, el Tribunal Supremo ya en un antiguo fallo, también consideró, en un supuesto relacionado con la capacidad de testamentifacción, la posibilidad de aplicación de los razonamientos del caso enjuiciado a los contratos (STS 8 mayo 1922 [JC 1922, t. 156, núm. 36]).

⁴⁵ RJ 1998\6399. Cfr., con esta misma doctrina, la STS 15 febrero 2001 (RJ 2001\2051).

artículos 1218 del Código civil, 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley del Notariado en sus artículos 1, 17 bis y 24 —en este sentido, cfr., por ejemplo, las RDGRN 28 febrero 2007, 27 diciembre 2007 y 12 febrero 2008—⁴⁶.

2.4. Las consecuencias de la intervención negocial de los menores en el tráfico jurídico: especial consideración a la ineficacia de los contratos por él concluidos

El menor de edad, no es una persona total y absolutamente incapaz, sino que es una persona con capacidad de obrar «limitada», ello significa que, como regla general, los contratos celebrados por el menor de edad no son nunca, por razón de edad, contratos absoluta y radicalmente nulos⁴⁷, sino anulables⁴⁸, como a continuación se verá⁴⁹; sin embargo, también es posible que contratos concluidos por los menores puedan ser perfectamente válidos, porque las leyes les permitan realizarlos por sí mismos, o bien con asistencia de sus representantes, o, en fin, porque se trata de contratos relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales (ex art. 1263.1.º CC)⁵⁰; no obstante, puede llegar a estimarse que contratos celebrados por menores de edad resulten radicalmente nulos, por ejemplo, por considerarse que no se ha prestado un verdadero consentimiento (ex art. 1261.1.º CC); en estos casos se impondría la nulidad contractual más absoluta, este es el supuesto resuelto por la STS 21 enero 2000, que declaró la nulidad radical de un contrato de compraventa de una finca perteneciente a una comunidad hereditaria realizada por una menor de edad, en nombre propio y en representación de otros hermanos menores y careciendo, por consiguiente de capacidad necesaria para actuar como representante o apoderada de sus hermanos, por lo tanto, concluye el Tribunal Supremo que «Se trata de un consentimiento inexistente que acarrea la nulidad radical del contrato (art. 6.3 CC)», además, aclara que «No cabe confundir la ineficacia del consentimiento prestado en la minoría de edad con la falta del mismo que invalida

⁴⁶ RJ 2007\5273; RJ 2008\2784 y RJ 2008\2097, respectivamente.

⁴⁷ La ley 19 del Fuero Nuevo de Navarra considera nulas las declaraciones de voluntad de los menores, salvo lo dispuesto por la ley 50, en relación a los menores de edad púberes (mayores de catorce años) y su capacidad para aceptar liberalidades.

⁴⁸ Cfr., los artículos 22 y 29 del Código del Derecho Foral de Aragón, en relación a la anulabilidad de los actos del menor, como regla general.

⁴⁹ Advierto que en este apartado, únicamente me ocupo de la ineficacia de los contratos de los menores y no a la ineficacia de los actos y contratos otorgados por sus representantes legales sin la preceptiva autorización judicial, cuestión de la que trata el apartado 3.2, al que me remito.

⁵⁰ Ya el Tribunal Supremo en conocido fallo declaró que resulta incuestionable que los menores de edad no emancipados vienen realizando en la vida diaria numerosos contratos, por ejemplo, para la adquisición de determinados artículos de consumo, «sin que para ello necesite la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entenderse que se da una declaración de voluntad tácita de éstos que impide que tales contratos puedan considerarse inexistentes», además, señala que «siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, una finalidad protectora del interés de éstos, es evidente que en esa clase de contratos la misma se hace innecesaria» (FD Tercero)—STS 10 junio 1991 (RJ 1991\4434)—.

radicalmente la relación jurídica» (FD Segundo)⁵¹. Así es, cuando el consentimiento ha sido prestado por un menor de edad cumple distinguir si está dotado de discernimiento suficiente, aun cuando carezca de la exigida capacidad jurídica (arts. 315 y 322 CC), pues en tal caso no por ello la relación contractual sería radicalmente nula, pues el consentimiento existe, si bien resulta aplazado en sus efectos vinculantes. Nos hallamos, en este caso, ante un consentimiento prestado hacia tiempo futuro, ya que al llegar a la mayoría de edad puede, el otrora menor, efectuar su ratificación confirmatoria (arts. 1309, 1310 y 1311 CC)⁵².

Por consiguiente, fuera de los supuestos de validez de los negocios celebrados por los menores o, por el contrario, de los de nulidad radical o absoluta, porque el menor no pueda prestar consentimiento (ex art. 1263.1.º CC), la doctrina científica mayoritaria y la jurisprudencia se decantan por calificar estos contratos celebrados por los menores como anulables⁵³. Ya DE CASTRO manifestaba que los contratos celebrados por los menores «no pueden calificarse de inexistentes o nulos», ya que el artículo 1253 (*rectius*, 1263) impide que el consentimiento del menor tenga eficacia para concluir un contrato perfecto, y el artículo 1302, permite la anulación del contrato consumado; así, concluye que se entrega al representante legítimo del menor (o de este al ser mayor) mantener su eficacia o impugnarla, asumir la responsabilidad contractual o ejercitar la

⁵¹ RJ 2000\113. El Tribunal Supremo puntualiza que resulta inaplicable el artículo 1301 del Código civil, ya que el plazo de los cuatro años procede respecto a los contratos en que concurren los requisitos del artículo 1261, y «las relaciones afectadas de nulidad absoluta, como la que nos ocupa, al resultar inexistentes en derecho, no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo, al ser imprescriptible la acción de nulidad». STS 21 enero 2000, que ratifica la STS 9 mayo 1994 (RJ 1994\3894).

⁵² Cfr., el exhaustivo estudio sobre la cuestión de SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, «Tratamiento jurisprudencial de la nulidad y anulabilidad...», *op. cit.* Por lo que atañe al plazo de ejercicio de la acción de anulabilidad, no ha sido cuestión unánime, por lo que respecta a la jurisprudencia, parece que existe una línea favorable al carácter prescriptivo de la acción —por todas, cfr. las STS de 27 febrero 1997 (RJ 1997\1332) y de 1 febrero 2002 (RJ 2002\1586)—; sin embargo DE CASTRO defiende la caducidad de la acción, en atención a la expresión del artículo 1301 del Código civil, al señalar que la acción de nulidad «solo durará» cuatro años y porque es criterio favorable a la seguridad jurídica, que se vería perturbada por el mantenimiento indefinido de situaciones inciertas. Pasado el plazo de cuatro años, se extingue la acción y el negocio jurídico se purifica de los vicios que tuviera, retroactivamente, quedando como si desde el principio hubiera sido plenamente válido. Es decir, como si el negocio hubiese sido confirmado tácitamente (art. 1313 CC). Cfr., CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1991 (reimpresión), p. 509.

⁵³ Por lo que atañe a la jurisprudencia, destaco dos antiguos fallos bien representativos de la solución de la cuestión por los Tribunales, por una parte, la STS 29 noviembre 1958 (RJ 1958\3811), estimó que al no producir la falta del consentimiento del menor, la inexistencia, como la origina la incapacidad de los locos y sordomudos (sic), por cuanto los menores pueden ratificar los contratos celebrados, una vez llegados a la mayoría de edad, ya de manera expresa, o bien tácitamente, dejando pasar el plazo de los cuatro años que se señalan para el ejercicio de la acción de nulidad (arts. 1300 y 1301 CC), Considerando Segundo; y la STS 19 diciembre 1977 (RJ 1977\4763), según la cual, si bien el consentimiento de los menores no emancipados puede ser impugnado en razón a la prohibición contenida en el artículo 1263 del Código civil, esto no obsta para que después de haber dejado de serlo puedan confirmar los contratos, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1311, ya que la ratificación del contrato celebrado por el menor, una vez llegado a la mayor edad, purga el vicio originario que pudo dar lugar a la nulidad, Considerando Segundo.

excepción de falta de un consentimiento perfecto; «y como contratos meramente anulables, los celebrados por el menor pueden ser ratificados o confirmados» (cfr., arts. 1309 a 1313 CC)⁵⁴. La mayoría de la doctrina sigue esta misma posición y centra sobre todo sus argumentaciones en torno a la legitimación para la impugnación del negocio⁵⁵. En este sentido, como precisa LACRUZ BERDEJO, después de defender el carácter anulable y no nulo de los contratos celebrados por menores, esta anulabilidad no puede hacerla valer la persona mayor de edad que contrató con el menor (art. 1302 CC), sino solo este sin necesidad de alegar perjuicio (art. 1300 CC), durante cuatro años a partir de la mayoría de edad o emancipación (art. 1301 CC), o su representante legal hasta entonces. Con la consecuencia especialmente favorable para el menor, de no estar obligado a restituir sino si se enriquece (art. 1304 CC). Destaco la conclusión a la que llega el autor cuando observa que «Estas medidas de protección, en la práctica, suponen la ordinaria exclusión del menor del tráfico jurídico, pues apenas nadie querrá contratar con él en tales condiciones»⁵⁶. En efecto, dada la protección que el ordenamiento jurídico depara a los menores, los terceros que con ellos contratan pueden ser los grandes perjudicados. Precisamente, en relación a los terceros contratantes, JORDANO FRAGA plantea el problema de la intervención negocial de los menores en el tráfico, que es la clásica cuestión del llamado *dolo de los menores*⁵⁷; es

⁵⁴ CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *Derecho civil de España*, t. II, *op. cit.*, pp. 185 y 186. También, GETE-ALONSO Y CALERA, concluye que «los negocios patrimoniales realizados por el menor son claudicantes o anulables». GETE-ALONSO Y CALERA, M.^ª del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona* (2.^ª ed.), *op. cit.*, p. 54. Por otra parte, para MORALES el artículo 1263 del Código civil guarda cierto paralelismo con el artículo 1264, ya que en ambos se contemplan supuestos de contratos anulables: en un caso por razón de incapacidad del contratante, en el otro por vicio de la voluntad. «La anulabilidad se justifica, en ambos casos, por la existencia de defecto de consentimiento contractual». MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Comentario al artículo 1263 del Código civil», *Comentario del Código civil*, t. II (2.^ª ed.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 455.

⁵⁵ Así, DíEZ-PICAZO, después de reconocer que los contratos celebrados por el menor de edad, «no son nunca, por razón de edad, contratos absoluta y radicalmente nulos. Son contratos simplemente anulables o impugnables», aclara que la anulación o impugnación se realiza a instancia del representante legal del menor o del propio menor cuando este llega a la mayor edad y que no puede impugnarlos la parte que contrató con el menor; menor y representante legal del menor que pueden, además, confirmar tales actos expresa o tácitamente, con la consecuencia de que la confirmación purifica el contrato desde el momento de su celebración (cfr., arts. 1301, 1302, 1309 y 1313 CC). DíEZ-PICAZO, Luís, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. Primero: *Introducción. Teoría del contrato* (4.^ª ed.), *op. cit.*, p. 145. En el mismo sentido ya se había pronunciado TORRALBA SORIANO, Vicente, «La incapacidad contractual», *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, p. 706.

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil I*, *op. cit.*, p. 123.

⁵⁷ Que es una subespecie del llamado «dolo de los incapaces», al que se refiere COSSÍO, para el que en tal supuesto, la víctima del dolo no tiene acción alguna de impugnación, ni puede tampoco, por su sola voluntad confirmar un contrato que no reúne los requisitos necesarios de viabilidad, aunque reconozca que de este dolo pueden derivar daños y perjuicios considerables que sería injusto hacer gravitar sobre la víctima del engaño, máxime en los casos en que el autor del dolo ha obtenido del contrato alguna ventaja. El autor, al referirse al contrato nulo por defecto de capacidad de uno de los contratantes, se pregunta ¿qué ocurrirá cuando el incapaz, con maniobras dolosas ha determinado a la otra parte a contratar, a continuación, a sabiendas de la nulidad del contrato que celebraba y con el decidido propósito de beneficiarse de esa nulidad con quebranto de la otra parte contratante? Contesta

decir, cuando el menor, a través de maniobras y artimañas dolosas, induce a la otra contraparte capaz a la creencia de contratar con un mayor de edad, de manera que de haber sabido que contrataba con el menor no hubiera celebrado el contrato (dolo esencial, ex art. 1269 CC). El autor, con fundamento en diferentes preceptos del Código civil (por ejemplo, arts. 1302, 1304 o 1314), concluye que «se trata, en suma de proteger al menor que actúa más allá de su propia capacidad, de forma que sea su solo interés el que decida el mantenimiento o la desaparición del contrato, y ello con independencia de que exista dolo por su parte»⁵⁸. Obsérvese como esa protección de los menores frente a los terceros aparece, no ya inferida de diversos preceptos del Código civil, como se acaba de señalar, sino también de una norma muy concreta, me refiero a la nueva redacción del artículo 158 del Código civil, cuando, al señalar las medidas que dicta el juez, de oficio o a instancia de cualquier pariente o del ministerio fiscal, en el apartado 6.º, le permite dictar las disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o «frente a terceras personas»⁵⁹.

3. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS MENORES Y LA INTERVENCIÓN JUDICIAL: EJERCICIO DE POTESTADES ENFOCADAS HACÍA EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Si la primera parte del presente estudio está orientada a la capacidad de obrar del menor de edad no emancipado, dedico este apartado a alguno de los límites a aquella capacidad, constituidos, por una parte, por la representación legal de los menores y, por otra, por el control judicial al ejercicio de la patria potestad o, en su caso, de la tutela, todo en aras de la protección del menor⁶⁰, a fin de hacer efectivo el mandato

señalando que el Código civil parte de la base de la inocencia del incapaz, al atribuirle a él exclusivamente y a sus representantes legales la acción de impugnación (ex arts. 1302 y 1304 CC). Concluye que la única posición de quien en esta forma contrata, consiste en soportar la vigencia del contrato, cumplir, en tanto no sea anulado, las obligaciones que del mismo dimanen, con la única expectativa de que se le reintegre aquello en que demuestre se enriqueció el incapaz. Cfr. COSSÍO Y CORRAL, Alfonso DE, *El dolo en el Derecho civil*, Comares, Granada, 2005, pp. 217-223, en especial. En particular, del «dolo del menor», se ocupó GARCÍA RUBIO, al estudiar la responsabilidad precontractual, a su juicio, el daño sufrido por el contratante capaz debido al dolo del menor es resarcible, para la autora, la culpa *in contrahendo* del menor presenta naturaleza extracontractual, considera que los menores de edad capaces de entender y querer son imputables civilmente y por ello responden con fundamento en el artículo 1902 del Código civil y puntualiza que junto con la responsabilidad personal del menor que afirmó dolosamente su capacidad, concurrirá también la de sus padres o tutores si estos no lograsen demostrar que actuaron con la debida diligencia (no incurriendo en culpa *in vigilando*). GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 183 y 184.

⁵⁸ JORDANO FRAGA, Francisco, «La capacidad general del menor», *op. cit.*, pp. 900-904.

⁵⁹ Modificación del artículo 158 del Código civil por el artículo segundo, apartado nueve, de Ley 26/2015.

⁶⁰ En efecto, como señala la STS 5 febrero 2013 (RJ 2013\928), la presencia del interés superior del menor conduce, necesariamente, a que la posible validez de la relación negocial resulte contrastada tanto con los límites que presenta la autonomía privada y la libertad contractual en estos casos (art. 1255 CC), como con los que «derivan de la representación de los hijos, teniendo en cuenta que dicha representación nace de la ley, en interés del menor, y es la ley quien determina su ámbito y extensión» (FD Tercero). El caso enjuiciado versaba sobre la contratación de menores de edad para la práctica del fútbol profesional y sobre la tutela del interés superior del menor, concluyendo con la nulidad del precontrato de trabajo y de la cláusula penal dispuesta a tal efecto.

del artículo 39 de la Constitución⁶¹. Para este cometido, resultará imprescindible cohonestar, sobre todo, algunos preceptos concretos de Código civil, con la regulación por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria⁶², singularmente, de las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor y, en fin, de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor⁶³. Destaco la concepción de la patria potestad por la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, sobre todo, al afirmar que «la patria potestad es una función inexcusable que se ejerce siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad»⁶⁴. Ahora bien, como, a continuación, se verá, cualquiera de estas actuaciones, bien sean por parte de los representantes de los menores de edad, bien judiciales, estarán informadas por un principio cada vez más insoslayable, que es el «interés superior del menor»⁶⁵. Principio general que se erige en criterio hermenéutico esencial en la materia.

⁶¹ Aunque sea el apartado 3.º de este artículo 39 de la Constitución el que se compeadece mejor con el objeto de esta parte del estudio, al establecer su deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos, durante su minoría de edad, indirectamente, interesan también otros apartados de la norma constitucional, sobre todo, cuando preceptúa el deber de los poderes públicos de asegurar la «protección social, económica y jurídica de la familia» (apartado 1.º) o la «protección integral de los hijos» (apartado 2.º), ya que el poder judicial tendrá en este ámbito un protagonismo excepcional, por ejemplo, en la adopción de medidas de protección o de control del ejercicio adecuado de la patria potestad. Sin perjuicio de la consideración del menor como titular de derechos fundamentales, en concreto, de la dignidad y del libre desarrollo de la personalidad (ex art. 10.1 CE). Recuérdese que los menores de edad son también titulares de derechos fundamentales, así lo ha considerado el Tribunal Constitucional en sentencias como las 197/1991, 17 octubre; 134/1999, 15 julio; 158/2009, 29 junio; 186/2013, 4 noviembre, en las que ha resuelto sobre la protección de los derechos fundamentales en casos en que los titulares de tales derechos eran personas menores de edad y, como advierte en algunos fallos: «el disfrute por parte del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar» —Cfr., la STC 141/2000, 29 mayo y la STC (Pleno) 154/2002, 18 julio—. Cfr., además, el Auto TS 10 marzo 2016 (*RJ* 2016\1392), que recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional, al plantear ante dicho Tribunal la cuestión de inconstitucionalidad en relación al artículo 1 de la Ley 3/2007, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, por posible vulneración de artículos de la Constitución, en cuanto que solo reconoce legitimación a las personas mayores de edad para solicitar la rectificación registral del sexo y del nombre.

⁶² Ley 15/2015. En especial, dentro del Título III «De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia», en el Capítulo II «De la intervención judicial en relación con la patria potestad», interesa la Sección 3.ª con la rúbrica «De las medida de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente», artículos 87 a 89.

⁶³ Según su nueva redacción por la Ley Orgánica 8/2015, en especial, en relación a determinados artículos de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, especialmente relacionados con el principio del interés superior del menor (cfr., el artículo primero).

⁶⁴ Así se pronunció la STS 9 noviembre 2015 (*RJ* 2015\5157), que concluye, por una parte, que «es por ello que resulta incompatible mantener la potestad y sin embargo, no ejercer en beneficio del hijo ninguno de los deberes inherentes a la misma» y, por otra que «la patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor» (FD Tercero).

⁶⁵ Como señala el Preámbulo (apartado II) de la LO 8/2015, los cambios introducidos en la LO 1/1996, de protección jurídica del menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido

3.1. *El ejercicio de la patria potestad siempre en interés de los hijos y las disposiciones judiciales dictadas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios*

El artículo 154 del Código civil comienza disponiendo que los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores; y añade en el párrafo segundo que la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos. Como observó Díez-PICAZO, la patria potestad del Código civil y del antiguo Derecho codificado era en verdad un instituto autoritario y era, al mismo tiempo, un instituto perteneciente en su totalidad al Derecho privado; sin embargo, reconoce con las reformas del Código civil en la materia, sobre todo de 1981, el incremento de los controles públicos: «Parece que hay como una desconfianza generalizada hacia los malos padres». Destacan, al respecto, determinados preceptos del Código civil en esa línea, algunos de los que, precisamente, interesan en especial a este epígrafe, a saber, el artículo 158, en cuanto prevé medidas a adoptar por el juez; el artículo 163, en relación a la figura del defensor judicial y el artículo 167, para cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo, por lo que concluye que por todas estas vías aparece un control público del ejercicio de la potestad, que «al ser públicamente controlada, deja de ser una potestad de Derecho privado»⁶⁶. A mayor abundamiento, la cohesión de algunos de estos preceptos citados, se observa en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, al regular, en el Título III los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia y en el Capítulo II, la intervención judicial en relación a la patria potestad, que en la Sección 3.^a al referirse a las medidas de protección

objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un *derecho sustantivo* en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un *principio general de carácter interpretativo* —«principio jurídico interpretativo fundamental»—, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una *norma de procedimiento*. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral. Asimismo, la STS 5 febrero 2013 (RJ 2013\928), recuerda que el interés superior del menor «no solo se erige como el principal prisma en orden a enjuiciar la posible validez de la relación negocial celebrada, sino también como el interés preferente de atención en caso de conflicto» (FD Tercero). Cfr., al analizar esta triple dimensión del interés superior del menor, la STS 20 julio 2015 (RJ 2015\2786). Sobre esta misma cuestión, VARELA CASTRO, Ignacio, «El interés del menor...», *op. cit.*, pp. 21 y 22. Ya RIVERO, insiste en que el interés del menor, «constituye un principio general que desborda su estricta tipificación» y, además, «criterio hermenéutico para otros supuestos», por eso concluye atinadamente que cuando esté en juego el interés de un menor habrá de imponerse este sobre otros y frente a otra solución, a menos que razones suficientes exijan otra cosa, lo que habrá que justificar y demostrar la necesidad e idoneidad de la medida restrictiva y de ser proporcionada al caso. RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor* (2.^a ed.), *op. cit.*, pp. 27-37.

⁶⁶ Díez-PICAZO, Luís, «Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad», *ADC*, 1982, t. XXXV, fasc. I, pp. 6 y 7.

relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor, dispone en el artículo 87, que las disposiciones de esa Sección se aplicarán «en los casos a que se refieren los artículos 158, 164, 165, 167 y 216 del Código civil» y, sobre todo, cuando dedica el artículo 88 a la resolución judicial y señala que si el juez estimare procedente la adopción de medidas, resolverá lo que corresponda designando persona o institución que, en su caso, haya de encargarse de la custodia del menor y expresamente dispone que «adoptará las medidas procedentes en el caso conforme a lo establecido en los artículos 158 y 167 del Código civil, y podrá nombrar, si procediere, un defensor judicial o un administrador».

De todas estas normas hay una que considero de especial relevancia para la protección de los intereses de los menores, así en el orden personal como patrimonial: me refiero al artículo 158 del Código civil, en concreto, a su apartado 6.º, cuando señala que el juez de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del ministerio fiscal, dictará, en general, las demás disposiciones «que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas»⁶⁷. Considero que el juez, en el ámbito propio de este trabajo, en relación a la actuación del menor en las relaciones patrimoniales, también puede adoptar tales medidas, sin circunscribir el ámbito de la norma a aspectos personales, no solo por la expresión genérica y omnicomprendiva que utiliza el artículo «en general, las demás disposiciones...»; sino también porque se refiere a las medidas que puede adoptar para evitarle perjuicios «frente a terceras personas», además, como aclara el Tribunal Supremo, las medidas que los jueces puedan adoptar (art. 158 CC) se amplían a «todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales»⁶⁸. Por lo demás, convengo con JORDANO FRAGA cuando, al referirse a esta norma, en una anterior redacción pero con idéntica *ratio legis*, estimó que como consecuencia fundamental del artículo 158 del Código civil, «la protección del menor opera sobre bases más amplias: es actuable allí donde esta es necesaria, con independencia de que el menor tenga la capacidad requerida para realizar el acto de que se trate»⁶⁹.

Como he anticipado, importan para este estudio algunas normas concretas que han de integrarse, sobre todo, cuando se trata de la protección del menor en el ámbito patrimonial, que es, en definitiva, el que interesa en este trabajo. Se trata de los artículos 158, 167 y los que regulan la figura tuitiva del defensor judicial (arts. 163 y

⁶⁷ Precepto redactado de nuevo por el artículo 2.9 de la Ley 26/2015. Además, como dispone en su último párrafo «Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria».

⁶⁸ STS 17 septiembre 1996 (RJ 1996\6722), que, asimismo, señala la posibilidad de que esas medidas se adopten al inicio, en el curso o después de cualquier procedimiento conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor. En relación al derecho del menor a «ser oído y escuchado», cfr., el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor. Además, el mismo núm. 6.º del artículo 158 del Código civil dispone que «Se garantizará que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses».

⁶⁹ JORDANO FRAGA, Francisco, «La capacidad general del menor», *op. cit.*, p. 904.

concordantes del CC). Como estima la doctrina, conviene tener en cuenta que el artículo 158, junto con el artículo 167 —ceñido al ámbito patrimonial—⁷⁰, permiten, tanto por la amplitud de medidas que prevén que se pueden adoptar, como por la amplia legitimación para instarlas, una eventual fiscalización judicial permanente en el ejercicio de la patria potestad⁷¹. Algún autor entendió que el artículo 167 del Código civil se refiere específicamente al riesgo de carácter patrimonial y que sin embargo, el apartado 4.º del artículo 158 del Código civil [equivalente al actual apartado 6.º del art. 158 CC], supone la intervención del juez que procederá cuando el supuesto concierna a la «persona del menor, su integridad física o moral, etc.»⁷²; sin embargo, como adelanté, estimo que los términos generalistas en que está redactado el artículo 158, apartado 6.º, permiten asegurar que se refiere también a los peligros y perjuicios que pueda sufrir el menor tanto en el orden personal como patrimonial, máxime cuando con la redacción actual la intervención judicial está prevista, también con la finalidad de «apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o *frente a terceras personas*» (la cursiva es añadida), ese peligro frente a terceros es suficiente indicio para concluir que la protección del menor de edad se extiende, sin lugar a dudas, al ámbito patrimonial.

