

1.6. Responsabilidad civil

RESPONSABILIDAD NEGOCIAL DE LOS ACTOS REALIZADOS POR MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS. ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

por

ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ

*Profesor Asociado Doctor de la Universidad de Barcelona.
Secretario General de la Asociación para la Defensa de los Derechos
de la Infancia y la Adolescencia (ADDIA)*

SUMARIO: I. IDEAS GENERALES.—II. EL RÉGIMEN DE INEFICACIA NEGOCIAL DE LOS ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS POR PERSONAS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADAS: 1. NULIDAD ABSOLUTA O DE PLENO DERECHO. 2. NULIDAD RELATIVA O ANULABILIDAD. 3. ACTOS REALIZADOS POR LOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS PERFECTAMENTE VÁLIDOS Y EFICACES.—III. LA CLÁSICA CUESTIÓN DEL LLAMADO «DOLO DE MENORES» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL ESPAÑOL.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. IDEAS GENERALES

La persona menor de edad, dada su condición de sujeto protegido, al carecer de plena capacidad de obrar, puede eludir la responsabilidad negocial. Lo que, de modo indirecto, origina ciertas limitaciones especiales respecto de las actuaciones necesitadas de completa firmeza y no expuestas a impugnación.

La protección patrimonial del menor se encuentra, por ende, confinada, en la actualidad, en torno a la apuntada limitación de su responsabilidad por propia declaración negocial. A diferencia del Derecho anterior al Código Civil, se ha derogado el amparo general que se concedía al menor de edad frente a todos los actos que le produjeran lesión —mecanismo de la *restitutio in integrum*—, excepto el residuo que de ella se conserva en el artículo 1291, punto primero, del Código Civil¹.

Por tanto, el que contrata con el menor de edad está en una situación técnica más desventajosa que en la antigua normativa, pues depende del ajeno arbitrio la eficacia del contrato; pero con ello se facilita la protección del menor y también se reafirma, indirectamente, la autoridad de quienes ejercen la patria potestad o la tutela, al poderse recabar la anulación del contrato sin las trabas que comportaba la prueba de la lesión.

A la luz de lo expuesto, no nos cabe la menor duda de que, en nuestro ordenamiento jurídico, los contratos celebrados por los menores no emancipados no pueden calificarse, por principio, como inexistentes o nulos, o creadores de meras obligaciones naturales, ni de hacer absolutamente irresponsables, negocialmente hablando, a sus autores. El artículo 1263 del Código Civil impide

¹ Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial son rescindibles siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquellos.

que el consentimiento del menor de edad no emancipado tenga eficacia para concluir un contrato perfecto, al mismo tiempo que el artículo 1302 de la propia norma civil, al permitir la anulación del contrato consumado, entrega a la voluntad del representante legal del menor —o de este al alcanzar la mayoría de edad— el mantener su eficacia o impugnarla; en otras palabras, asumir la responsabilidad contractual o ejercitar la excepción de falta de consentimiento perfecto². Además, al configurarse o ser categorizados como contratos meramente anulables los celebrados por el menor de edad pueden ser ratificados o confirmados —arts. 1310 y 1313 del CC— e incluso ser objeto del contrato de fianza tal como prevé el artículo 1824 del Código Civil³.

Una vez efectuada esta declaración general de intenciones, nos parece oportuno profundizar en el régimen de ineficacia negocial que presentan las relaciones contractuales en nuestro contexto jurídico de referencia; para, posteriormente, estar en disposición de analizar cuál es el grado de incidencia que despliega la capacidad de obrar de los individuos —en nuestro caso, los menores no emancipados— en la validez y eficacia de los convenios celebrados entre particulares.

Finalizaremos el presente estudio refiriéndonos a la clásica cuestión del conocido como *dolo de menores*; es decir, cuando un menor de edad, a través de maniobras y artimañas insidiosas, induce a la contraparte capaz a la errónea creencia de estar contratando con un mayor de edad, de manera que de haber sabido que negociaba con un menor no hubiera celebrado ese acuerdo de voluntades. En estos casos, se plantea el interrogante sobre si se extiende a este supuesto de hecho la protección y el trato de favor dispensado al sujeto menor de edad tanto por el artículo 1302 del Código Civil, permitiéndole instar la anulabilidad del acuerdo, como por el artículo 1304, limitando o restringiendo la restitución a *in quantum locupletiores facti sunt*.

II. EL RÉGIMEN DE INEFICACIA NEGOCIAL DE LOS ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS POR PERSONAS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADAS

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido, dentro de las formas fundamentales de ineficacia negocial admitidas en nuestra normativa civil, cuatro supuestos claramente diferenciados entre sí: la inexistencia, cuando, por ejemplo, en el contrato falta algún elemento esencial para su formación —art. 1261 del CC—; la nulidad, cuando se celebra un negocio jurídico contrariando un mandato o prohibición legal —art. 6.3 del CC—⁴; la anulabilidad o nulidad relativa, cuando

² ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Parte general. Vol. II. Primera parte. Barcelona, 1981, Ed. Bosch, pág. 160, sostienen que la realización de actos, por parte del menor no emancipado que no les están permitidos no comporta —necesariamente— la invalidez de los mismos, sino su ineficacia parcial y falta de firmeza.

³ La excepción que recoge el párrafo tercero del artículo 1824 del Código Civil, respecto del préstamo hecho al hijo de familia, recoge el recelo tradicional hacia estos contratos por su especial peligro y por atentar al poder del representante del menor. En opinión de DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*. Tomo I. Parte general. Vol. II. Primera parte. Barcelona, 1981, Ed. Bosch, pág. 185, lo dispuesto sobre la fianza puede aplicarse por analogía a la prenda y a la hipoteca.

⁴ Muchos autores sostienen que la distinción entre inexistencia y nulidad es más una diferencia terminológica que real, que se va a refundir en una única forma de ineficacia

la *stipulatio inter partes* se produce con un vicio o defecto susceptible de motivar la anulación por acción judicial —art. 1300 del CC—; y la rescisión, cuando del acuerdo de voluntades se deduce lesión o perjuicio para las partes o para terceros —art. 1290 del CC—⁵.

De las cuatro hipótesis apuntadas, en el presente estudio nos limitaremos a desarrollar, únicamente, el régimen jurídico aplicable a las dos formas de ineficacia negocial que, por regla general, suelen acompañar el devenir de los actos de carácter patrimonial llevados a cabo de manera autónoma por parte de las personas menores de edad no emancipadas: la nulidad *ipso iure* y la anulabilidad. Ello sin olvidar, por supuesto, la existencia de toda una serie de actos, que ya sea porque la ley así lo autorice expresamente o bien por tratarse de aquellos relativos a bienes o servicios propios de la edad, de acuerdo con los usos sociales, nuestro ordenamiento jurídico considera como plenamente válidos y eficaces, a pesar de haber sido concluidos directamente por una persona menor de edad.

1. NULIDAD ABSOLUTA O DE PLENO DERECHO

Por nulidad absoluta o de pleno derecho ha de entenderse aquella imperfección de los contratos que les impiden alcanzar sus propios objetivos o finalidades, o lo que es lo mismo, aquella forma de invalidez que es intrínseca o inherente a la perfección del propio negocio, impidiendo que genere los resultados esperados, sin necesidad de una previa impugnación o declaración —nulidad *ipso iure*—.

Las causas de nulidad radical de los contratos pueden sistematizarse en las siguientes categorías: en primer lugar, la infracción de normas imperativas o prohibitivas —art. 6.3 del CC—, o cuando se trate de acuerdos contrarios a las leyes, a la moral y al orden público —art. 1255 del CC—; en segundo término, por carencia de algunos de los elementos esenciales constitutivos del contrato —art. 1261 del CC—; y, en última instancia, por no ajustarse a la forma exigida cuando esta tenga carácter fundamental, es decir, no respetar la forma *ad solemnitatem* marcada por ley.

Los principales rasgos comúnmente atribuidos al régimen de nulidad de pleno derecho por la doctrina y la jurisprudencia española pueden resumirse y ser agrupados en los citados a continuación: *a)* no precisa declaración judicial alguna, ni una previa impugnación del contrato, operando, por el contrario, de manera *ipso iure*; *b)* cuando haya surgido, *de facto*, cierta apariencia negocial, podrá ser preciso, ante la resistencia de quien sostenga la validez, solicitar el amparo judicial, para lo que estará legitimado cualquier interesado, haya sido parte o no en el acuerdo; *c)* puede apreciarse de oficio por los tribunales siendo, en todo caso, la resolución judicial de efectos meramente declarativos; *d)* el negocio nulo no produce efecto alguno, *quod nullum est nullum effectum producit*, en consecuencia, los desplazamientos patrimoniales eventualmente realizados a su

como es la nulidad, la cual se producirá a consecuencia de dos tipos de causas: por la ausencia en el contrato de un requisito esencial del artículo 1261 del Código Civil, o por la infracción de una ley imperativa según el artículo 6.3 del Código Civil.

⁵ La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 de julio de 1990 (RJ 1990/5788), contiene el concepto y las diferencias existentes entre la nulidad y la rescisión contractual.

tenor deben deshacerse; y e) la nulidad es definitiva y no sana con el transcurso del tiempo, sin que sea posible su confirmación o subsanación⁶.