Por último, importa a este trabajo, que incide en los aspectos patrimoniales en las relaciones familiares en las que esté involucrado algún menor de edad, la implicación de la figura del defensor judicial, cargo tuitivo ocasional o esporádico y compatible con los mecanismos ordinarios de guarda y representación⁷³. Las normas que regulan esta

⁷⁰ Así es, el artículo 167 del Código civil, permite que cuando la administración paterna ponga en peligro el patrimonio del hijo, el juez, a petición del propio hijo, del ministerio fiscal o de cualquier pariente del menor, pueda adoptar las providencias oportunas. Recuerda, en relación a este precepto, BERCOVITZ, que esta norma era en principio el máximo exponente del principio de intervención judicial sobre la esfera patrimonial de la patria potestad, hasta la modificación introducida en el apartado 3.º del artículo 158 del Código civil, equivalente al actual apartado 6.º del artículo 158, permitiendo de nuevo al juez intervenir, a instancia de las mismas personas, en la adopción de las disposiciones oportunas «a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios». BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario al artículo 167 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1124 y 1125.

⁷¹ En este sentido, se pronuncia DÍEZ GARCÍA, Helena, «Artículo 158 del Código civil», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 418.

⁷² Así, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Comentario al artículo 158 del Código civil», *Código civil comentado*, vol. I, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 789.

⁷³ De esta figura se ocupa el Código civil en el capítulo IV, del título X del libro I (arts. 299 a 302) y el artículo 163, que se limita a determinar los supuestos en los que procede su designación. Asimismo, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, al regular en el título II los expedientes de dicha jurisdicción en materia de persona, dedica en el capítulo II, a la habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial (arts. 27 a 32), disposiciones que se aplican en los casos en que proceda conforme a la ley el nombramiento de un defensor judicial y en todo caso se solicitará, en los supuestos que señala el artículo 27 LJV, por ejemplo, «cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores [...] y sus representantes legales o su curador» (art. 27.1 a). Será competente para el conocimiento de este expediente el secretario judicial del juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o, en su caso, aquel correspondiente al juzgado de primera instancia que esté

figura, insisten en su esencia; a saber, por una parte, en la amplitud del cargo: siempre o cuando «en algún asunto»; por otra parte, en el detonante de su designación: «interés opuesto» o «conflicto de intereses», entre los menores y sus representantes legales o su curador (cfr., arts. 163, 299 CC y 27 LJV). Por lo demás, y no es tema menor, dada la finalidad del presente estudio, se insiste en la importancia de la designación de un defensor judicial, no solo, si el conflicto existe en relación a asuntos personales del menor, sino también patrimoniales. En este sentido, FLORENSA I TOMÀS, al plantearse que la cuestión a dilucidar, en relación al ámbito objetivo del conflicto de intereses, se centra en la expresión «algún asunto» —cfr., los arts. 163.1º, 299.1.º CC y 27.1.a) LJV—, concluye atinadamente que la solución es clara y que la citada expresión se refiere a conflictos de intereses tanto personales como patrimoniales⁷⁴. A mi juicio, incluso, en el ámbito patrimonial, los conflictos de intereses pueden ser mayores, o al menos eso es lo que se infiere de la abundante jurisprudencia y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto⁷⁵.

3.2. *El tipo de ineficacia de los actos y contratos realizados por los padres o tutores sin la correspondiente autorización judicial*

A continuación, abordo una de las cuestiones más dilemáticas que plantea la ejecución de actos y contratos que afectan a los menores y a su patrimonio cual es la del tipo de sanción que procede ante alguna actuación llevada a cabo sin la correspondiente autorización judicial⁷⁶. Así, en el primer apartado, se estudiará el tipo de ineficacia que

conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial; el expediente se iniciará de oficio, a petición del ministerio fiscal, o por iniciativa del menor o cualquier otra persona que actúe en interés de este; en la tramitación de este expediente no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador (art. 28 LJV); en la resolución en que se acceda a lo solicitado se nombrará defensor judicial a quien el secretario judicial estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera (art. 30.2 LJV).

⁷⁴ FLORENSA I TOMÀS, Carles Enric, *El defensor judicial*, Civitas, Madrid, 1990, p. 95.

⁷⁵ En ese ámbito patrimonial, el principal campo de batalla se encuentra en el Derecho de sucesiones, en concreto, son frecuentes los conflictos de intereses cuando los hijos menores concurren en las particiones hereditarias con uno de sus progenitores en la sucesión del otro, agravándose la situación cuando además resulta precisa la previa liquidación de la sociedad de gananciales. La Dirección General de los Registros y del Notariado, ha elaborado una importante doctrina sobre la cuestión, estableciendo, por ejemplo, los casos en los que se considera que no existe conflicto que genere la necesidad de nombrar un defensor judicial —cfr., como muy significativas, las RDGRN 10 enero 1994 (*RJ* 1994\234); 15 septiembre 2003 (*RJ* 2003\6277) o 14 diciembre 2006 (*RJ* 2006\9706)—. Por otra parte, destaco el supuesto resuelto por la RDGRN 14 mayo 2010 (*RJ* 2010\3631), en la que, a pesar de que el artículo 166.3.º del Código civil no exige autorización judicial preceptiva a los padres, frente a la regla general del precepto, «si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público», el Centro Directivo confirmó que se requería el nombramiento de defensor judicial «si los padres tienen intereses opuestos al de sus hijos no emancipados, aunque se trate de esos mayores de dieciséis años que consientan, es indudable que será preceptivo el nombramiento de defensor judicial» (FD Tercero). En relación a estas cuestiones y ampliamente, cfr., SEISDEDOS MUIÑO, Ana, «Comentario al artículo 163 del Código civil», *Código civil comentado*, vol. I, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 806-810.

⁷⁶ Al analizar los diferentes tipos de ineficacia previstos para estos actos, GUILARTE ZAPATERO concluye que resulta incuestionable que las consecuencias prácticas de los actos realizados sin autorización judicial

afecta a los actos realizados por el titular de la patria potestad sin la autorización judicial que propugna el artículo 166 del Código civil; en otro de los epígrafes, se analizarán las consecuencias de dichos actos realizados por otro representante legal, el tutor, también sin la correspondiente autorización judicial, exigida por el artículo 271 del Código civil⁷⁷. La trascendencia de la previa autorización judicial que exige el artículo 166 del Código civil se aprecia también cuando se trata de proceder a la inscripción en el Registro de la Propiedad⁷⁸.

Por lo que atañe a los actos realizados por los representantes legales de los menores: padres que ostentan la patria potestad o, en su caso tutor o tutores, el Código civil exige para la conclusión de determinados negocios jurídicos en representación de los menores, autorización judicial; pues bien, la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, dedica el Título II a los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y dentro de este Título, en el Capítulo VIII, regula la obtención de autorización o aprobación judicial

previa dependerán del criterio que se sustente sobre la ineficacia de que adolecen y serán distintas según se adopte una u otra solución. El autor realiza un juicio crítico de cada una de las posturas que se adopten (anulabilidad, nulidad sancionada en el art. 1259 CC y nulidad de pleno derecho). GUILARTE ZAPATERO, Vicente, «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales». *Actualidad Civil*, 1992-III, pp. 478 y 479.

⁷⁷ Quedan al margen de este estudio otros supuestos que, aunque puedan implicar a menores de edad, exceden del cometido pretendido por este trabajo, centrado, en esencia, tanto en el menor de edad como en sus representantes legales, y ni el curador ni el guardador de hecho, alcanzan, hoy por hoy, esta categoría, no obstante el repunte de estas figuras tuitivas, como lo demuestra, por ejemplo, en relación a la curatela, la importante STS 29 abril 2009 (*RJ* 2009\2901), cuando reconoce que la figura sustitutiva [de la tutela] y vigente más acorde en el derecho español sería la del curador, «en cuanto se configura como graduable y abierta al apoyo para actos determinados en función de las necesidades del caso» (FD Tercero). No obstante, quiero siguiera a vuela pluma recordar que para los negocios jurídicos que precisando la intervención del curador se realizan sin ella —frente a lo que acontece con los realizados por los titulares de la patria potestad o por los tutores sin la preceptiva autorización judicial (cfr., los arts. 166 y 271 CC) respecto a los que no se concreta en el Código civil sanción—, el artículo 293 del Código civil, sí prevé que la sanción es la anulabilidad (cfr., además, la STS 23 diciembre 1997 [*RJ* 1997\8902]). Por otra parte, en relación al tipo de ineficacia que debe asignarse a los actos realizados por el guardador de hecho sobre el patrimonio del menor o del presunto incapaz que no sean en su interés o no redunden en su utilidad (ex art. 304 CC), la STS 17 marzo 2016 (*RJ* 2016\845), de la que fue ponente Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, concluyó que para la impugnación de tales actos, la respuesta no puede ser, coherentemente, distinta a la que la Sala Primera ha dado para los casos de contratos o actos jurídicos realizados por los padres o tutores de menores de edad o incapacitados en nombre de estos sin la preceptiva autorización judicial —STS (Pleno) 22 abril 2010 (*RJ* 2010\2380) y STS 8 julio 2010 (*RJ* 2010\6030), de las que fue ponente Encarnación ROCA TRÍAS—, consecuentemente, aplicó la norma general del artículo 1259 del Código civil a los actos realizados por el guardador de hecho que no sean en interés del menor o presunto incapaz o que no redunden en su utilidad y la nulidad, salvo ratificación que sanciona el párrafo segundo del artículo.

⁷⁸ Así, como declaró el Centro Directivo ya en la RDGRN 10 marzo 1944 (*RJ* 1944\517), al referirse a la enajenación de bienes de menores por sus representantes legales, que requiere la preceptiva autorización judicial (antes, art. 164 y hoy art. 166 CC), concluyó que «esa formalidad fundamental ha de preceder a la inscripción de la venta», puesto que el juez debe normalmente conocer con antelación las causas de necesidad y utilidad en que se funda y su dictamen favorable deberá ser elemento ineludible para la calificación de la escritura (Considerando Noveno). Cfr., además, la RDGRN 26 octubre 1964 (*RJ* 1964\4501).

para realizar «actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a bienes y derechos de menores y personas con capacidad modificada judicialmente» (arts. 61 a 66)⁷⁹. En fin, obsérvese como tales autorizaciones o aprobaciones judiciales estarán condicionadas a la «necesidad o conveniencia» para el menor del acto correspondiente, en definitiva, a su realización en «interés del menor»⁸⁰.

⁷⁹ En síntesis, y por lo que atañe a los menores, tales disposiciones se aplican a los casos en los que, conforme a la legislación civil, el representante legal del menor necesite autorización o aprobación judicial para la validez de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a sus bienes o derechos, salvo que exista una tramitación específica (cfr. art. 61). Obsérvese como este artículo 61 LJV, deja a salvo la existencia de una tramitación específica, pues bien, esa tramitación especial existe y se contempla en el Título III (*De los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia*), Capítulo II (*De la intervención judicial en relación con la patria potestad*), Sección 2.ª (*De la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad*), cuando, el artículo 86.1, establece la aplicación de las disposiciones de esta sección en los casos en que esté legalmente prevista la autorización o intervención judicial cuando «el titular de la patria potestad fuere un menor de edad no emancipado y hubiere desacuerdo o imposibilidad de sus progenitores o tutor» —sobre competencia y legitimación en estos supuestos, cfr., el art. 86 LJV—. Retomando el análisis de los artículos 61 a 66 LJV y por lo que atañe a la competencia, para el conocimiento de este expediente será competente el juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor; por lo que respecta a la legitimación, podrán promover este expediente, quienes ostenten la representación legal del menor, a los fines de realizar el acto jurídico de que se trate, el curador o el defensor judicial en su caso, así como el constituido en tutela o curatela, si no le hubiese sido prohibido, también está legitimado el administrador designado por el transmitente o el tutor de los bienes en aquellos supuestos de administración de bienes y derechos determinados conferida por el transmitente a título gratuito a favor de quien no ostente la representación legal del menor; ya en relación a la postulación, no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador, siempre que el valor del acto para el que se inste el expediente no supere los 6000 euros, siendo necesaria su actuación en otro caso (cfr. art. 62). En cuanto a la solicitud de la autorización, debe expresarse el motivo del acto o negocio y se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia del mismo, identificando con precisión el bien o derecho al que se refiera y, en su caso, la finalidad a la que deba aplicarse la suma que se obtenga (cfr. art. 63). Por lo que se refiere a la tramitación de este expediente, será el secretario judicial al que le corresponda admitir a trámite la solicitud y quien citará a comparecencia al ministerio fiscal, a las personas que exijan las leyes y, en todo caso, al afectado que tuviera suficiente madurez y al menor mayor de 12 años; todo sin perjuicio de la intervención de peritos, cuando proceda (cfr. art. 64). En relación a la resolución, será el juez el que, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando su conveniencia a los intereses del menor, resolverá concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada (cfr. art. 65), la resolución será recurrible en apelación con efectos suspensivos (cfr. art. 65). Finalmente, el juez podrá adoptar las medidas necesarias para asegurar que la cantidad obtenida por el acto de enajenación o gravamen, así como por la realización del negocio o contrato autorizado se aplique a la finalidad en atención a la que se hubiere concedido la autorización (cfr. art. 66).