Conectando ahora esta manifestación de la invalidez negocial, la *nullitas*, con los actos realizados por sujetos que se encuentren en el estado civil de la minoría de edad, su régimen legal únicamente es de aplicación en aquellos supuestos en los que el menor de edad actúe con una falta o carencia absoluta de capacidad natural para entender y querer⁷. Es por ello, que tanto la doctrina como la jurisprudencia son partidarias de flexibilizar la aplicación e interpretación de los artículos 1261 y 1263 del Código Civil, en relación con el artículo 1301 del mismo cuerpo normativo, y, entender que la nulidad de pleno derecho será de menester tan solo en aquellos contratos realizados por los menores de muy corta edad, por considerar que carecen del intelecto y la voluntad suficientes para comprender la trascendencia de su declaración y las consecuencias que de la misma se deriven, mientras que en el resto de los casos, por defecto, se les aplicará el sistema de la anulabilidad.

No obstante, nuestra normativa civil —con la excepción del modelo aragonés⁸— no establece una edad a partir de la cual podamos considerar que un menor de edad, en la generalidad de los casos, reúne la aptitud necesaria para entender y querer. Tal circunstancia provoca que debamos atenernos a diversos criterios para delimitar, caso por caso, la concurrencia o no de la idoneidad suficiente para que un menor de edad pueda concluir válidamente determinados actos jurídicos patrimoniales. Tales pautas vendrían representadas, entre otras, por la demostración del hecho de la falta de conocimiento, admitiéndose para ello la prueba de presunciones; la edad que ostentare el individuo; y la naturaleza

⁶ LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *La capacidad contractual del menor*, Madrid, 2001, Ed. Dykinson, págs. 146-147. Muy clarificadoras son también las palabras consignadas en la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de abril de 1984 (*RJ* 1984/1926), en la que se establece que «en los negocios jurídicos impugnados faltó el elemento esencial para la formación del acto o contrato, cual es el consentimiento por parte de doña María M. D. de la C. —art. 1261 del CC— por la incapacidad mental de esta y tal declaración fáctica no se ha atacado por el cauce adecuado, es evidente que nos encontramos en presencia de un supuesto de negocio radicalmente nulo o inexistente por falta de un requisito esencial, inexistencia que es perpetua e insubsanable y cuya declaración pueden solicitar todos los interesados en la misma». También traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 30 de junio de 2005 (*AC* 2005/1168).

⁷ JORDANO FRAGA, Francisco, «La capacidad general del menor», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXVIII, pág. 901, clasifica los actos realizados por los menores como radicalmente nulos, cuando por las condiciones físicas o por la escasa edad del menor no puede existir un verdadero consentimiento, dado que faltaría uno de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil.

⁸ El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas alberga, en su artículo 34.2, la presunción *iuris tantum* de que los menores mayores de catorce años «ostentan aptitud de entender y querer para concluir un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario». Precepto este que guarda estrecha relación con lo ordenado en el artículo 5, punto tercero del mismo Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que declara que «la representación legal del menor —que corresponde a los titulares de la autoridad familiar, en cuanto ostenten su ejercicio, y, en su defecto al tutor— termina al cumplir los catorce años; desde ese preciso instante, su capacidad se completa con la asistencia que en cada caso proceda». Vid., en este sentido, a NAVARRO VIÑUALES, José María, «Introducción a la legislación de Derecho Civil aragonés», en *Legislación civil de Aragón, La Notaría*, Madrid, 2008, Ed. Marcial Pons, pág. 53.

del acto de que se trate⁹. Sin embargo, en otros grandes Códigos europeos, como el alemán, sí se identifica el momento cronológico a partir del cual un individuo comienza a tener capacidad natural, señalándose en este caso concreto la edad de los siete años —art. 104 del BGB alemán de 1900—¹⁰.

En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de junio de 1991¹¹, en la que se dejan sentadas las bases para la adecuada interpretación del artículo 1263 del Código Civil. En el caso de autos el Tribunal Supremo estimó que el simple hecho de que el sujeto contratante fuera una persona menor de edad —de dieciséis años para ser más exactos— no significa que el negocio jurídico por él celebrado fuera nulo de pleno derecho, sino que, por el contrario, al tratarse de un acto relativo a bienes o servicios propios de su edad —adquisición de un *forfait* que le autorizaba a utilizar las instalaciones

⁹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *op. cit.*, pág. 174.

¹⁰ Tal y como apuntan ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *op. cit.*, págs. 140 y 148, el Código Civil alemán no dice quién es capaz para celebrar negocios jurídicos, sino que se ciñe a establecer los supuestos en que falta o está limitada esta capacidad. Así, son incapaces de celebrar negocios jurídicos: los menores de siete años —art. 104—; y, en cambio, tienen limitada su capacidad, los menores de edad mayores de siete años —arts. 106 a 113—. Por su parte, VON THUR, Andreas, *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*. Vol. I. *Las personas*. Madrid, 1999, Ed. Marcial Pons, págs. 403-407, apunta cómo en el Derecho común alemán se equipararon menores e impúberes y, más tarde, con la Ley de 1875 sobre el estado de las personas, se estableció la mayor edad a los veintiún años cumplidos. De esta forma nacieron los dos grados de edad del Código Civil, que en su redacción actual diferencia entre los conceptos de infancia, hasta los siete años; y la menor edad que dura hasta los dieciocho. Los infantes carecen completamente de capacidad de obrar; los menores de edad tienen, sin embargo, capacidad de obrar limitada.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 10 de junio de 1991 (*RJ* 1991/4434). El caso de autos puede resumirse de la siguiente forma: en la estación de esquí de La Masella, sita en Alp, Girona, que era explotada por la compañía Telesquíes de la Tossa de Alp, Das y Urus Sociedad Anónima, propietaria de las instalaciones y, entre ellas, de un telesquí de remonta-pendientes que conduce desde el Pla de Masella al Tossal de la Pia, el 19 de septiembre de 1982, en ocasión de que el actor don Jorge L. P., que a la sazón tenía dieciséis años de edad, provisto del correspondiente billete o tarjeta de abono, *forfait*, que por pago del precio correspondiente le autorizaba para realizar ese uso, se produjo el descarrilamiento y la caída del cable de arrastre de la mencionada instalación por causas no suficientemente determinadas, alcanzando el mismo al citado usuario y causándole importantes lesiones. En la fecha del accidente, la entidad titular tenía otorgada y vigente con la Sociedad Catalana de Seguros una póliza de seguro que cubría la responsabilidad civil general. Ante esta tesitura, don Jorge L. P. formuló demanda en juicio declarativo ordinario de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra la institución propietaria de la estación de esquí y la entidad aseguradora, en la que interesaba la condena solidaria de los demandados al pago de veinte millones de las antiguas pesetas por daños y 464.093 pesetas por gastos. El Juzgado de Primera Instancia de Puigcerdà dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, condenando solidariamente a los demandados al pago a la parte actora de diez millones de pesetas por los daños sufridos y 206.301 pesetas por gastos. Don Jorge L. P. y la demandada Compañía de Seguros La Catalana, interpusieron recurso de apelación. Y la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia por la que, con estimación del recurso, revocó la sentencia del Juzgado en la medida en que condenaba solidariamente a las demandadas, absolviendo a la entidad aseguradora de toda responsabilidad. El actor y la empresa titular de las instalaciones de esquí interpusieron sendos recursos de casación. El Tribunal Supremo, finalmente, declaró no haber lugar al recurso interpuesto por Telesquíes de la Tossa de Alp, Das y Urus, S. A. y sí al que interpuso el actor, casa y anula la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

propias de una pista de esquí—, de acuerdo con los usos sociales, traían como consecuencia que esa relación contractual se convirtiera en perfectamente válida e inatacable. Ello a pesar de la literalidad con la que se pronuncia el artículo 1263 del Código Civil, en el que se estatuye que «no pueden prestar consentimiento: los menores no emancipados».

Concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 1991, afirma expresamente que «en cuanto al recurso formulado por (...), aplicación indebida del artículo 1301 del Código Civil, y por falta de aplicación del artículo 1261 en relación con el artículo 1263 del propio texto legal, y aplicación indebida del artículo 1258 del repetido Código; la calificación por la Sala *a quo* como contractual del vínculo obligacional nacido entre la entidad Telesquís de la Tossa de Alp, Dass y Urus, S. A., y el actor recurrente, no resulta contradicha por la circunstancia de que este fuere menor de edad y careciese, por tanto, de capacidad de obrar para celebrar ese contrato que deviene así inexistente, según esta parte; tesis 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 precisen de la presencia inmediata de sus representantes legales, debiendo entender que se da una declaración de voluntad tácita de estos que impide que tales contratos puedan considerarse como inexistentes, teniendo 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 del CC—, y siendo la finalidad de las normas que sancionan con la inexistencia o la 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; por todo ello procede desestimar el motivo» (Fundamento Jurídico tercero).

También sugerente resulta el estudio del contenido de la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 2000, en que se plantea el interesante dilema acerca de la capacidad contractual del menor de edad ante la celebración de un contrato de compraventa, en el que la vendedora era menor de edad y actuaba como representante de sus hermanos, también menores de edad, todos ellos propietarios a título hereditario de la finca objeto del litigio¹².