⁸⁰ No en vano, la citada Ley de la Jurisdicción Voluntaria pone el énfasis en tales aspectos determinantes de una posible autorización o aprobación judicial, cuando, por una parte, se exige que en la solicitud «se razonará la necesidad, utilidad o conveniencia» [del acto o negocio de que se trate] (artículo 63.1) y, por otra parte, en relación a la resolución judicial, se especifica que el juez resolverá, concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada «valorando su conveniencia a los intereses del menor» (artículo 65.1). Como afirma la RDGRN 31 marzo 2016 (*RJ 2016\1277*), no obstante, la sustancial desjudicialización de otros expedientes operada por la Ley 15/2015, «La exclusividad de la reserva judicial de toda cuestión relativa a la protección de la persona y bienes de menores y personas con capacidad modificada judicialmente [...], es si cabe a día de hoy reforzada por la Ley de Jurisdicción Voluntaria» (FD 7).

3.2.1 La ineficacia de los actos realizados por el titular de la patria potestad sin la autorización judicial: a propósito de la STS (Pleno) de 22 de abril de 2010

Desde el momento de la entrada en vigor del Código civil se empezó a plantear la cuestión del tipo de ineficacia que afectaba a los actos realizados por el titular de la patria potestad sin la autorización judicial. Dicha autorización judicial es requerida por el artículo 166 del Código civil, cuando los padres realicen determinados actos de transcendencia jurídica, pero no establece la sanción que corresponde cuando se concluyan sin ella⁸¹. Adviértase como, a la vista del artículo 166.1.º del Código civil, no

⁸¹ El artículo 166.1.º del Código civil prohíbe a los padres renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares así como enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, a no ser que estos actos se realicen por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa autorización del juez del domicilio, con audiencia del ministerio fiscal. El apartado 2.º de este artículo 166 del Código civil exige que los padres recaben autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo y dispone que si el juez denegare la autorización, la herencia solo podrá ser aceptada a beneficio e inventario. Al comentar las reformas de 1981 en relación a esta norma, BERCOVITZ considera que el cambio que se introduce en este segundo párrafo del artículo 166 es una consecuencia lógica del control judicial previsto en el primer párrafo respecto a cualquier acto de renuncia y, por lo tanto, «no es sino una aplicación concreta de aquella regla general». BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario al artículo 166 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, *op. cit.*, pp. 1119-1122. Cfr., además, el artículo 1060 del Código civil, que especifica que cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria ni la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor sí necesitará aprobación judicial, también, según el precepto, el defensor judicial designado para representar a un menor deberá obtener aprobación del juez, si el secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento. Recuérdese que según el artículo 30.2 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria además de señalar que se nombrará defensor judicial a quien el secretario judicial estime más idóneo para el cargo, lo hará «con determinación de las atribuciones que le confiera». Adviértase, por lo demás, que a los expedientes de jurisdicción voluntaria, en relación la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a bienes y derechos de los de menores, se refieren los artículos 61 a 66 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Cuestión de la que me ocupé en el epígrafe anterior y allí me remito. Cfr., la STS 8 junio 2011 (RJ 2011\4400), en relación a la nulidad de una partición efectuada sin designación de defensor judicial para menores a efectos de su intervención en el inventario y el comentario de DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Partición por contador partidor concurriendo menores como herederos. Sentencia de 8 de junio de 2011», *CCJC*, núm. 89/2012, pp. 131-151. Por lo que atañe al último párrafo del artículo 166 del Código civil, este párrafo 3.º dispone la no necesidad de autorización judicial si el menor hubiere cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros. De nuevo, se observa la importancia del otorgamiento del acto en documento público, que va a implicar la no necesidad de autorización judicial, se supone que puede tratarse de una escritura pública, por lo que la intervención del fedatario público es garantía suficiente para los menores. En relación a la trascendencia de la función notarial en asuntos de menores, cfr., el apartado 2.3, de este estudio, sobre el juicio de suficiencia notarial. Por otra parte, si los bienes del hijo mayor de dieciséis años hubiesen sido adquiridos por su trabajo o industria, no se aplicaría este apartado 3.º del artículo 166 del Código civil, sino el apartado 3.º del artículo 164, ya que respecto a esos bienes concretos el hijo podrá realizar actos de administración ordinaria, y necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella. En relación al apartado 3.º del artículo 166 del Código civil, destaco la importante doctrina de la RDGRN 14 mayo 2010 (RJ 2010\3631), cuando

es suficiente que el acto se realice «por causa justificada de utilidad o necesidad»⁸², sino que, como *requisito concurrente* para la validez del negocio, se requiere la «previa autorización del juez del domicilio, con audiencia del ministerio fiscal». En relación a este artículo 166 del Código civil, recuerda el Tribunal Supremo que lo inspira la «tutela patrimonial» [del menor]: «la interpretación de este precepto no está sujeta a una interpretación restrictiva [...] cuando la responsabilidad patrimonial asumida también afecte o repercuta en el plano extrapatrimonial del interés del menor»⁸³.

Si bien, como se acaba de anticipar, el Código civil español no establece la clase de sanción correspondiente a determinados actos de los padres sin la preceptiva autorización judicial (cfr., el art. 166 CC); la legislación civil autonómica sí se ha ocupado del tipo de ineficacia de tales actos. Así, el Código civil de Cataluña, en el Libro segundo, relativo a la persona y la familia, después de concretar qué actos de los progenitores, con relación a los bienes o derechos de los hijos, necesitan autorización judicial, artículo 236-27⁸⁴, el artículo 236-31, con la rúbrica «Falta de autorización», fija como sanción la anulabilidad de dichos actos, si se han realizado sin autorización judicial o sin los requisitos establecidos por el artículo 236-30⁸⁵. También, dispone el tipo de

dispone que en el supuesto del último párrafo del artículo 166 del Código civil son los padres quienes realizan el acto de gravamen sobre inmuebles de los hijos siquiera sea con el consentimiento de estos, por ello, si los padres tienen intereses opuestos a los de sus hijos no emancipados, aunque se trate de esos mayores de dieciséis años que consienten, «es indudable que será preceptivo el nombramiento de defensor judicial, conforme al artículo 163, párrafo primero, inciso inicial, del Código civil». Resalto la siguiente consideración del Centro Directivo, porque se acomoda a la finalidad que subyace en este trabajo, cuando señala que a pesar del reconocimiento de esa esfera de válida actuación del menor de edad que legalmente es considerado con la suficiente madurez: «nunca puede llegar a prevalecer sobre normas generales tuitivas previstas para las situaciones de conflicto de intereses entre el menor y sus padres, que en todo caso deberán ser interpretadas conforme al principio de primacía del interés del menor» (FD Tercero). También, en relación a la esfera de actuación del menor de edad, cfr. la RDGRN 3 marzo 1989 (RJ 1989\2380).

⁸² Estos conceptos jurídicos indeterminados los explica magistralmente REVERTE NAVARRO. Así, señala que la «utilidad» hace referencia al objeto que se pretende enajenar: «utilidad, contrapuesta a perjuicio económico irreparable que produciría la no enajenación solicitada»; y la «necesidad», para el autor, va referida a un concepto vital, es decir, a la subsistencia —física o moral— del ser humano y matiza que «esta obedece a un concepto sociológico, mientras que la utilidad lo es económico». Además, acertadamente, concluye que «la justificación de la utilidad o necesidad para el gravamen o enajenación deberá ser *libremente* apreciada por el juez». REVERTE NAVARRO, Antonio, *Intervención judicial en las situaciones familiares (Notas al Código civil)*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1980, pp. 157-159, en especial. En relación a la última observación de REVERTE, cumple recordar que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, al regular la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a bienes y derechos de menores, dispone, precisamente, que «El juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida y valorando su conveniencia a los intereses del menor [...], resolverá concediendo o denegando la autorización o aprobación solicitada» (art. 65.1 LV).

⁸³ STS 5 febrero 2013 (RJ 2013\928).

⁸⁴ Entre la extensa lista de actos se encuentran los siguientes: enajenar bienes inmuebles u otros bienes de valor extraordinario, así como gravarlos; renunciar donaciones, herencias o legados; otorgar arrendamientos sobre bienes inmuebles por un plazo superior a quince años.

⁸⁵ El artículo 236-30 permite «autorizaciones alternativas», que sustituyen la autorización judicial por el consentimiento del acto. En relación a la acción para impugnar los actos determinados por el artículo

ineficacia que corresponde a los actos realizados por los representantes legales de los menores sin la correspondiente autorización, el Código del Derecho Foral de Aragón, que regula por separado la situación de la persona menor de edad según haya cumplido o no los catorce años, que será la anulabilidad⁸⁶.

Por lo que atañe a la posición adoptada por la doctrina científica, esta se divide ante la cuestión de si son radicalmente nulos o meramente anulables los actos que, requiriendo autorización judicial, no la tuvieron. Por una parte, ALONSO PÉREZ, defiende la nulidad radical. Así, después de criticar a los autores que estiman que se trata de una nulidad relativa aplicando, «de modo inexplicable», dos preceptos irreconciliables: los artículos 4 [hoy, art. 6.3 CC] y 1300 de Código civil⁸⁷; el autor suscribe la doctrina de la STS 28 mayo 1965⁸⁸, cuando considera que se trata de una norma —la del artículo 164 [hoy, art. 166 CC]— «de carácter familiar, amparadora de los derechos de los menores y afectante a un interés y garantía públicos» (Considerando Segundo); finalmente, concluye que están en juego, frecuentemente, valores patrimoniales delicados y «es justo que tales actos dispositivos estén afectados de nulidad radical para tutela del

236-27, caduca a los cuatro años del momento en que los hijos hayan alcanzado la mayoría de edad o la emancipación o de la reintegración judicial de la capacidad (art. 236-31.2).

⁸⁶ Aclara el Preámbulo de la Ley que en todos esos casos se evita la nulidad absoluta cuando la invalidez persigue proteger el interés particular de persona determinada, siguiendo la tónica de la legislación civil aragonesa. La Sección 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro I, se ocupa de la persona menor de catorce años. Así, después de disponer el artículo 12.1 que la representación legal del que no ha cumplido los catorce años incumbe a los titulares de la autoridad familiar, en cuanto ostenten su ejercicio, y, en su defecto, al tutor y de señalar el artículo 15 determinados actos de disposición para cuya realización el representante del menor necesita autorización previa de la Junta de Parientes o del juez —entre estos actos, están: la realización de actos de disposición sobre inmuebles, o actos de disposición a título gratuito o el dar en arrendamiento inmuebles por plazo superior a seis años—, dispone el artículo 19 que los actos realizados sin la debida autorización o aprobación serán anulables. Por otra parte, la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro I, se ocupa del menor mayor de catorce años, que, como señala el artículo 23, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor, sin perjuicio de que la imposibilidad de prestar asistencia permitirá al menor solicitarla a la junta de parientes o al juez, y de los actos que la ley permite a este menor mayor de catorce años que pueda realizar por sí solo y por lo que atañe a la sanción prevista para los casos en que el acto o contrato celebrado por el menor sin la debida asistencia, el artículo 29, declara que será anulable, mientras no sea confirmado por quienes puedan anularlo.