En la mentada resolución se cuestiona si la *emptio-venditio* está afectada, a la luz de los artículos 1300 y 1261 del Código Civil, de nulidad radical, o si más bien nos hallamos ante una hipótesis de anulabilidad, ya que atendiendo a la decisión que se adopte dependerá, respectivamente, que se trate de una acción

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero (RJ 2000/113). En esa misma línea se había pronunciado el propio Tribunal Supremo unos años antes, en sentencia de 1 de febrero de 1986 (RJ 1986/408), en un caso que afectaba a una compraventa realizada por una persona enferma por una demencia senil con anterioridad a su declaración judicial de incapacidad. Esta resolución apunta que «el estado mental originador de una disminución de aptitud volitiva e intelectual para contratar en que se encuentre una persona antes de ser declarada incapaz puede, según la doctrina de esta Sala, dar lugar al juego de lo dispuesto en el artículo 1263 número 2 del Código Civil» (Fundamento de Derecho decimocuarto). Otro caso similar al apuntado también se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1998 (RJ 1998/3230).

imprescriptible o de una *actio* supeditada —en contexto de validez claudicante— al plazo sanatorio previsto por el artículo 1301 del Código Civil.

El Tribunal Supremo, en el presente caso, confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que desestimó la anulabilidad de la compraventa controvertida y declaró su nulidad radical manifestando que «para la resolución del tema conviene distinguir aquellas relaciones jurídicas concertadas por menores de edad, dotados de discernimiento suficiente, con intervención efectiva y prestando su consentimiento, por lo tanto sin la capacidad jurídica exigida, pero que no son radicalmente nulas, pues el consentimiento contractual existe, si bien resultan aplazados sus efectos vinculantes. Se trata de un consentimiento hacia tiempo futuro, ya que al llegar a la mayoría de edad puede efectuar su ratificación confirmatoria —arts. 1309, 1310 y 1311 del CC— justificando así el consentimiento prestado (...). Supuesto distinto es el del pleito, ya que sin perjuicio de la falta de capacidad de los menores que venden —incapacidades naturales por la edad—, sucede que salvo doña Elena M. B., sus otros cuatro hermanos no tuvieron intervención alguna en la compraventa que se discute, es decir, que no prestaron ninguna clase de consentimiento a la misma, ya que no podían estar representados por doña Elena, al ser esta menor de edad y carecer de la capacidad de obrar necesaria para actuar como representante o apoderada de sus hermanos, que tampoco podían apoderar. Se trata de consentimiento inexistente que acarrea la nulidad radical del contrato —art. 6.3 del CC—. No cabe confundir la ineficacia del consentimiento prestado en la minoría de edad con la falta del mismo que invalida totalmente la relación jurídica —sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 1977—, que cita las de 31 de diciembre de 1886; 17 de junio de 1908; 3 de julio de 1923, así como las de 9 de diciembre de 1953; 25 de junio de 1929; 17 de marzo de 1963; 10 de noviembre de 1969; y 14 de marzo de 1974» —Fundamento Jurídico segundo—.

Otro supuesto que debe ser tomado en consideración es el referente al tipo de ineficacia que afecta a los actos del representante legal de un menor no emancipado efectuados sin la correspondiente autorización judicial, siempre, claro está, que esta venga exigida por la ley. Sobre este punto, la doctrina emanada de la Sala Civil del Tribunal Supremo no se ha pronunciado de una manera uniforme y taxativa¹³. En realidad, este órgano jurisdiccional no ha mantenido un único criterio de interpretación, sino que por el contrario, su visión sobre el particular ha ido oscilando en atención a los casos concretos que se le han ido suscitando. A favor de la nulidad radical se pronunciaron las sentencias de 14 de marzo de 1983¹⁴; 10 de marzo de 1994¹⁵; 17 de febrero de 1995¹⁶ y 21 de enero de 2000¹⁷,

¹³ MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel, «Comentario al artículo 236-11 del Código Civil de Cataluña», en ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (coord.), *Persona y Familia*. Libro II del Código Civil de Cataluña. Madrid, 2011, Ed. Sepin, pág. 1322, también pone de manifiesto que la doctrina que comenta el artículo 166 del Código Civil español, debido a la falta de previsión normativa al respecto, no se ha puesto de acuerdo en cuál es el régimen de ineficacia aplicable a los actos que se hubieran realizado sin autorización judicial, siendo esta preceptiva. Plantea esta autora las principales líneas de pensamiento seguidas, que consideran estos actos o bien nulos o bien actos incompletos que deberían someterse al régimen del artículo 1259 del propio Código Civil español o bien ni inexistentes ni nulos, sino convalidables.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 1983 —RJ 1983/1475—.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de marzo de 1994 —RJ 1994/1731—.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 1995 —RJ 1995/1105—.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de enero de 2000 —RJ 2000/113—.

entre otras. El razonamiento seguido por estas resoluciones judiciales se fundamentó, esencialmente, en dos tipos de argumentaciones técnicas. En primer lugar, la de entender que los actos de disposición realizados por el titular de la patria potestad —o la tutela en su caso— sin autorización judicial son *per se* actos inexistentes, al faltarles uno de los requisitos esenciales para su validez; y en segundo término, la de considerar que nos encontramos ante un acto nulo por ser contrario a una norma de carácter imperativo, de *ius cogens*; incurriendo, por tanto, en la sanción de nulidad contenida en el artículo 6.3 del Código Civil¹⁸.

Una modalidad o adaptación de la anterior línea jurisprudencial esgrimida por el Tribunal Supremo vino a declarar, igualmente, la nulidad del contrato celebrado sin la requerida autorización judicial por tratarse, esta vez, de un acto realizado con extralimitación de poder. En estos casos, entiende el Tribunal Supremo, debieran ser de aplicación las prescripciones contenidas en el artículo 1259 del Código Civil, en que se dispone que «el contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante». Un claro ejemplo de esta segunda tendencia jurisprudencial lo encontramos en la sentencia de 9 de diciembre de 1953¹⁹, en la que se manifiesta que en una situación como la descrita —representante legal que lleva a cabo un acto de disposición sobre bienes pertenecientes al patrimonio de su representado sin que medie la preceptiva autorización judicial— «es evidente la falta de facultad del padre o madre para vender, sin dicha autorización, los bienes inmuebles de sus hijos sujetos a potestad», así como que «la venta que se celebre, sin haber obtenido aquella, es nula, conforme a lo establecido por el artículo 1259 del Código Civil y solo podrá convalidarse por los mismos menores al llegar a la mayor edad»²⁰. Esta misma línea argumental la encontramos desarrollada en la sentencia de 21 de mayo de 1984²¹ en la que se dispone que aunque el negocio realizado sin autorización judicial sea en realidad otorgado sin poder de disposición, y como tal de por sí totalmente ineficaz, sea o no impugnado, como el defecto consiste en la omisión de una declaración de voluntad que, integrándolo, debió formar parte de él, puede ratificarse, por tratarse en definitiva de un negocio incompleto o imperfecto aunque no pueda calificarse con propiedad de anulable.

Otro sector de la jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha optado, por el contrario, por la solución de la anulabilidad²². A estos efectos es

¹⁸ De esta misma opinión es LLAMAS POMBO, Eugenio, *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*. Madrid, 1993, Ed. Trivium, págs. 123 y 127.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de diciembre de 1953 —RJ 1954/284—.

²⁰ En este mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de junio de 1959 —RJ 1959/2933—.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1984 —RJ 1984/2497—.

²² Parte de la doctrina también se ha pronunciado en este sentido, entre ellos MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, «Comentario al artículo 166 del Código Civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.): *Comentarios al Código Civil*. Valladolid, 2010, Ed. Lex Nova, pág. 287; y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentarios a los artículos 154 y siguientes del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia: Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*. Vol. 2.º Madrid, 1984, Ed. Tecnos, pág. 1119.

muy ilustrativa la sentencia de 3 de marzo de 2006²³, en la que se dispone que la actuación del representante legal sin la autorización judicial —para aquellos casos en que esta sea preceptiva— no implica que falte el consentimiento negocial, sino que este se ha dado pero con una falta de complemento de capacidad. Esta ausencia provoca que el negocio jurídico que se celebra esté falto de la *capacitas* completa; lo cual da lugar a la anulabilidad. En el caso de autos, una madre enajena un piso titularidad de sus hijos, sobre los que ostenta ella sola la potestad, sin la correspondiente autorización judicial *ex* artículo 166, párrafo primero, del Código Civil²⁴. Ante esta situación el Tribunal Supremo declara, en el Fundamento de Derecho tercero de la mentada resolución judicial, que «del artículo 166 del Código Civil no se deriva, en modo alguno, la nulidad radical que prevé el artículo 6.3 del Código Civil». De esta forma, la actuación del representante legal sin la debida autorización judicial no implica una falta absoluta del consentimiento negocial —como se había alegado en el motivo del recurso—, sino que, en realidad, este sí que se ha dado —concurrencia entre las declaraciones de voluntad de comprador y vendedor—, pero con ausencia total del complemento de capacidad exigido por la norma jurídica. El Tribunal Supremo concluye, en definitiva, que sí existió consentimiento contractual, presupuesto esencial del contrato conforme al artículo 1261.1.º del Código Civil, aunque el de la parte vendedora adoleciera de la falta de autorización judicial. Esta carencia, por ende, no da lugar a la nulidad radical del contrato sino a que este sea, simplemente, anulable; y a que si los contratantes representados —por representación legal— no han accionado interesando la anulación en el plazo de cuatro años establecido por el artículo 1301 del Código Civil, opere la confirmación por disposición de la Ley, es decir, la llamada prescripción sanatoria por el transcurso del plazo de caducidad en que podría ejercitarse la correspondiente acción de anulación»²⁵.

A favor de la anulabilidad se pronuncia también el artículo 236-31 del Código Civil de Cataluña, que estipula que los actos efectuados por los progenitores, con relación a los derechos y los bienes de los hijos, que necesitan de autorización judicial —concretamente los enumerados en el art. 236-7 del Código Civil de Cataluña—, si se han realizado sin la mentada autorización tienen el carácter de anulables. La acción para impugnarlos caduca a los cuatro años a contar desde el preciso instante en que los hijos alcancen la mayoría de edad o la emancipación, o de la reintegración judicial de la capacidad. Parece, pues, que el legislador catalán ha venido a superar todas las dudas doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre la materia²⁶, señalando expresamente que la infracción de la regla que obliga a actuar tras la correspondiente autorización judicial, dará lugar a la anulabilidad del acto²⁷. Esta es, precisamente, la misma consecuencia jurídica que se prescribe para todos aquellos actos que se lleven a cabo sin el necesi-

²³ Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 2006 —RJ 2006/5772—.

²⁴ Si bien es cierto que el Código Civil exige tal autorización, no prevé, en cambio, explícitamente la sanción en caso de que se realice aquel negocio jurídico sin la misma.

²⁵ Siguen esta misma tendencia las sentencias del Tribunal Supremo, de 30 de marzo de 1987 —RJ 1987/1839—; 9 de mayo de 1994 —RJ 1994/3894— y 23 de diciembre de 1997 —RJ 1997/8902—.

²⁶ En este mismo sentido se pronunciaba el ya derogado artículo 154 del Código de Familia de Cataluña.

²⁷ En opinión de MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel, *op. cit.*, págs. 1322-1323, la norma catalana parece limitar la acción al propio menor o incapacitado cuando deja de serlo y evidentemente solo por el plazo previsto.

rio complemento de capacidad²⁸ o en los que no interviene el defensor judicial cuando existe un conflicto de intereses que motiva su participación —art. 224-4 del Código Civil de Cataluña—²⁹, así como cuando un no titular debe asentir los actos de disposición realizados por el titular del derecho —art. 231-9.2 del Código Civil de Cataluña—³⁰.

En un sentido similar se pronuncia el artículo 19 del Código del Derecho Foral de Aragón, en que se manifiesta que serán anulables los actos realizados por el representante legal de las personas menores de catorce años que no hayan obtenido la debida autorización o aprobación por parte de la Junta de Parientes o del juez³¹. Esta *actio* puede ser ejercitada o bien a petición del representante legal que no haya intervenido en el acto, hasta que el menor haya cumplido los catorce años; o bien a petición del propio menor, con la debida asistencia, desde que cumpla catorce años. La acción prescribe a los cuatro años desde que, por la emancipación o mayoría de edad, hubiera podido este realizar el acto sin asistencia.

Finalmente, de entre las distintas opciones planteadas, el Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de abril de 2010³², parece haberse decantado definitivamente,

²⁸ Artículos 211-12.3 para el menor emancipado, 223-8 para los actos que debe complementar el curador, y 226-3 para los actos en que debe intervenir el asistente, todos ellos del Código Civil de Cataluña.

²⁹ Conviene traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 2 de noviembre de 2010 (*JUR* 2011/36200), en que se resuelve un supuesto en que una entidad financiera concedió dos tarjetas de crédito vinculadas a un contrato de cuenta corriente, sin tener en cuenta, ni por el padre ni por el propio banco el consentimiento del hijo entonces menor que tenía dieciséis años, pudiendo este sufrir un grave perjuicio económico en caso de que el padre resultara insolvente, por cuanto la entidad bancaria podría dirigirse frente al hijo reclamándole el descubierto, que fue, precisamente, lo que ocurrió. En opinión del Tribunal *ad quem*, se considera que el presente caso encaja perfectamente en el artículo 162.2 del Código Civil español, de acuerdo con el cual, no opera la representación legal de los padres respecto de sus hijos menores no emancipados cuando exista un conflicto de intereses entre los padres y el hijo. Lo dispuesto en esta norma tuvo que haberlo tenido en cuenta la entidad bancaria, cosa que no hizo, ya que no solicitó al menor su consentimiento a la hora de conceder las dos tarjetas de crédito solicitadas por el padre sujetas a la cuenta conjunta que este suscribió con su hijo menor. La entidad financiera no tuvo en cuenta que no debía operar por existir el mencionado conflicto de intereses, con respecto a las tarjetas, el mecanismo de la representación legal del padre con respecto al menor de edad no emancipado, y por ello el banco no tendría que haberlas expedido. Finalmente, la Audiencia Provincial de Madrid resuelve que el artículo 1259 del Código Civil español es aplicable también al propio contrato de cuenta corriente indistinta al existir el apuntado conflicto de intereses en relación con el mismo y por tanto este contrato no ha de vincular al menor, sin que deba responder por la deuda generada por la conducta del progenitor, por lo que la entidad bancaria solo está legitimada para exigir responsabilidad al padre por el descubierto producido, quedando el menor libre de toda responsabilidad frente a la entidad bancaria.

³⁰ VAQUER ALOY, Antoni, «Comentario al artículo 222-46 del Código Civil de Cataluña», en ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (coord.), *Persona y Familia*. Libro II del Código Civil de Cataluña, Madrid, 2011, Ed. Sepin, pág. 296.

³¹ Los artículos 14 (para las atribuciones a título gratuito) y 15 (para las de carácter dispositivo) del Código del Derecho Foral de Aragón, enumeran los actos realizados por el representante legal del menor que no haya alcanzado todavía la edad de los catorce años que precisan de la debida autorización de la Junta de Parientes o de la autoridad judicial.

³² Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2010 (*RJ* 2010/2380). En el supuesto planteado, el padre vendedor no pidió la correspondiente autorización judicial para la venta

a diferencia de la preferencia adoptada por el legislador catalán y aragonés, por estimar que el tipo de ineficacia que afecta a los actos de los representantes legales, sean los progenitores o los tutores, efectuados sin la debida autorización judicial, que recordémoslo carece de regulación expresa en el Código Civil español (art. 166), es la de considerarlos como actos incompletos, que no inexistentes, que deben someterse al régimen legal del artículo 1259 del propio Código Civil³³.

En consecuencia, el acto efectuado con falta de poder, es decir, sin los requisitos exigidos en el artículo 166 del Código Civil español, se erige en un contrato o negocio jurídico incompleto, que mantiene una eficacia provisional, estando pendiente de la eficacia definitiva que se produzca con la ratificación del afectado, que puede ser expresa o tácita. En suma, no se trata de un supuesto de nulidad absoluta, que no puede ser objeto de convalidación, sino de un contrato que aún no ha logrado su carácter definitivo al faltarle la condición de la autorización judicial, que deberá ser suplida, en su caso, por la ratificación del propio interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1259.2 del Código Civil español, de modo que no siendo ratificado, el acto deviene inexistente³⁴.

de uno de los bienes que formaban la herencia de su esposa y que fueron adquiridos por sus hijos, menores de edad no emancipados, como herederos de la misma y cesionarios del padre que renunció a su favor su cuota de gananciales. 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 necesarios para su plena validez. Otro supuesto en que el Tribunal Supremo también ha optado por esta misma solución es el planteado en la sentencia de 5 de febrero de 2013 (*JUR* 2013/38737), que aparece referenciada en el *Diario La Ley*, núm. 8020, Sección Jurisprudencia, de 11 de febrero de 2013. En este caso se plantea como cuestión de fondo, de índole doctrinal y sustantiva, la posible nulidad de lo que podemos denominar como «práctica de contratación» respecto de un menor de edad para la formación y aseguramiento de sus servicios como futuro jugador profesional mediante una relación negocial compleja conformada por la suscripción simultánea de un precontrato de trabajo, de un contrato de jugador no profesional y del contrato de trabajo, propiamente dicho.

³³ Son partidarios de esta misma postura, LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción, *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Madrid, 1990, Ed. Montecorvo, págs. 136 y 295, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, Ed. Universidad de Madrid, pág. 539.

³⁴ La posición jurídica que adopta el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de abril de 2010 (*RJ* 2010/2380) para llegar a estas conclusiones se fundamenta en el hecho de que hay que integrar el artículo 166 del Código Civil, con lo que dispone el artículo 1259.1 del propio Código Civil, cuando fija que «ninguno puede contratar a nombre de otro sin que tenga por ley su representación legal». De esta lectura o interpretación de los artículos de referencia efectuada por el Tribunal Supremo se derivan los siguientes argumentos favorables a la ineficacia del acto llevado a cabo por el representante legal sin la preceptiva autorización judicial: a) el artículo 166 del Código Civil español 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 154.2 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; d) el propio artículo 1259 del Código Civil se añade a esta justificación, porque va a permitir que el contrato sea objeto de ratificación por el propio

2. NULIDAD RELATIVA O ANULABILIDAD

Por lo que a la nulidad relativa o anulabilidad se refiere, el artículo 1300 del Código Civil establece que «los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261 del Código Civil pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley». La anulabilidad se caracteriza, inicialmente, por ser un instrumento jurídico puesto por la Ley a disposición de determinados sujetos, para facilitar la protección de concretos intereses que se consideran dignos de tutela jurídica, de manera que se les deja a su arbitrio la decisión final en torno a si el contrato va a ser o no válido. Esto provoca que el contrato anulable haya sido calificado como un negocio jurídico bilateral de eficacia claudicante, es decir, un contrato que se encuentra en una situación de latente provisionalidad, que puede evolucionar en un doble sentido o hacia dos posibles alternativas: ser definitivamente válido o no serlo³⁵.