⁸⁷ Uno de esos autores es BONET RAMÓN, cuando estima que cuando se hayan enajenado los bienes del menor por sus padres sin autorización judicial, en los casos en que esta sea necesaria, dicha enajenación será nula como incurso en los artículos 4 [hoy, art. 6.3 CC] y 1300 del Código civil. Razona el autor que el artículo 164 del Código civil [hoy, art. 166 CC] establece de modo claro y rotundo la norma general de que los padres no pueden enajenar los bienes inmuebles de los hijos, con lo cual se niega la posibilidad de prestar el consentimiento para ello, y, por tanto, no existe contrato cuando enajenan esos bienes, fuera del caso de excepción que prevé el mismo artículo 164 de utilidad o necesidad y previa autorización judicial [circunstancias igualmente previstas por el vigente art. 166.1.º CC], y, por tanto, «son radicalmente nulas esas enajenaciones, sin que sea posible una subsanación del defecto, ni que prescriba la acción para la declaración de tal nulidad [...]». BONET RAMÓN, FRANCISCO, «Comentario al artículo 164 del Código civil», *Código Civil Comentado con sus apéndices forales* (2.ª ed.), Aguilar, Madrid, 1964, pp. 211 y 212.

⁸⁸ RJ 1965\3083.

sometido, siempre en condiciones de inferioridad». Lo exige, por otra parte, la función tuitiva de la patria potestad, y «está en el espíritu del artículo 164 del Código civil [hoy, art. 166.1 CC] al exigir la garantía de la autoridad judicial»⁸⁹.

En fin, la tesis que verdaderamente se acomoda a la última doctrina jurisprudencial, que apela al recurso al artículo 1259.2.º del Código civil y que considera al acto, no anulable, ni, propiamente, nulo de pleno derecho, sino «inexistente»⁹⁰ y con posibilidad de ratificación por el propio interesado⁹¹. Por consiguiente, en aplicación del párrafo segundo del artículo 1259 del Código civil, el acto «será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante». Seguramente la Sala Primera del Tribunal Supremo, en esta polémica, siguió una vez más la doctrina del profesor DE CASTRO, que, al estudiar los casos de nulidad absoluta, al referirse al «Negocio inexistente» y, dentro de este grupo, a los «Negocios incompletos», menciona expresamente los «Negocios realizados por quien carece de poder suficiente» y, precisamente, cita como uno de los supuestos el regulado por el artículo 1259 del Código civil⁹². También, PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS considera que el acto resulta entonces celebrado por quien no tienen poder suficiente, por lo que concluye que estamos ante los supuestos que se pueden clasificar como negocios nulos (con nulidad absoluta) por ser negocios incompletos y apela entonces a

⁸⁹ ALONSO PÉREZ, Mariano, «El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad», *RDP*, enero/diciembre, 1973, p. 24. Asimismo, al analizar la sanción correspondiente en caso de incumplimiento de los requisitos del artículo 166 del Código civil, LLAMAS POMBO se decanta por la nulidad, ya que concluido el negocio dispositivo sin autorización judicial, el mismo es nulo de pleno derecho por ser un acto prohibido, por lo que no existe la posibilidad de sanación posterior por medio del consentimiento del menor, solo cuando dicho consentimiento es anterior o simultáneo, el acto deja de ser prohibido. LLAMAS POMBO, Eugenio, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Trivium, Madrid, 1993, p. 127. No falta algún autor, que explícitamente se pronuncia a favor de que la figura más adecuada es la de la anulabilidad, sobre todo, en atención a la protección de los intereses del hijo menor, ya que esa es la finalidad esencial de la regla (art. 166.1.º CC y de la patria potestad en general, art. 154.2.º CC). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario al artículo 166 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, *op. cit.*, p. 1119.

⁹⁰ No entro a valorar la autonomía de la «inexistencia» como categoría de ineficacia; pero sí observo como DE CASTRO, sí se refiere, al estudiar los supuestos de nulidad, al «negocio inexistente». CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *El Negocio Jurídico*, *op. cit.*, p. 472. Cfr., además, STS 10 septiembre 1997 (*RJ* 1997\6402). También el Tribunal Supremo en las STS 22 abril 2010 (*RJ* 2010\2380) y 8 julio 2010 (*RJ* 2010\6030), al considerar que el acto realizado con falta de poder y aplicar el artículo 1259 del Código civil, concluyen que el acto será «inexistente». Por otra parte, algunos autores estiman que la «inexistencia» es «un concepto desconcertante, pues no es cualidad predicable del contrato como pueden ser la invalidez o la ineficacia». En este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 42-47.

⁹¹ En efecto, como considera la STS (Pleno) 22 abril 2010 (*RJ* 2010\2380), a la que sigue la STS 8 julio 2010 (*RJ* 2010\6030), de las que fue ponente Encarnación ROCA TRÍAS: el acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos por el artículo 166 del Código civil constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca con la ratificación del afectado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1259.2.º del Código civil, «de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente».

⁹² CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *El Negocio Jurídico*, *op. cit.*, p. 472.

la aplicación del artículo 1259 del Código civil, sin perjuicio de reconocer que, naturalmente, la «tesis de la anulabilidad» es la que mejor defiende los intereses del menor, porque este queda en situación privilegiada al quedar a su voluntad el que el negocio valga o no valga, sin que la otra parte pueda revocar el contrato antes de la confirmación, aunque se reconozca también que «para tanto privilegio hará falta texto expreso»⁹³.

La solución a esta controversia y disparidad de opiniones la resuelve hoy la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo que, aunque no se había pronunciado de forma uniforme sobre los efectos del acto realizado por el titular de la patria potestad sin autorización judicial, sí la sigue a raíz de 2010. Como epítome de las posiciones adoptadas, destaco la STS (Pleno) 22 abril 2010⁹⁴, que reconoce que la Sala, por regla general, resuelve los diferentes supuestos planteados «a la vista del caso concreto» y fija una concreta doctrina jurisprudencial que, se analizará al final de este mismo apartado. El Tribunal Supremo en este fallo, reconoce, en relación a la ineficacia de los actos realizados por el representante legal sin autorización judicial, tres posturas que ha mantenido al respecto, que circunstanciadamente se recogen en su FD Cuarto, a saber:

1.^a En unos casos, el Tribunal Supremo se manifestó a favor de la nulidad radical. La fundamentación de las sentencias se basa en dos tipos de argumentos: a) la disposición por el titular de la patria potestad sin autorización judicial es *per se* un acto inexistente,

⁹³ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de familia*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 539. Según el autor, puede ratificar el acto el menor prestando en documento público el consentimiento que falta desde que hubiere cumplido dieciséis años (ex art. 166.3.º CC); o los padres, previa autorización judicial (art. 166.1.º CC); o el hijo, libremente, una vez emancipado. A continuación, puntualiza que no basta la sola aprobación judicial *posterior* para que se produzca la convalidación del acto, porque la ley exige que la autorización sea *previa*. Aunque cree que cabría la ratificación si concurre la doble conformidad posterior: la del juez y, después, la del titular de la patria potestad, opinión, esta última, que no comparto. La jurisprudencia es contundente al respecto, al exigir la autorización judicial *previa*, por todas, cfr., las STS de 9 diciembre 1953 (RJ 1954\284) y de 30 marzo 1987 (RJ 1987\1839). Asimismo, en parecido sentido, se opina que la falta de autorización judicial prevista en el artículo 166.1.º del Código civil, genera un defecto en la representación del menor. En consecuencia, el acto entraría dentro de la esfera normativa del artículo 1259.2.º del Código civil, y se aclara que no obstante, el tenor del art. 1259.2.º CC, que dice expresamente “nulo”, la sanción procedente no es la nulidad radical y absoluta propiamente dicha sino que el negocio representativo sin poder, no es nulo ni anulable sino válido pero ineficaz para aquel en cuyo nombre se ha concluido en tanto no concorra ratificación. También se alude por la misma doctrina al «negocio incompleto» a la espera de la voluntad del *dominus*. De este modo, al no desplegar efectos, no perjudicará en principio al menor, que podrá ratificar el acto al alcanzar la capacidad necesaria para realizar el mismo. Así, LINACERO DE LA FUENTE, M.º Asunción, *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Montecorvo, Madrid, 1990, p. 295.

⁹⁴ RJ 2010\2380. Sentencia de la que fue ponente Encarnación ROCA TRÍAS. Cfr., el comentario a este fallo, por FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, «Comentario a la STS 22 abril 2010», *CCJC*, núm. 85/2011, pp. 393-410.

al faltarle uno de los requisitos; b) es un acto nulo por ser contrario a una norma imperativa, por lo que incurre en nulidad del artículo 6.3 del Código civil⁹⁵.

2.^a Una modalidad de la anterior jurisprudencia declara la nulidad del contrato celebrado sin la autorización judicial por tratarse de un acto realizado con extralimitación de poder, por lo que se aplica el artículo 1259 del Código civil⁹⁶.

3.^a Por otra parte, la jurisprudencia de la Sala civil también optó por la solución de la anulabilidad. El Tribunal Supremo, se decanta por la anulabilidad, porque en esos supuestos en los que el representante legal del menor realiza el acto sin autorización judicial: «el representante legal no actúa sin representación, ya que la tiene por ley»; actúa sin autorización judicial, complemento de su actuación jurídica que le falta, «esta ausencia produce que el negocio jurídico que se realiza esté falto de la capacidad completa; lo que da lugar a la anulabilidad»⁹⁷.

⁹⁵ En este sentido, destaca la STS 25 junio 1959 (RJ 1959\2933), cuando concluye que no existe contrato cuando se enajenan los bienes fuera del caso de excepción que prevé el mismo artículo 164 [hoy, art. 166 CC] de utilidad o necesidad y previa autorización judicial, y por tanto «son radicalmente nulas esas enajenaciones sin que sea posible una subsanación del defecto, ni que prescriba la acción para solicitar la declaración de nulidad». El caso de autos versa sobre venta por la madre de los bienes de una menor de edad sin autorización judicial. Cfr., en especial, el Considerando Segundo. Con esta doctrina, cfr., además, las STS 29 abril 1904 (JC 1904, t. 98, núm. 44); 21 junio 1943 (JC 1943, t. III, núm. 60); 9 diciembre 1953 (RJ 1954\284), 28 mayo 1965 (RJ 1965\3083) o la STS 17 febrero 1995 (RJ 1995\1105), que, en un supuesto de venta de un inmueble ganancial integrado en la sociedad formada por el cónyuge supérstite y los hijos menores del cónyuge fallecido, declaró la nulidad, en aplicación del artículo 166 del Código civil y porque tratándose de un patrimonio en principio ganancial, al disolverse la comunidad por fallecimiento de uno de los cónyuges, el otro carece de capacidad para enajenar los bienes que la integran hasta que, practicada la liquidación, el derecho de cada uno se individualiza (FD Tercero).

⁹⁶ Así, la STS 9 diciembre 1953 (RJ 1954\284), en un supuesto en el que una madre vende una casa perteneciente en parte a sus hijos huérfanos de padre, sin la correspondiente autorización judicial, el Tribunal Supremo recuerda como el artículo 164 [hoy art. 166.1.º CC] exige, como requisito indispensable, para que los padres puedan enajenar los bienes inmuebles de sus hijos, autorización judicial, por consiguiente, estima que la venta que se celebre sin haber obtenido dicha autorización «es nula, conforme a lo establecido por el artículo 1259 del Código civil». Asimismo, declara que solo podría convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad y aclara que la posibilidad de esa futura ratificación, no impide que mientras esta no surja puede declararse la nulidad mediante el ejercicio de la acción que concede el artículo 1302 del Código civil (sic) —cfr., el Considerando Segundo—. Puntualiza el Tribunal Supremo en esta Sentencia que esa nulidad no cabe subsanarla obteniendo posteriormente tal autorización judicial, pues esta solo daría validez a la enajenación verificada con posterioridad a la misma, pero no convalidaría la anteriormente estipulada, «sin que precediera ese requisito que indispensablemente se exige como previo» (Considerando Tercero). También, *obiter dictum*, apela al artículo 1259 del Código civil, la STS 8 junio 1917 (JC 1917, t. 140, núm. 99). Recuérdese que el párrafo segundo del artículo 1259 del Código civil, declara nulo el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante.