Los menores de edad no emancipados, en la esfera contractual, gozan de una especial protección, es por ello que la doctrina considera que al estudiar la posible eficacia de las relaciones negocials por ellos entabladas, hay que poner en correlación los artículos 1263.1 y 1300 del Código Civil, y llegar con ello a la conclusión de que, en principio y por regla general, son simplemente anulables³⁶. El artículo 1263.1 del Código Civil no puede entenderse de forma aislada³⁷, tal como nos indica el artículo 1264 del Código Civil, sino conforme al artículo 1302 del mismo cuerpo legal, del que extraemos que a partir del consentimiento del

interesado cuando sea favorable a sus intereses. De aquí que deba aplicarse lo dispuesto en el artículo 1259 del Código Civil, 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. Estas mismas premisas son las empleadas por la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de julio de 2010 (*RJ* 2010/6030).

³⁵ LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *op. cit.*, págs. 149-152. Vid., también en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1989 (*RJ* 1989/4283).

³⁶ En esencia, la jurisprudencia desde tiempos pretéritos, es mayoritaria cuando proclama que los contratos celebrados por los menores de edad no son nulos ni inexistentes, sino anulables. A título ilustrativo, vid. las sentencias del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 1958 —*RJ* 1958/3811—; 19 de diciembre de 1977 —*RJ* 1977/4763—; y 2 de junio de 1989 —*RJ* 1989/4283—.

³⁷ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II, Vol. I. *Doctrina general del contrato*. Barcelona, 1978, Ed. Bosch, pág. 44, califica el redactado del artículo 1263 del Código Civil como de sumamente impreciso. También, SANTOS BRIZ, Jaime, «Comentario a los artículos 1088 a 1314 del Código Civil», en ALBACAR LÓPEZ, José Luis (coord.), *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo IV. *Artículos 1088 a 1444 del Código Civil*. Madrid, 1995, Ed. Trivium, pág. 975, considera que una interpretación declarativa del artículo 1263 del Código Civil prevé la existencia de bienes propios del hijo, cuyo dominio, usufructo y administración le corresponden en tal hipótesis, pudiendo contratar con esa base patrimonial. Actualmente, finaliza este autor, aparece indicada una interpretación extensiva de estas normas, alcanzando la contratación de estos menores a los numerosos supuestos de la contratación fáctica en que pueden intervenir. Por último, TORRALBA SORIANO, Vicente, «La incapacidad contractual», en *Estudio de Derecho Civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984, Ediciones Universidad de Salamanca, pág. 704, subraya que el apartado primero del artículo 1263 del Código Civil, al afirmar que no pueden prestar consentimiento los menores no emancipados, parece indicar que tales menores no pueden contratar en ningún supuesto y, por el contrario, que los menores emancipados pueden hacerlo sin que les afecte ninguna limitación. Sin embargo, concluye el autor; ambas conclusiones son inexactas.

menor de edad se perfecciona el contrato, aunque con la particularidad de que este no queda obligado de modo absoluto³⁸.

Llegados a este punto es importante traer a colación la falta de adecuación de las palabras contenidas en el artículo 1263.1.º del Código Civil, con la práctica negocial habitual desarrollada por los menores no emancipados. Una lectura rápida y poco meditada de su contenido nos empujaría a proclamar que este precepto prohíbe a los menores no emancipados, contrariando así los usos del tráfico y el sentido conferido al párrafo segundo del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, todo tipo de actividad patrimonial.

Sin duda, esa falta de simbiosis entre la interpretación gramatical de la citada disposición normativa y la actividad comercial ordinaria desarrollada por los menores no emancipados, ha obligado a tener que recurrir a una exégesis, en ocasiones un tanto forzada, de este precepto del Código Civil. Ciertamente, algunas de las explicaciones ofrecidas por parte de la doctrina científica para tratar de cohesionar la significación y el alcance del artículo 1263 del Código Civil con la realidad práctica que le rodea, nos ofrecen una más que notable dosis de artificiosidad, llegando incluso, en ciertas ocasiones, al extremo de ni tan siquiera clarificarnos suficiente y razonablemente el fundamento último que las ampara o sustenta³⁹.

Así, algunos autores, para legitimar la actividad transaccional ordinaria de los menores de edad, proponen presumir que, en estos casos, media una autorización implícita del guardador, o mejor aún, que menor y guardador han renunciado tácitamente a la impugnación, mediante la acción de anulabilidad, del negocio perfeccionado. Este pronunciamiento puede ser, además, complementado por aquellos que defienden y son partidarios de interpretar la cláusula del artículo 1263.1.º del Código Civil con un notable grado de laxitud, por cuanto las necesidades del tráfico llevan a postular la definitiva validez de aquellas relaciones contractuales que lleven a cabo los menores no emancipados, y que, según los usos sociales vigentes en cada momento y lugar, deban reputarse concluidos con la tácita aquiescencia de su legal representante⁴⁰.

³⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*. Tomo II. *Derecho de la persona*. Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos, pág. 174, defiende que la expresión, «no pueden prestar consentimiento», contenida en el artículo 1263 del Código Civil, lo que significa es que los menores no emancipados no pueden convenir un contrato perfecto, pues será claudicante en beneficio del menor. Por su parte, BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán, «Comentario al artículo 1263 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.): *Comentarios al Código Civil*. Pamplona, 2006, Ed. Thomson Aranzadi, págs. 1513-1514, estima que el hecho jurídico de la minoría de edad no hace que el contrato se considere inexistente, puesto que el artículo 1263 del Código Civil debe interpretarse conjuntamente con los artículos 1301 y 1302 del citado texto legal. Se tratará, en principio, de contratos no nulos sino anulables —solo por el menor o su representante legal—.

³⁹ SÁNCHEZ-CALERO, Francisco Javier, «La capacidad del menor no emancipado», en el *Libro-Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*. Vol. III. Almería, 2000, Ed. Universidad de Almería, pág. 1707, entiende que la doctrina ha hecho considerables esfuerzos para llegar a soluciones satisfactorias, y es unánime en la atribución de plena eficacia a los actos de que se trata, siempre que sean conformes a los usos sociales y a las circunstancias del menor. Pero en lo que no hay unanimidad es en la explicación sobre su eficacia.

⁴⁰ PUIG BRUTAU, José, y PUIG FERRIOL, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I. Vol. I. *Parte general: sujeto y objeto del Derecho*. Barcelona, 1979, Ed. Bosch, pág. 325. De la misma opinión es TORRALBA SORIANO, Vicente, *op. cit.*, págs. 705-706, quien se reafirma en postular que la autorización tácita —refiriéndose a los ámbitos en que los menores contratan

Otros juristas, por su parte, encuentran una explicación de tipo consuetudinaria a la validez de esos actos; lo cual, bajo su particular parecer, sirve tanto para delimitar la esfera en la que al menor se le reconoce esa capacidad —los actos socialmente admitidos para cada edad—, a la vez que proporciona un criterio objetivo y flexible para deslindar su verdadero ámbito de intervención⁴¹.

En tercer lugar, también hay quienes salvan los impedimentos contenidos en el artículo 1263.1.º del Código Civil refugiándose en la literalidad del artículo 162, párrafo segundo punto primero del propio texto legal. No obstante, la amplitud de los términos en que se manifiesta este último precepto, que exceptúa de la representación legal de los padres «los actos que el hijo de acuerdo con las Leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo», y las divergencias que su interpretación han suscitado, producen un elevado grado de incertidumbre jurídica.

Por último, un sector minoritario de la doctrina ha acudido a la vía de la representación para justificar la validez de las actuaciones autónomas realizadas por los menores no emancipados, sosteniendo que, cuando este actúa negocialmente con una voluntad propia, lo hace como mandatario o representante de sus progenitores o tutor, en su caso⁴². Además, tratándose de la adquisición de objetos o servicios que los mismos representantes legales hubieran debido suministrar al menor, cabría recurrir a la idea de que tal menor está cumpliendo una obligación o un quehacer propio de los progenitores, y, por consiguiente, gestionando oficiosamente los negocios de estos⁴³.

En definitiva, los contratos celebrados por un menor no emancipado, que reúna unas condiciones de raciocinio y madurez mínimas, serán válidos, pero

socialmente con plena eficacia— viene a producir el efecto práctico de que a los menores se les considera capaces para contraer tales relaciones. Esta es también la visión que nos proporciona la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1991 (*RJ* 1991/4434), en su Fundamento de Derecho tercero.

⁴¹ Siguiendo ese planteamiento, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro Derecho Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1992, págs. 1442-1443, esgrime, en primer lugar, una serie de argumentos para tratar de justificar su opinión; y, a continuación y tras reconocer la existencia de múltiples escollos para su admisión, ofrece nuevos argumentos para superar tales obstáculos.

⁴² En contra de esta solución se manifiesta SÁNCHEZ-CALERO, FRANCISCO JAVIER, *op. cit.*, pág. 1707, quien alega que el menor de edad carece de la capacidad de obrar necesaria para ser representante y que los derechos y deberes resultantes del negocio representativo los adquieren, en realidad, los progenitores, lo cual resulta un tanto absurdo. A pesar de estar de acuerdo, en el fondo, con lo afirmado por este autor, no compartimos la forma como lo argumenta. De este modo, y en virtud de lo preceptuado en el artículo 1716 del Código Civil, entendemos que el menor no emancipado sí que puede llegar a ser y actuar como representante o apoderado.

⁴³ Relacionado con esta materia, HERNÁNDEZ-MORENO, ALFONSO, «Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 11, abril-junio de 1980, pág. 442, sostiene que si un menor no emancipado puede contratar, si bien de acuerdo con el régimen jurídico que preside la contratación de los menores en general, con mayor motivo podrá ser investido de la facultad de representar a otra persona, en cuyo único y exclusivo beneficio o perjuicio se producirán los efectos de la actividad sustitutoria y representativa del menor. El mismo autor reitera esa idea en HERNÁNDEZ-MORENO, ALFONSO, «Comentario y anotaciones acerca del artículo 1716 del Código Civil», en ENNECCERUS, LUDWIG; KIPP, THEODOR y WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Parte general. Vol. II. Primera parte. Barcelona, 1981, Ed. Bosch, págs. 440-449.

de eficacia claudicante y podrán ser impugnados por su representante legal en el plazo de cuatro años, o por el propio menor de edad durante ese mismo plazo de tiempo, una vez emancipado siempre y cuando el representante legal no lo hubiera confirmado previamente⁴⁴. Estos contratos están, en suma, sometidos al régimen legal de la anulabilidad —arts. 1301 y sigs. del CC—.

En este mismo sentido se ha manifestado reiteradamente nuestra jurisprudencia, corroborando que los negocios jurídicos otorgados por los menores de edad no son nulos ni inexistentes, sino simplemente anulables. Ahora bien, tal y como se encarga de recordarnos la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de abril de 1977, hay que especificar, en todo caso, «si se trata de un menor sin capacidad natural o con ella, ya que en el primero de los supuestos el contrato será inexistente, mientras que en el segundo tan solo anulable».

Los efectos resultantes del ejercicio de la acción de anulabilidad tienen carácter retroactivo, y quedan, por tanto, referidas a la fecha del otorgamiento del contrato. Ello significa que la anulación privará a las partes de todo instrumento legal para reclamar la ejecución de las prestaciones, y si las obligaciones derivadas de ese negocio jurídico ya han sido cumplidas, nacerá el deber de restitución recíproca entre el *solvens* y el *accipiens*, según el artículo 1303 del Código Civil, con la singularidad de lo dispuesto en los artículos 1305 y 1306 también del Código Civil.

Una de las excepciones al régimen restitutorio previsto en el artículo 1303 del Código Civil, se obra cuando la causa de anulabilidad procede de la falta de capacidad de uno de los contratantes, por ejemplo, propiciada por el hecho de ser menor de edad. En estos casos, y de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 1304 del Código Civil, «no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera». Un cierto paralelismo con esta prevención dispositiva lo encontramos establecido en el artículo 1163 del Código Civil, que se pronuncia constatando que «el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuando se hubiere convertido en su utilidad», siendo al que afirme que el cumplimiento ha redundado en beneficio del menor al que corresponda la carga de la prueba.

La finalidad de un precepto del estilo del artículo 1304 del Código Civil no es otra que la de arbitrar una protección patrimonial completa y adecuada de los niños, niñas y adolescentes. El mecanismo de la anulabilidad, aisladamente considerado, se convertiría en una especie de instrumento de amparo y defensa de los intereses económicos del menor de carácter meramente ilusorio, si fruto de la aplicación del artículo 1303 del Código Civil —que arbitra la restitución de lo por ellos dado—, se vieran compelidos a pagar, con cargo a su fortuna, el equivalente de lo recibido o malgastado.

El enriquecimiento, al que hace mención el artículo 1304 del Código Civil, no consiste solo en un aumento material y duradero del caudal económico, sino que exige también un empleo beneficioso por el incapaz de lo percibido. Por tanto, se entiende que tras la aludida expresión se esconde el aumento real o el beneficio experimentado por el patrimonio del menor; así como la evitación de un gasto o

⁴⁴ Esta confirmación, por parte de los representantes legales de los actos realizados por el menor de edad, priva a este de que una vez que salga de la patria potestad o tutela pueda anular el acto, por lo que somos partidarios de entender que en el supuesto de que esta confirmación le genere al menor de edad un daño o perjuicio, este pueda solicitar la indemnización correspondiente a sus representantes legales, por el ejercicio irregular de las funciones inherentes a la patria potestad o tutela.

cuando la prestación haya venido a satisfacer carencias del individuo. Por ello, no basta que los bienes objeto del contrato hayan ingresado en el haber del menor, sino que es menester que impliquen un incremento del mismo o atiendan a sus necesidades⁴⁵. En suma, el menor ha de obtener una utilidad objetiva, que se consigue con un incremento patrimonial o un ahorro de gastos. La carga de la prueba del enriquecimiento injustificado recae sobre la parte que alega y reclama la restitución del menor; es decir, el contratante capaz⁴⁶.

Llegados a este punto, no debemos descuidar que los Derechos especiales navarro y aragonés mantienen vigentes ciertas peculiaridades en este extremo. En Navarra, por ejemplo, se prevé la nulidad absoluta de las declaraciones de voluntad emitidas por los menores no emancipados (Ley 19 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra). Ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 50 del propio Fuero Nuevo de Navarra, que estipula que los púberes —personas mayores de catorce años—, ostentan capacidad para los actos determinados en la Compilación, y que los púberes no emancipados pueden aceptar por sí solos toda clase de liberalidades por las que no se contraigan obligaciones —pues en nada les perjudican—, aunque contengan limitaciones o prohibiciones sobre los bienes objeto de la liberalidad.

En Aragón, por su parte, se ha optado por marcar con claridad una distinción entre el menor que ha cumplido los catorce años del que todavía no lo ha hecho. Al primero, se le reconoce la capacidad para realizar toda clase de actos y contratos (art. 23.1 del Código del Derecho Foral de Aragón⁴⁷); no tiene, por extinción, representante legal —arts. 5.3 y 12.1 *sensu contrario* del Código del

⁴⁵ VILA RIBAS, Carmen, «Comentarios al artículo 1304 del Código Civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Valladolid, 2010, Ed. Lex Nova, pág. 1434. En idéntico sentido, COLÁS ESCANDÓN, Ana María, «Comentario al artículo 1304 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Pamplona, 2006, Ed. Thomson Aranzadi, pág. 1568; y O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, Madrid, 2001, Ed. La Ley, pág. 1322.

⁴⁶ Sobre lo que hay que entender por enriquecimiento en el artículo 1304 del Código Civil, véase la sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1918, en la que se establece que «el enriquecimiento al que se refiere el artículo 1304 del Código Civil consiste, no en la mera entrega de cierta cantidad en préstamo, sino en que el que afirma el enriquecimiento acredite cumplidamente que la suma recibida por el incapaz ha producido aumento o beneficio en su patrimonio»; y en esa misma línea argumental, las sentencias del Tribunal Supremo, de 22 de octubre de 1984; de 15 de febrero de 1952; de 9 de febrero 1949, que declaran que «el artículo 1304 del Código Civil, con antecedentes en el antiguo privilegio *in integrum*, acogido en las legislaciones romana y patria en favor de incapacitados, viene siendo interpretado por la doctrina jurisprudencial, de acuerdo con la nutrida doctrina científica, en el sentido de que el enriquecimiento del incapacitado que le obliga a restituir lo que hubiese recibido por razón del contrato nulo que se celebró, no se produce por la mera entrega de cantidad que se le haya hecho, sino por el incremento o beneficio causado en su patrimonio mediante una inversión provechosa o un justificado empleo en la satisfacción de sus necesidades, incumbiendo la prueba del enriquecimiento así entendido al contratante capaz, como excepción a la norma general de reposición de las cosas al ser y estado que tenían antes del contrato, establecida en el artículo 1303 del Código Civil». Más moderna, aunque sin variar esa visión del artículo 1304 del Código Civil, es la sentencia del Tribunal Supremo, de 9 de octubre de 2003, en su Fundamento de Derecho tercero (*RJ* 2003/7736).

⁴⁷ Precepto que es fiel a las pautas caracterizadoras de la regulación secular de la capacidad del menor mayor de catorce años del Derecho aragonés. De hecho, este artículo 23 reproduce casi en su literalidad la mayor parte del ya derogado artículo 5.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Derecho Foral de Aragón—, si bien es cierto que, en la mayoría de los supuestos, la plena validez de sus actuaciones requiere de la asistencia de uno cualquiera de sus progenitores o, en su defecto, del tutor; y, finalmente, su voluntad es decisiva para consentir intromisiones en los derechos de la personalidad (art. 24.1 del Código del Derecho Foral de Aragón). Mientras que el segundo —menor de catorce años— opera de ordinario a través de las intervenciones de su representante legal, excepción hecha de los actos relativos a los derechos de la personalidad y demás enunciados en el artículo 7.1 del Código del Derecho Foral de Aragón, que ejercita él mismo si reúne suficiente juicio para ello⁴⁸.