⁹⁷ En este sentido se resolvió el caso enjuiciado por la STS 3 marzo 2006 (RJ 2006\5772). La cuestión jurídica que ha llegado a casación, por medio del presente recurso interpuesto por un conjunto de demandados, es el tipo de ineficacia del negocio jurídico de disposición de inmueble (en este caso, la compraventa en documento privado de un determinado piso) celebrado por la madre representante legal, titular de la patria potestad (única, pues el padre había fallecido) en nombre y representación legal

En fin, la STS 22 abril 2010⁹⁸, recae sobre una materia especialmente necesitada de clarificación, como se infiere de lo señalado en los párrafos anteriores de este estudio, en torno al artículo 166 del Código civil, que exige autorización judicial para que los padres puedan enajenar bienes inmuebles o especialmente valiosos, propiedad de sus hijos menores; pero no aclara cuál es la consecuencia si se produce la venta sin autorización. Hasta la fecha, como se ha anticipado, el Tribunal Supremo proporcionó soluciones contradictorias. Esta Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, descarta la nulidad absoluta y la anulabilidad y, en síntesis, considera aplicable el artículo 1259 del Código civil⁹⁹. En efecto, el Tribunal Supremo, con este fallo pretende

de sus hijos menores de edad, pero sin la autorización judicial que exige el artículo 166.1.º del Código civil. Precisa el Tribunal que el matiz diferenciador que separa la anulabilidad de la nulidad es la calificación del interés, público o privado, a cuya protección se ordenan, y así, la defensa del interés público exige la indisponibilidad de la ineficacia de los actos contrarios a dicho interés, mientras que cuando está en juego el simple interés de los particulares, resulta más adecuada una ineficacia disponible relativa y tuitiva, que es la propia de la anulabilidad, y sin que, en este punto, quepa olvidar que, en cualquier caso, los menores disponen de una acción de nulidad al llegar a su mayoría de edad, artículo 1301 del Código civil y de un mecanismo de confirmación, artículo 1311 del expresado texto legal (FD Primero). Por consiguiente, para el Tribunal Supremo, del artículo 164 del Código civil (hoy, art. 166 CC), no se deriva la nulidad radical que preveía el artículo 4, hoy 6.3 del Código civil: la actuación del representante legal sin la autorización judicial no implica que falte el consentimiento, sino que se ha dado este, es decir, la concurrencia de las declaraciones de voluntad de vendedor y comprador, aunque aquel actuaba en nombre y representación de sus hijos menores de edad, como titular de la patria potestad, sin la preceptiva autorización judicial. Pero, concluye el Tribunal, sí hubo consentimiento contractual, presupuesto esencial del contrato conforme al artículo 1261.1.º del Código civil aunque el de la parte vendedora adolecía de la falta de autorización judicial: «esta falta no da lugar a la nulidad radical del contrato sino a que este es anulable» y si los contratantes representados (por representación legal) no han accionado interesando la anulación en el plazo de cuatro años que establece el artículo 1301 del Código civil, se produce la confirmación por disposición de la ley, llamada prescripción sanatoria, por el transcurso del plazo de caducidad (FD Tercero). Asimismo, se decantaron por la anulabilidad las STS de 30 de marzo 1987 (*RJ* 1987\1839) y de 9 marzo 1994 (*RJ* 1994\3894), que además, se ocupan de la legitimación para el ejercicio de la acción. Así, a partir de esa naturaleza de simple anulabilidad, se cuestiona la legitimación «de quienes no sean el propio hijo o los que del mismo traigan causa, negándola a quienes se sitúen fuera de la esfera de los intereses del hijo» (FD Tercero, STS 1987).

⁹⁸ *RJ* 2010\2380. Sentencia de Pleno, seguida por la STS 8 julio 2010 (*RJ* 2010\6030), de la que también fue ponente Encarnación ROCA TRÍAS, que aplicó la doctrina de la STS 22 abril 2010, a un contrato celebrado por tutores sin autorización judicial. Asimismo, se reitera la doctrina de estas Sentencias en la STS 17 marzo 2016 (*RJ* 2016\845), de la que fue ponente Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO, en un supuesto de impugnación de actos realizados por un guardador de hecho.

⁹⁹ El resumen de los hechos probados es el siguiente: dos hermanos habían adquirido por herencia de su madre un piso ganancial tras la correspondiente partición, se inscribió la finca a favor de ambos herederos, al haber renunciado el padre a su parte de los bienes gananciales, al legado de usufructo y a la cuota legal usufructuaría, adjudicándose los hijos por mitad el caudal hereditario; pero, antes de las operaciones descritas, el padre ya había procedido a vender en nombre propio y de sus hijos menores de edad, en documento privado, el inmueble objeto del litigio. Los hijos, ahora demandantes, eran menores de edad en aquel momento y no se había autorizado judicialmente la venta. Obsérvese que no se trata simplemente de una venta por el padre de bienes de sus hijos menores sin autorización judicial, sino, además, de una venta por copartícipe de un bien en una sociedad postganancial no liquidada, una venta de un bien común antes de la partición. El Tribunal Supremo, resolvió casos similares, de venta de bienes de menores, antes de la liquidación de la sociedad, así, la STS 21 mayo 1984 (*RJ* 1984\2497), en un supuesto de venta de finca perteneciente a la comunidad del vendedor y sus hijos, sin autorización judicial, siendo uno de los hijos menor de edad, calificando contrato como anulable y ratificado, por falta

sentar la doctrina relativa al tipo de ineficacia de los actos del representante legal efectuados sin la correspondiente autorización judicial. Así, después de reconocer la falta de concreción del artículo 166 del Código civil acerca del tipo de ineficacia de tales actos, se plantea cuál es el fin de protección que busca el ordenamiento jurídico cuando exige dicha autorización. En definitiva, se trata de integrar el artículo 166 del Código civil con lo que dispone el artículo 1259.1 del mismo texto legal, cuando dice que «ninguno puede contratar a nombre de otro [...] sin que tenga por la ley su representación legal»¹⁰⁰.

Por su relevancia, a continuación transcribo alguno de los fragmentos más importantes de este fallo, que, como se verá, constituye ya doctrina jurisprudencial, al ser asumida ya por otras resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo¹⁰¹:

«[...] De aquí que deba aplicarse lo dispuesto en el art. 1259 CC, porque la autorización judicial para la realización del acto por el representante legal cuando la ley lo requiera tiene naturaleza imperativa en el Código civil y no es un simple complemento del acto a realizar. De acuerdo con el art. 166 CC, la representación de los padres como representantes legales, no alcanza los actos enumerados en el art. 166 CC. Los actos de disposición deben tener causas de utilidad justificadas y se deben realizar previa autorización judicial con audiencia del Ministerio Fiscal¹⁰².

de reclamación al haber transcurrido cuatro años siguientes a su mayoría de edad, sin ejercitar la acción y la STS 17 febrero 1995 (RJ 1995\1105), que concluyó que tratándose de un patrimonio ganancial, al disolverse la comunidad por fallecimiento de uno de los cónyuges, el otro carece de capacidad para enajenar los bienes que la integran hasta que, practicada la liquidación, el derecho de cada uno se individualiza; de modo que, hasta entonces, los bienes concretos de aquel patrimonio, en situación de comunidad entre el supérstite y los restantes herederos, no puede ser objeto de disposición si no es concurriendo todos los interesados.

¹⁰⁰ De donde, según el Tribunal Supremo, surgen los siguientes argumentos favorables a la ineficacia del acto en el sentido que luego se explicitará: a) el artículo 166 del Código civil es una norma imperativa, que coincide con lo dispuesto en el artículo 1259 del Código civil y a salvo la ratificación, su incumplimiento lleva a la aplicación del artículo 6.3 del Código civil, es decir, la nulidad del acto; b) el fin de protección de la norma contenida en el artículo 166 del Código civil es la salvaguardia del interés de los menores, que no pueden actuar por sí mismos y que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata en su nombre y obliga sus patrimonios sin el preceptivo control, ya que deberán asumir las correspondientes deudas; c) la actuación de los padres siempre debe tener como finalidad el interés del menor, tal como dispone el artículo 154 del Código civil. La representación legal no es un derecho de los padres, sino de los hijos, que les permite exigir que se actúe en beneficio de sus intereses —a favor, la Convención de los derechos del niño, aunque no contemple directamente este supuesto—; d) el propio artículo 1259 del Código civil se añade a esta argumentación según la doctrina y alguna jurisprudencia, porque va a permitir que el contrato pueda ser objeto de ratificación por el propio interesado cuando sea favorable a sus intereses.

¹⁰¹ Se trata, como ya se ha anticipado, de las STS de 8 julio 2010 (RJ 2010\6030) y de 17 marzo 2016 (RJ 2016\845).

¹⁰² Aclara el Tribunal Supremo que la autorización judicial no es un complemento de capacidad como ocurre en la emancipación o en la curatela, sino que es un elemento del acto de disposición, puesto que los padres solos no pueden efectuarlo. Y todo ello, para obtener la protección de los intereses del menor.

El acto realizado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 CC constituye un contrato o un negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. Por tanto, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aun no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1259.2 CC, de modo que no siendo ratificado, el acto será inexistente»¹⁰³.

Por lo demás, como observa el Tribunal Supremo «No consta probado ningún acto de ratificación efectuado por los hijos desde el momento en que alcanzaron la mayoría de edad y es por todo ello que el contrato no reúne los requisitos antes explicitados, por lo que incurre en la sanción de nulidad» (FD Quinto)¹⁰⁴.

Nótese como la doctrina científica y la jurisprudencia no han obviado uno de los aspectos que pueden generar más controversia acerca de la similitud que pueda presentar este nulidad del artículo 1259 del Código civil que no obstante, admite la «ratificación» posterior del acto previamente considerado nulo, con la anulabilidad y la posibilidad de confirmación del negocio anulable. Así, aun reconociendo que si en un principio pareció confundirse la figura de la ratificación (por ejemplo, ex art. 1259.2.º

¹⁰³ Este es el supuesto planteado en este recurso de casación: efectivamente, el padre vendedor no pidió la autorización judicial para la venta de uno de los bienes que formaban la herencia de su esposa y que fueron adquiridos por sus hijos como herederos de la misma y cesionarios del padre que renunció a su favor su cuota de gananciales. El Tribunal Supremo califica el negocio de «inexistente», ya las STS de 10 septiembre 1997 (RJ 1997\6402) y de 2 octubre 2001 (RJ 2001\8723), han considerado el contrato nulo según el artículo 1259 del Código civil como «inexistente»: «categoría de inexistencia, que es el grado superior de invalidez de los contratos y que produce de plano y de pleno su ineficacia». Por lo demás, adviértase como un aspecto ignorado por el artículo 1259 del Código civil, es el del plazo de ejercicio de la acción que dimana de su aplicación, sin embargo, es obvio que si se considera como una genuina acción de nulidad, es imprescriptible, por otra parte, el Tribunal Supremo, al aplicar al caso enjuiciado el artículo 1259 del Código civil, declaró que «la nulidad, salvo ratificación, que sanciona e segundo párrafo de dicho artículo no está sujeta a plazo de caducidad alguna» (FD Segundo, STS 17 marzo 2016 [RJ 2016\845]). Tampoco el artículo 1259, establece un plazo concreto para la ratificación del negocio jurídico; sin embargo, el artículo II.-6:111(3) del DCFR, dispone en protección de los terceros, un plazo «razonable» para la ratificación, al disponer que el tercero que conoce que un acto se hizo sin legitimación puede, por notificación al principal, «especificar un periodo de tiempo razonable para que lo ratifique. Si el acto no se ratifica en ese periodo, la ratificación ya no es posible». Cfr., BARRADA ORELLANA, Reyes, «Comentario al artículo II.-6:111 del DCFR», en VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA y SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Coords.) *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, t. I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 441-449.

¹⁰⁴ En consecuencia, se declara la nulidad del contrato de compraventa otorgado entre los demandados por falta del poder de disposición del vendedor (el padre) con la consiguiente obligación de los recurrentes de devolver el precio pagado por los compradores y se declara la obligación de los compradores de reintegrar el inmueble a los recurrentes (FD Sexto).

CC) con la confirmación de los negocios anulables¹⁰⁵, se considera como doctrina reiterada que la ratificación de los negocios jurídicos concluidos por el representante en nombre del representado sin autorización representativa o extralimitándose en el poder, no puede ser confundida con la confirmación de los contratos anulables¹⁰⁶. En este sentido, destaco la doctrina de la significativa STS 14 diciembre 1940, cuando considera que la «ratificación» prevista en el párrafo 2.º del artículo 1259 del Código civil, no puede ser confundida con la «confirmación» de los contratos anulables, ya que esta última significa subsanación de un acto que lleva en sí todos los elementos necesarios para su existencia, adoleciendo empero de un vicio que origina su invalidez, mientras que la ratificación confiere plena eficacia a un negocio que se celebró con falta de un elemento esencial, pero que puede aparecer «a posteriori», cual es el consentimiento del principal o representado; lo que no obsta, según este fallo, para que la ratificación tenga, en algunos puntos, marcadas coincidencias con la confirmación, pudiendo como esta ser tácita (cfr. el art. 1727.2.º CC) y siéndole propio un efecto retroactivo, análogo al de la confirmación¹⁰⁷.