3. ACTOS REALIZADOS POR LOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS PERFECTAMENTE VÁLIDOS Y EFICACES

Por último, una vez dispuesto el régimen jurídico aplicable a los actos realizados por un menor no emancipado, tanto si ostenta capacidad natural —anulabilidad— como si no lo hace —nulidad absoluta—, corresponde el examen de una tercera categoría integrada por aquellos actos llevados a cabo por una persona menor de edad, de manera totalmente autónoma, perfectamente válidos, cuando en relación al propio contenido y naturaleza de los mismos, a la edad y al grado de discernimiento del individuo, se estime que reúne condiciones intelectivas y volitivas suficientes como para expresar un verdadero consentimiento⁴⁹. Dentro de esta especie podemos englobar todas aquellas acciones que la ley permite a las personas menores de edad celebrar por sí mismas —arts. 162.1 y 3 y 164.3 del CC— y las que estas celebren, con el consentimiento de sus progenitores o tutores, en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico así lo autorice —art. 164.3 *in fine* del CC—.

De igual modo, también debemos incorporar, dentro de esta enumeración, los actos realizados de manera absolutamente libre e independiente por parte de un menor de edad, es decir, sin necesidad alguna de intervención de sus representantes legales en sustitución o complemento de su capacidad, a pesar de que su ejercicio no esté expresamente permitido por la ley, cuando los mismos

⁴⁸ El artículo 7.1 del Código del Derecho Foral de Aragón establece: «El menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: a) ejercer los derechos de la personalidad; b) otorgar los actos y contratos propios de la vida corriente del menor que, estando al alcance de su capacidad natural, sean conformes a los usos sociales; c) llevar a cabo otros actos que, de acuerdo con las leyes, pueda realizar sin necesidad de representación o asistencia».

⁴⁹ En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, José María, «Comentario al artículo 1301 del Código Civil español», en *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1950, Ed. Instituto Editorial Reus, págs. 636-637, considera que es más difícil clasificar con precisión el caso de contratos celebrados por menores, puesto que la incapacidad de estos es a la vez reflejo de la que supone el desarrollo aún no concluido, y de la organización familiar, no cabiendo otra solución que atender a la edad en que celebró el contrato, y al predominio que entonces tuviera la incapacidad natural o la puramente legal para producir esta. La Ley parece considerar este caso como de nulidad estricta, no de inexistencia, puesto que fija plazo para que, transcurrido, se extinga la acción; pero con ello se refiere sin duda, a contratos celebrados cerca de la mayor edad; mas no puede referirse a los que se celebren con un niño, que han de reputarse, por lo general, inexistentes. La importancia del contrato y la edad del menor son las bases, y si bien en los extremos de esta no hay duda, surge la dificultad en los grados medios, pareciendo lo más lógico referir la nulidad a la época en que la ley autoriza la emancipación, y la inexistencia a aquella otra en que esta no es posible.

estén socialmente admitidos⁵⁰ —en expresión utilizada por el Código Civil de Cataluña, «aquellos relativos a bienes o servicios propios de su edad, de acuerdo con los usos sociales»⁵¹—.

Según el parecer de la doctrina mayoritaria, concebir estos actos de la vida corriente de las personas menores de edad como socialmente aceptados y eficaces lo que logra es: en primer lugar, reconocer al individuo, desde épocas muy tempranas, un campo de actuación particular, que se verá progresivamente ampliado en la medida en que los usos sociales ligan esa creciente capacidad de actuación autónoma a la edad de los sujetos; en segunda instancia, permitir que el menor

⁵⁰ Ejemplificativa, en este sentido, es la sentencia número 11/2007 de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 11 de enero de 2007 (*JUR* 2007/178715), en la que un adolescente de diecisiete años tras recibir un adelanto del sueldo (1.700 euros) por parte de la entidad para la que trabajaba, alega la nulidad del contrato de mutuo por falta de consentimiento al no poder este tomar dinero a préstamo. Frente a esta situación, confirmando la resolución del Juzgador de instancia, el órgano de apelación entiende que «aplicando análogamente las normas del Código Civil relativas a la emancipación, a las que se debe añadir el artículo 3 del mismo cuerpo legal, puesto que hay que estar a la realidad social del momento en que se aplican tales normas, siendo común que un joven de diecisiete años, que tiene un trabajo independiente, solicite un anticipo de la nómina para adquirir un ciclomotor, y si por último se tiene igualmente presente el espíritu de la Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, de Protección jurídica del menor, en cuyo artículo 2 establece que las restricciones de capacidad de obrar de los menores habrá de interpretarse de forma restrictiva, la conclusión no puede ser otra que la de considerar que no existe nulidad del contrato suscrito». Otro caso es el resuelto por la sentencia número 157/2004, de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 28 de abril de 2004 (*AC* 2004/1000), en el que unos padres ejercitan una acción de responsabilidad civil extracontractual frente a un establecimiento en el que sus hijos, ambos de dieciséis años de edad se realizaron, previo pago, cada uno de 20.000 pesetas, la impresión de sendos tatuajes. Los tatuajes se realizaron satisfactoriamente, sin complicaciones de tipo sanitario o estético. Eso sí, enterados los progenitores de la existencia de los tatuajes, acudieron con sus hijos a un médico de cirugía estética para que se los eliminaran. El borrado de los tatuajes se hizo mediante la técnica de abrasión cutánea, quedando como consecuencia de esta una secuela estética permanente, al haber reaccionado hipertróficamente las cicatrices tras la dermoabrasión. Los progenitores optaron por ejercitar la acción aquiliana porque entendían que no existía contrato ni puede existirlo entre los menores y la tatuadora, toda vez que estos, de conformidad con lo establecido en el artículo 1263 del Código Civil, no pueden prestar el necesario consentimiento que como requisito el contrato exige, y entienden que la tatuadora incurrió en negligencia al no haberse cerciorado de la mayoría de edad de los menores, o al no haberles negado la prestación hasta la acreditación de autorización fehaciente de los padres o representantes legales de aquellos. Ante tal argumentación, el Tribunal *ad quem* declara no haber lugar a la acción de responsabilidad civil extracontractual, ya que en el presente caso parece claro que entre los menores de edad —con dieciséis años cumplidos— y la demandada existió un contrato de arrendamiento de servicios, y que las obligaciones recíprocas de ese contrato se cumplieron por ambas partes: los menores pagaron el precio del arrendamiento y la demandada les ejecutó los tatuajes correctamente y sin que se produjeran reacciones indeseadas. En esta misma línea se pronuncia, describiendo la realidad portuguesa, MARTINS, Rosa, *Menoridade (in)capacidades e cuidado parental*. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 13, Coimbra, 2008, Ed. Coimbra Editora, págs. 113-115.

⁵¹ Vid., en este sentido, el artículo 211-5, apartado b), del Código Civil de Cataluña. En un sentido similar se pronuncia el Código del Derecho Foral de Aragón, en su artículo 7.1, apartado b), al especificar que «el menor que tenga suficiente juicio podrá por sí solo: 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».

de edad vaya tomando parte en el tráfico jurídico, pero mediante la realización de actuaciones que difícilmente podrán entrañar riesgos importantes para su patrimonio; y, por último, garantizar suficientemente el principio de seguridad jurídica, puesto que es precisamente una difundida valoración social acerca de estos actos que un menor de edad puede ejecutar, en vinculación directa con su edad, la que delimita el campo de actuación jurídicamente eficaz del menor de edad⁵².

En suma, los contratos celebrados por menores de edad pueden resultar: radicalmente nulos, caso de no constar verdadero consentimiento. Tal situación solo se producirá cuando se dé en el menor de edad una total ausencia de capacidad natural; relativamente nulos o anulables, si el menor de edad celebra contratos en principio válidos, pero de eficacia claudicante en las condiciones previstas en los artículos 1300 y siguientes del Código Civil; y perfectamente válidos y eficaces, cuando en relación a su contenido y naturaleza, el menor, por su edad y nivel de desarrollo, posea condiciones de juicio y entendimiento suficientes para expresar un verdadero consentimiento —art. 1261.1 en relación con el art. 162.2.1 ambos del CC—.

III. LA CLÁSICA CUESTIÓN DEL LLAMADO «DOLO DE LOS MENORES» EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CIVIL ESPAÑOL

Un último aspecto a tener en cuenta, que plantea la intervención negocial de los menores en el tráfico jurídico con relación a los terceros contratantes, es la clásica cuestión del llamado *dolo de los menores*⁵³; es decir, cuando el menor de edad, a través de maniobras y artimañas insidiosas, induce a la contraparte capaz a la creencia de estar contratando con un mayor de edad, de manera que de haber sabido que negociaba con un menor no hubiera celebrado ese acuerdo de voluntades —manifestación del dolo esencial del art. 1269 del CC—.