3.2.2. La sanción correspondiente a los actos y contratos concluidos por los tutores sin la preceptiva autorización judicial

¹⁰⁵ En relación a la confirmación de los negocios anulables, es bien sabido que el negocio nulo no es confirmable (cfr., art. 1310 CC), pues bien, cuestión íntimamente conexas a la de la confirmación es la de si frente a quien alega la nulidad puede oponérsele la doctrina de los actos propios. El Tribunal Supremo consideró en su momento que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos está limitado, ya que «estos tienen que ser válidos ante la ley» (STS 31 diciembre 1931 [RJ 1931\2333]), de modo que frente a la nulidad de un negocio no cabrá oponer que se trata de un acto propio de quien la alega, pudiéndose entender consolidada la doctrina de que no cabe oponer los actos propios frente a una alegación de nulidad de pleno derecho o absoluta. Sobre el particular, cfr. CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *El Negocio Jurídico*, op. cit., pp. 479 y 480. Convengo con esa doctrina. Sin embargo, existen fallos del Tribunal Supremo que niegan legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad a representantes de menores que enajenan inmuebles sin autorización judicial, por ir en contra de sus propios actos y, por tanto, contra las exigencias de la buena fe (art. 7.1.º CC): *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (cfr., por ejemplo, las STS de 9 mayo 1994 [RJ 1994\3894] y de 17 febrero 1995 [RJ 1995\1105]). Sobre la cuestión, cfr., el imprescindible estudio de Díez-PICAZO, Luís, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963.

¹⁰⁶ Ampliamente, SERNA MEROÑO, Encarna, «Comentario al artículo 1259 del Código civil», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (Dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1-A (*Artículos 1254 a 1260 del Código civil*), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 534 y 535. Por lo demás, DE CASTRO sitúa el caso de nulidad del artículo 1259 del Código civil, como uno de los supuestos que denomina de «convalecencia», que es posible respecto de los negocios «incompletos»: «casos en que se concede a un extraño al negocio la facultad de convalidarlo, apropiándose del negocio mediante la ratificación». CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *El Negocio Jurídico*, op. cit., p. 485.

¹⁰⁷ RJ 1940\1135. Cfr., el Considerando Segundo. En relación al efecto retroactivo de la ratificación, ya la STS 7 mayo 1897 (JC 1897, t. 81, núm. 202), consideró que la ratificación o confirmación de un contrato hecho por la persona en cuyo nombre se hubiere celebrado, convalida al contrato desde el momento de su celebración y no desde la fecha de la confirmación, porque esta recae sobre el acto ya ejecutado, dándolo por bueno y eficaz, según claramente se desprende del artículo 1259, en relación con el 1313 del Código civil.

En relación a los actos realizados por el tutor, en representación (legal) del menor de edad¹⁰⁸, realizados sin autorización judicial, el artículo 271 del Código civil tampoco especifica la sanción. Sin embargo, de nuevo, el Código civil de Cataluña, en el Libro Segundo, relativo a la persona y la familia, después de concretar los actos del tutor que requieren autorización judicial, en el artículo 222-43¹⁰⁹, el artículo 222-46, dispone la sanción correspondiente a los actos hechos por el tutor sin la preceptiva autorización judicial y es la anulabilidad¹¹⁰.

La jurisprudencia y la doctrina se han planteado para los actos no autorizados del tutor las mismas dudas que, en apartado anterior del presente trabajo se han señalado respecto del tipo de ineficacia que afecta a los actos de disposición del titular de la patria potestad efectuados sin autorización judicial. Así, algún autor, al estudiar el artículo 271 del Código civil considera que se trata de un supuesto de «ineficacia relativa» y estima que no sería correcto decir que en tanto no recaiga la preceptiva autorización judicial no se produce efecto alguno ya que lo actuado es parte del *iter negocial* que comenzó con un acuerdo de voluntades del tutor extralimitado y del tercero¹¹¹. Sin embargo, me parece más atinada la opinión de GIL RODRÍGUEZ, cuando considera que la autorización judicial que exige el precepto constituye un requisito esencial del negocio «ni menos ni más». Efectivamente, afirma que «la falta de autorización previa hace consecuyente y necesaria la nulidad absoluta del acto o negocio», ya que así resulta también del carácter imperativo de este precepto en relación con el artículo 6.3 del Código civil¹¹².

De los fallos jurisprudenciales recaídos al respecto, destaca la STS 8 julio 2010¹¹³, que aplica la doctrina de la STS (Pleno) 22 abril 2010, ya analizada, por considerar que los

¹⁰⁸ Recuérdese que los menores pueden estar sujetos a tutela, cuando se trate de menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad o cuando los menores se hallen en situación de desamparo (cfr., los apartados 1.º y 4.º del art. 222 CC). Ya que este estudio se ocupa, singularmente, de los menores no emancipados, en esta ocasión, no se enfoca la tutela, como figura tuitiva propia para la incapacitación, sino aplicada a los menores de edad.

¹⁰⁹ Entre ellos y a título de ejemplo: para enajenar bienes inmuebles o bienes de valor extraordinario, para renunciar donaciones, herencias o legados, para otorgar arrendamientos sobre bienes inmuebles por un plazo superior a quince años.

¹¹⁰ Tales actos concluidos por el tutor sin la correspondiente autorización judicial son anulables, según el artículo 222-46.1, a instancia del nuevo tutor o, en su defecto, de las personas legalmente obligadas a constituir la tutela y del propio tutelado, en este último caso, el plazo de cuatro años se cuenta desde que salga de la tutela —se entiende que en los demás casos, el plazo de cuatro años se cuenta desde la realización del acto—; también pueden impugnarlos los herederos del tutelado en el plazo de cuatro años a partir del fallecimiento de este, o en el tiempo que quede para completarlo si ha comenzado a correr con anterioridad.

¹¹¹ GÓMEZ-ONTIVEROS, José María, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre» (segunda parte), *RCDI*, 1984, núm. 565, pp. 1446-1448.

¹¹² GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Comentario al artículo 271 del Código civil», *Comentario del Código civil*, t. I (2.ª ed.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 799.

¹¹³ *RJ* 2010\6030, de la que también fue ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. En el caso de autos, se declara la nulidad del contrato de opción de compra y venta de las acciones adjudicadas a los incapacitados tras

casos de actuación del tutor sin autorización judicial obedecen a la misma finalidad que los actos celebrados por los padres titulares de la patria potestad sin autorización judicial. En consecuencia, se trata de integrar el artículo 271 del Código civil con el artículo 1259 del Código civil; por tanto, no constituye un supuesto de nulidad absoluta, que no podría ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aun no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial exigida legalmente, que deberá ser suplida por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1259.2 del Código civil, de modo que no siéndolo, el acto será inexistente.

Sin embargo, esta doctrina jurisprudencial no se aplica a supuestos recurrentes en los que, también interviene un tutor, en estos casos, en representación del cónyuge incapacitado; no se aplica la doctrina sentada en las citadas STS (Pleno) 22 abril 2010 y de 8 julio 2010¹¹⁴, sino otra diferente, en concreto, la dispuesta por la STS 23 septiembre 2010¹¹⁵, que en ante un acto de disposición realizado por el cónyuge tutor de su esposa incapacitada sin autorización judicial, declaró la anulabilidad del acto y advirtió que en el caso enjuiciado no podía aplicarse la doctrina contenida en aquellas sentencias, que declaran la nulidad de los actos de disposición efectuados por el titular de la patria potestad y por el tutor sin autorización judicial y aclara que tal imposibilidad deriva de la existencia de normas específicas y expresas relativas a la ineficacia de los actos de disposición en relación a bienes gananciales efectuados por el esposo tutor sin autorización judicial, contenidas en los artículos 1389 y 1322 del Código civil y añade «el caso contemplado en el artículo 1398.2 CC [*rectius*, 1389.2 CC] está incluido en el supuesto, porque obedece a la misma razón»¹¹⁶. Declarado que el

la liquidación de su participación en las empresas familiares, contratos concluidos por sus tutores sin autorización judicial. Obsérvese que en este caso se trataba de tutela de incapaces; pero es extrapolable la doctrina al caso en que se tratase de tutores de menores no sometidos a la patria potestad.

¹¹⁴ La primera de estas Sentencias, se analizó en el apartado anterior y la segunda, en de este mismo apartado del estudio.

¹¹⁵ *RJ* 2010\7136. De la que fue ponente, como en los casos de las otras dos Sentencias del Tribunal Supremo de 2010, Encarnación ROCA TRÍAS. En el caso de autos, se pretendió la anulación del acto, calificado de dispositivo, realizado por el marido como tutor de su esposa incapacitada, consistente en el arrendamiento de locales de negocio gananciales durante 25 años y con omisión de la necesaria autorización judicial.

¹¹⁶ Por tanto, concluye el Tribunal Supremo, «la ineficacia de los actos otorgados por el cónyuge tutor sin autorización judicial no es la nulidad de los artículos 1259 y 4 [*rectius*, 6.3 CC], como ocurre en la disposición por el padre o el tutor de bienes de sus hijos o pupilos sin la autorización judicial, sino la de los artículos 1389 y 1322 CC, que establecen un tipo de ineficacia concreto para la disposición de los gananciales sin la preceptiva autorización» (FD Quinto). Cfr., con la misma doctrina la STS 20 abril 2016 (*RJ* 2016\1687), de la que fue ponente Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO. En el caso enjuiciado, se había constituido una hipoteca sobre un inmueble ganancial, estando uno de los cónyuges incapacitado con nombramiento de tutor y sin autorización judicial. De nuevo, se declara la aplicación específica de los artículos 1322 y 1389.2 del Código civil, por lo que se resuelve que la ineficacia que se deriva del supuesto no es la nulidad absoluta o de pleno derecho sino la anulabilidad. Adviértase que en el caso de autos, se declaró la validez del título de adquisición del demandado en el procedimiento de ejecución hipotecaria que se siguió, al ser un tercero hipotecario, protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Recuérdese que según el artículo 1387 del Código civil, la administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante

tipo de ineficacia producida, en el caso examinado, es la anulabilidad, a continuación el Tribunal trata de determinar en qué momento se inicia el plazo para el cálculo de los cuatro años de caducidad establecido en el artículo 1301 del Código civil para el ejercicio de la acción, así que con fundamento en el último párrafo de este artículo, se entiende que ya que la acción se dirige a «invalidar los actos o contratos realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, cuando este consentimiento fuere necesario», este plazo empieza a contar «desde el día de la disolución de la sociedad conyugal o del matrimonio salvo que antes hubiese tenido conocimiento suficiente de dicho acto o contrato». Concluye el Tribunal que «a dicho supuesto debe equipararse el caso de falta de autorización judicial, ya sea porque el cónyuge no disponente se encuentra incapacitado, ya sea porque se haya producido dicha disposición directamente y en contra de lo dispuesto en el artículo 1322 CC»¹¹⁷.

En todo caso, las sanciones procedentes, bien como consecuencia de las actuaciones no permitidas al menor no emancipado o, en su caso, por los actos concluidos por sus representantes legales sin la preceptiva autorización judicial, lo que tratan es de proteger el interés de los menores¹¹⁸.

4. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

1.^a *La capacidad de obrar graduable y limitada del menor, en virtud de las disposiciones dictadas para su protección.* Frente a los que consideren que el menor de edad está

legal de su consorte, que según el artículo 1389.2 del Código civil para realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles, por ejemplo, necesitará autorización judicial; por otra parte, según el artículo 1322 del Código civil, cuando la ley requiera que uno de los cónyuges actúe con consentimiento del otro, los realizados sin él y no confirmados, podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento fue omitido o de sus herederos, apartado primero, y si faltase tal consentimiento y el acto fuese gratuito se produce la nulidad, apartado segundo. Obsérvese que el artículo 1322 del Código civil establece las sanciones correspondientes, anulabilidad o nulidad, según que el acto sea oneroso o gratuito, pero no para los supuestos en los que falte autorización judicial, sino para los casos de falta de consentimiento del otro cónyuge; sin embargo, convengo con RAGEL SÁNCHEZ en que el precepto infringido fue el artículo 1389.2.º CC, que requiere autorización judicial cuando el cónyuge tutor pretende disponer de bienes inmuebles gananciales. «Aunque no se trata propiamente de un consentimiento conyugal, tiene la virtualidad de suplir su necesidad» ya que «el juez que autoriza el acto no se convierte en disponente, pero suple el consentimiento del cónyuge que se niega injustificadamente a prestarlo, o que está imposibilitado para hacerlo» y concluye «de ahí que se denomine autorización judicial *supletoria*. De ahí que la falta de autorización judicial es un supuesto semejante al de la falta de consentimiento conyugal». RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «Comentario a la STS 23 septiembre 2010», *CCJC*, núm. 86/2011, pp. 1156 y 1157.

¹¹⁷ En el caso enjuiciado, el matrimonio se disolvió por la muerte de uno de los cónyuges, coinciden los plazos, a partir de ese momento, el heredero y a la vez tutor de su madre, desde la muerte del padre, anterior tutor, pudo haber ejercitado la acción para anular el contrato otorgado sin autorización judicial, habiéndola interpuesto pasados los cuatro años, la acción ya había caducado.

¹¹⁸ Así, ya la RDGRN 26 octubre 1964 (*RJ* 1964\4501), concluyó que la finalidad del artículo 164 CC [hoy art. 166 CC] es el establecimiento de una serie de «garantías en defensa y protección del patrimonio del menor de edad» y la STS 10 junio 1991 (*RJ* 1991\4434), reconoció que la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o anulabilidad de los contratos celebrados por los menores, es «una finalidad protectora del interés de éstos».

afectado de una incapacidad de obrar absoluta, en el presente estudio se defiende la capacidad de obrar «limitada» del menor, capacidad que es además «graduable». Es *limitada*, en atención a las disposiciones dictadas para su protección que se concretan, tanto en la intervención de los representantes legales del menor, como en el control por estos de la autoridad judicial, en refuerzo de la protección e interés de los menores de edad y es *graduable*, en función de sus condiciones de madurez. Precisamente, el disfrute por parte del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de su madurez y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar.

2.^a *La evolución de la autonomía del menor en el orden civil y prevalencia de las normas generales tuitivas enfocadas al interés superior del menor.* Aun siendo incontrovertible que el Derecho civil común evoluciona a favor de una mayor autonomía del menor, alineándose así con una tendencia consolidada en los ordenamientos civiles autonómicos, como se aprecia a lo largo de este estudio, y que, por ejemplo, se manifiesta legalmente al reconocerle al menor capacidad para celebrar contratos relativos a bienes y servicios «de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales» (ex art. 1263.1º *in fine* CC) y la pertinencia de interpretar las normas que afecten a los menores en atención al criterio sociológico (conforme a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», art. 3.1 CC). No obstante, a pesar del reconocimiento de esa esfera de válida actuación del *menor maduro*, nunca puede llegar a prevalecer sobre las normas generales tuitivas previstas en interés del menor de edad. Por consiguiente, en este trabajo se defiende la intervención de los representantes legales del menor y, en caso de conflicto de intereses, del defensor judicial, siempre en aras de la mayor protección y garantía para los menores. En fin, cualquier disposición que se adopte deberá orientarse hacia «el interés superior del menor», que se erige no solo en principio general de carácter interpretativo, sino también en derecho sustantivo y norma de procedimiento.

3.^a *La necesaria coordinación entre el notario y los órganos jurisdiccionales encargados de la defensa y protección de los menores.* Otro de los aspectos que considero de crucial importancia para este estudio es el reconocimiento que en esta ámbito específico tiene la función notarial, concretada en el «juicio de suficiencia notarial de la capacidad necesaria para otorgar el acto o contrato» y, en su caso, «juicio de suficiencia notarial de la representación», se trata de un aspecto nada desdeñable que merece siquiera una reflexión y crítica, por haber sido una ocasión desaprovechada por el legislador que en las recientes reformas legislativas llevadas a cabo en el año 2015, con especiales repercusiones para la protección del interés superior del menor y de los terceros que con él —o por medio de sus representantes legales—, contratan, no se haya concedido la relevancia que se merece al papel de este fedatario público en este ámbito. Con esta intervención notarial, mediante, singularmente, la recepción del consentimiento de los contratantes menores y emitiendo el juicio de suficiencia notarial de capacidad, o, en su caso, de la representación, se evitarían numerosos litigios. El otro actor imprescindible en defensa y garantía de la actuación de los

menores y de sus representantes legales, es la autoridad judicial, que, podrá actuar de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del ministerio fiscal, y que podrá actuar con un amplio margen de discrecionalidad, al dictar las disposiciones que «considere oportunas» y con la finalidad de «apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios» (ex art. 158.6.º CC); no se descuidará en el estudio orientado al ámbito patrimonial, la importancia del nombramiento de un defensor judicial, ya que en este campo los conflictos de intereses pueden ser mayores. Asimismo, se analizarán los expedientes de jurisdicción voluntaria, tanto en materia de familia y, en concreto, la intervención judicial en relación a la patria potestad, como en materia de personas, para los casos en los que proceda el nombramiento de un defensor judicial.

4.ª *El tipo de ineficacia de los actos concluidos por los propios menores y de los celebrados por sus representantes legales sin la preceptiva autorización judicial.* El menor de edad, no es una persona total y absolutamente incapaz, sino que es una persona con capacidad de obrar «limitada», ello significa que, como regla general, los contratos celebrados por el menor de edad no son nunca, por razón de edad, contratos absoluta y radicalmente nulos, sino anulables; es decir, si está dotado de discernimiento suficiente, aun cuando carezca de la exigida capacidad, en tal caso no por ello la relación contractual sería radicalmente nula, pues el consentimiento existe, si bien resulta aplazado en sus efectos vinculantes. Por consiguiente el tipo de ineficacia de tales actos, será, generalmente, la anulabilidad, salvo que el menor no estuviese dotado del discernimiento suficiente o careciere de capacidad natural (de entender y querer), en cuyo caso procedería la nulidad radical del negocio por él concluido. Por lo demás, en atención a la salvaguardia del interés de los menores, que pueden encontrarse en situaciones de desprotección cuando alguien contrata a su nombre y obliga su patrimonio sin el preceptivo control, importa en especial tratándose de actos de los representantes legales ejecutados sin la preceptiva autorización judicial (cfr. los arts. 166 y 271 CC), concretar el tipo de ineficacia que de ahí se deriva, propugnado que es la que corresponde a un negocio realizado con falta de poder, para el que existe una sanción específica, la derivada del artículo 1259 del Código civil, solución ya confirmada por jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo. No se descuida el estudio de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se ocupan de la concesión o denegación de la autorización judicial.

BIBLIOGRAFÍA:

ALONSO PÉREZ, Mariano, «El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad», *RDP*, enero/diciembre, 1973, pp. 7-39.

BADOSA COLL, Ferrán, «Incapacidad de consentir e incapacidad de contratar (un estudio sobre el artículo 1263 Cc)», *Centenario del Código civil (1889-1989)*, t. I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 191-241.

BARRADA ORELLANA, Reyes, «Comentario al artículo II.-6:111 del DCFR», en VAQUER ALOY, BOSCH CAPDEVILA y SÁNCHEZ GONZÁLEZ (Coords.) *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, t. I, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 441-449.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario al artículo 166 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1115-1124.

BONET RAMÓN, Francisco, «Comentario al artículo 164 del Código civil», *Código Civil Comentado con sus apéndices forales* (2.ª ed.), Aguilar, Madrid, 1964, pp. 211 y 212.

CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011 (reimpresión).

CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *Derecho civil de España*, t. II. *Derecho de la persona*. Parte primera. *La persona y su estado civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1952.

CASTRO Y BRAVO, Federico, DE, *Temas de Derecho civil*, Ed. Marisal, Madrid, 1972.

CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.

CASTRO Y BRAVO, Federico DE, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1991 (reimpresión)

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código civil español* —Discurso leído en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 13 de octubre de 1918— Imprenta Clásica Española, Madrid, 1918.

COMAS, Augusto, *La revisión del Código civil español*, Imprenta y Litografía de los Huérfanos, Madrid, 1895.

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso DE, *El dolo en el Derecho civil*, Comares, Granada, 2005.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005.

DÍEZ GARCÍA, Helena, «Artículo 158 del Código civil», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 417-433.

DÍEZ-PICAZO, Luís, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963.

DÍEZ-PICAZO, Luís, «Comentario al artículo 1.3 del Código civil», *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 50-70.

DÍEZ-PICAZO, Luís, «Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad», *ADC*, 1982, t. XXXV, fasc. I, pp. 3-20.

DÍEZ-PICAZO, Luís, *La representación en el Derecho privado*, Civitas, Madrid, 1992 (reimpresión).

DÍEZ-PICAZO, Luís, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. Primero: *Introducción. Teoría del contrato* (4.ª ed.), Civitas, Madrid, 1993.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Partición por contador partidador concurriendo menores como herederos. Sentencia de 8 de junio de 2011», *CCJC*, núm. 89/2012, pp. 131-151.

FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier, «Comentario a la STS 22 abril 2010», *CCJC*, núm. 85/2011, pp. 393-410.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, Antonio, «Comentario al artículo 156 del Reglamento Notarial», en *Legislación Notarial*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 126 y 127.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana y FERNÁNDEZ-GOLFÍN APARICIO, Antonio, «Comentario al artículo 164 del Reglamento Notarial», en *Legislación Notarial*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 132-134.

FLORENSA I TOMÀS, Carles Enric, *El defensor judicial*, Civitas, Madrid, 1990.

GALGANO, Francesco, *Diritto Privato* (15.ª ed.), CEDAM, Padua (Italia), 2010.

GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Tecnos, Madrid, 1991.

GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, «La persona en el Derecho civil. Cuestiones permanentes y algunas otras nuevas», *Teoría & Derecho* —monográfico: «Sobre el concepto de persona»—, núm. 14/2013, pp. 83-108.

GARCÍA VICENTE, José Ramón, «Artículos 1263 y 1264 del Código civil», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Las modificaciones al Código civil del año 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 1037-1040.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona* (2.ª ed.), Civitas, Madrid, 1992.

GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Comentario al artículo 271 del Código civil», *Comentario del Código civil*, t. I (2.ª ed.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 798-803.

GÓMEZ LAPLAZA, M.ª del Carmen, «Comentario a los artículos 1263 y 1264 del Código civil», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (Dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1.º B (Artículos 1261 a 1280 CC), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 155-209.

GÓMEZ-ONTIVEROS, José María, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre» (segunda parte), *RCDI*, 1984, núm. 565, pp. 1407-1448.

GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente, «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales». *Actualidad Civil*, 1992-III, pp. 443-479.

JORDANO FRAGA, Francisco, «La capacidad general del menor», *RDP*, octubre, 1983, pp. 881-904.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil I, Parte General*, Vol. Segundo: *Personas*, sexta edición —revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA—, Dykinson, Madrid, 2010.

LETE DEL RÍO, José Manuel y LETE ACHIRICA, Javier, *Derecho de obligaciones*, vol. I, *Teoría general de la relación obligatoria y del contrato. Responsabilidad civil extracontractual* (6.ª ed.), Aranzadi Thomson Reuters —en prensa—.

LINACERO DE LA FUENTE, M.ª Asunción, *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Montecorvo, Madrid, 1990.

LLAMAS POMBO, Eugenio, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Trivium, Madrid, 1993.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Comentario al artículo 1263 del Código civil», *Comentario del Código civil*, t. II (2.ª ed.), Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 454-457.

PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles, «Minoría de edad» (Capítulo 12), M.ª del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, (Dir.) y Judith SOLÉ RESINA (Coord.), *Tratado de Derecho de la persona física*, t. I, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 579-637.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de familia*, Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1989.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, «Comentario a la STS 23 septiembre 2010», *CCJC*, núm. 86/2011, pp. 1139-1157.

REVERTE NAVARRO, Antonio, *Intervención judicial en las situaciones familiares (Notas al Código civil)*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1980.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor* (2.ª ed.), Dykinson, Madrid, 2007.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, Julia, «Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3/2016 —Parte estudio, BIB 2016\862— (en línea).

SEDA HERMOSÍN, Manuel Antonio, «El notario como actor fundamental en la protección de las personas vulnerables», en José PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 439-459.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana, «Comentario al artículo 163 del Código civil», *Código civil comentado*, vol. I., Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 806-810.

SEOANE SPIEGELBERG, José Luis, «Tratamiento jurisprudencial de la nulidad y anulabilidad del contrato de compraventa y análisis de su problemática procesal», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 19/2005 (Parte estudio), 2006 —BIB 2005/2446— (en línea).

SERNA MEROÑO, Encarna, «Comentario al artículo 1259 del Código civil», en Manuel ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART (Dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 1-A (*Artículos 1254 a 1260 del Código civil*), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993, pp. 463-559.

TORRALBA SORIANO, Vicente, «La incapacidad contractual», *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1984, pp. 703-714.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, «Comentario a los artículos 1263 y 1264 del Código civil», *Código civil comentado*, vol. III, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 638-643.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho civil español*, t. I, *Parte General* (cuarta edición), Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid, 1935.

VARELA CASTRO, Ignacio, «El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor», *Boletín del Ministerio de Justicia—www.mjusticia.es/bmj—*, núm. 2188, mayo 2016, pp. 3-61.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «Comentario al artículo 158 del Código civil», *Código civil comentado*, vol. I, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 785-790.

Fecha de recepción: 27.07.2016

Fecha de aceptación: 09.09.2016