Esta situación queda reservada para aquellos casos en los que es de aplicación el régimen general de especial protección de la eficacia claudicante del contrato en beneficio del menor de edad, no, obviamente, en aquellos otros en los que por el carácter del negocio y la edad del individuo, este actúa dentro del ámbito de su propia esfera de autonomía o competencia —ya sea por estar habilitado para ello por ley, o porque socialmente así se le reconoce⁵⁴—. También quedarían fuera, por supuesto, aquellas situaciones en las que el menor de edad careciera absolutamente de intelecto y voluntad suficientes para llegar a comprender y querer el contenido y las consecuencias derivadas del acuerdo adoptado. En otras palabras, cuando el contrato fuera nulo de pleno derecho.

⁵² MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAS, Carlos, «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro Derecho Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1992, pág. 1.443, y YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, «La patria potestad», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (coords.), *Tratado de Derecho de la Familia*, Cizur Menor, 2011, Ed. Thomson Reuters, pág. 119.

⁵³ LAUROBA LACASA, María Elena, *El pago al acreedor incapaz (análisis del art. 1163.1.º del CC)*, Madrid, 1990, Ed. Cuadernos Civitas, pág. 60, identifica el caso del menor —el protegido por la ley— que induce, con maniobras fraudulentas, al deudor capaz a que le pague a él en el marco de una obligación válidamente constituida, como una variante del «dolo de los incapaces».

⁵⁴ JORDANO FRAGA, Francisco, *op. cit.*, págs. 901-903.

Las *maquinaciones insidiosas* del menor de edad —que presuponen, evidentemente, un mínimo de capacidad natural, y unas ciertas aptitudes mentales y volitivas—, están, pues, precisamente dirigidas a rebasar el límite de lo que social y jurídicamente se le consiente actuar, por sí, con plena validez, y simultáneamente, a hacerlo de tal forma que evite las prevenciones suscitadas en quien en modo alguno interesa contratar con un régimen que pone la subsistencia del contrato en manos del propio menor o de sus representantes legales.

Esta actuación dolosa del menor presenta un aspecto muy especial y particular que lo diferencia del dolo en la formación de los actos jurídicos en general. Por lo regular, la intención u objetivo del sujeto con capacidad limitada no es la de imponer una relación contractual desventajosa a la otra parte, sino a la inversa, dejarla sin efecto; es más, ese vínculo negocial, habitualmente, suele ser beneficioso o satisfactorio para el interviniente capaz. De aquí que este, en principio, no muestre interés alguno en la nulidad del convenio, sino, al contrario, en su subsistencia. En definitiva, será precisamente el menor de edad quien, para sustraerse de las obligaciones derivadas del acuerdo de voluntades invoque su incapacidad, con el firme propósito de finiquitar el acto jurídico que excede de sus aptitudes negociales; viniendo a ser justamente esta anulación la que causa perjuicio al estipulante de buena fe.

De la redacción del artículo 1302 del Código Civil, se desprende que la parte que no puede impugnar un contrato anulable, por cuestiones de capacidad, se encuentra en una posición incómoda y endeble, en cuanto que los efectos del negocio penden en manos de otras personas, pudiéndose llegar a mantener esa situación de objetiva inseguridad durante un considerable periodo de tiempo⁵⁵. Se deduce, por consiguiente, que el Código Civil no parece preocuparse, en modo alguno, de la situación del contratante no legitimado para accionar, acaso por suponer que es siempre culpable, causante de la anulabilidad y, por ende, indigno de protección. En otras palabras, traemos a colación y aplicamos a rajatabla el adagio de *qui cum alio contrahit vel est, vel debe esse non ignarus conditionis ejus, cum quo contrahit* —el que contrata con otro, sabe o no debe ignorar la condición de este—⁵⁶.

Tal circunstancia nos lleva a afirmar que la única opción válida de quien en esta forma conviene, consiste en soportar la vigencia del acuerdo suscrito, cumplir, en tanto no sea anulado, las obligaciones que del mismo dimanen, con la única expectativa que se le reintegre de aquello en que demuestre se enriqueció el sujeto con capacidad limitada —art. 1304 del CC⁵⁷—. Ahora bien, aún reconociendo que el legislador español parte de una presunción de inocencia del sujeto incapaz, el que con él contrató —o con quién sufrió violencia o intimidación de un tercero, o padeció error—, podría ser perfectamente ajeno o desconocer por completo esas causas que conllevan la anulación del contrato.

Antiguamente, en el Derecho romano frente a situaciones como las descritas no se auxiliaba a los menores que actuaban dolosamente⁵⁸, por el contrario, se

⁵⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comentarios al artículo 1302 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, y DÍAZ ALABART, Silvia (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII, vol. 1-B, Madrid, 1993, Ed. Edersa, pág. 14.

⁵⁶ D. 50, 27, 19.

⁵⁷ COSSÍO Y CORRAL, Alfonso DE, *El dolo en el Derecho Civil*, Granada, 2005, Ed. Comares, págs. 218-219.

⁵⁸ Digesto 4.4.9.*2: «Nunc videndum, minoribus utrum in contractibus captis duntaxat subveniatur, an etiam delinquentibus; ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel

aplicaba la conocida máxima de la *malitia supplet aetatem*⁵⁹ —la malicia compensa la minoridad—, y en aras de proteger el interés y la buena fe del tercero contratante, se convertía el negocio jurídico en inimpugnable. No obstante, los peligros que la aplicación estricta de este criterio podían comportar en orden a una disminución excesiva de la protección que al menor dispensaba la normativa legal, obligaron a una posterior evolución de esta institución, exigiéndose para poder hablar de dolo del menor la presencia de genuinas maquinaciones, tretas y engaños. Con ello se vino a dar respuesta a la práctica usuraria de preconstituir el dolo del menor —y con él, la inatacabilidad del contrato— con el uso de cláusulas de estilo en que aquel se declaraba mayor de edad⁶⁰. Era, pues, necesario impedir que todo el aparato protector de la minoridad quedara inutilizado por una disposición que pronto se hubiera convertido en estipulación estándar⁶¹.

Consecuencia de esa necesaria transformación, hoy día, ciertos ordenamientos jurídicos se han hecho eco de ese aforismo, si bien revistiéndolo de las mencionadas precauciones que eviten un uso abusivo del mismo. Sin ir más lejos, en el *Code Napoléon* se distinguen dos situaciones claramente diferenciadas entre sí: la del menor que comete maniobras dolosas para hacerse aparecer ante los demás como mayor de edad, en cuyo caso, el artículo 1310 del Code civil francés, lo hace responsable de las obligaciones resultantes de sus delitos o cuasi delitos, no pudiendo en este caso alegar su incapacidad⁶²; y la circunstancia en que el menor simplemente se hubiera limitado a afirmar su mayoría, en cuyo caso el propio Código francés proclama que esa mera declaración por su parte no impide su derecho a la restitución⁶³, lo que *sensu contrario*, por tanto, vendría a equivaler a la responsabilidad del menor por sus maniobras fraudulentas —art. 1307 del Code civil francés⁶⁴—. En el primero de los casos, el mecanismo de reparación

commodata, vel alias in contractu, an ei subveniat, si nihil ad eum pervenit? Et placet, in delictis minoribus non subveniri; nec his itaque subveniatur. Nam et si furtum fecit, vel damnum iniura dedit, non ei subveniatur». También Digesto 4.4.32 y C. 2.35.1. Y aparece como una de las excepciones del Senadoconsulto Macedoniano (Digesto 14.1.6).

⁵⁹ Regla que, por influencia romana, recogieron también las Partidas: «Las leyes ayudan a los engañados, no a los engañadores». Ley 6, Título XIX, Partida Sexta.

⁶⁰ El propio DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*. Tomo II. *Derecho de la persona*, Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos, págs. 192-193, alerta del peligro de que se convierta en práctica de usureros la exigencia de aportación de falsos documentos en los que basar una falsa acusación —prefabricada— de engaño sobre la edad del menor. Por ello, y sobre todo por haberse sustituido el sistema de la *restitutio in integrum* por el de la anulabilidad, nuestro Código no permite oponer a la impugnación del contrato celebrado por un menor la excepción de su dolo o su malicia.

⁶¹ PLANIOL, Marcel, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Tomo VI. *Las obligaciones*. París, 1950, Ed. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence, págs. 106-107.

⁶² El artículo 1310 del Código Civil francés se pronuncia en el siguiente sentido: «Il n'est point —le mineur— restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit».

⁶³ RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*. París, 1925, Ed. Librairie générale de droit et de jurisprudence, pág. 91. Parece adoptar esta visión la sentencia del Tribunal Supremo español, de 24 de junio de 1898, en la que se declaró que la mera presentación en el otorgamiento de un contrato de préstamo de una cédula, por la que inexactamente resultaba ser el prestatario mayor de edad, no era la maquinación insidiosa que pudo inducir al prestamista a celebrar el contrato, ni constituía el dolo que define el artículo 1269 del Código Civil español.

⁶⁴ El artículo 1307 del Código Civil francés prevé que: «La simple déclaration de majorité, faite par le mineur na fait point obstacle à sa restitution».

previsto por el Derecho Civil francés, consistirá en el mantenimiento del contrato sobre cuya irregularidad se ha burlado al cocontratante.

También el *Codice civile* italiano consagra modernamente esa regla tradicional romana, y asume como propias, aunque de una manera más directa, la dualidad de situaciones prescritas por la norma francesa, estableciendo en su artículo 1426 que «el contrato no es anulable si el menor ha ocultado dolosamente su minoría de edad; pero la simple declaración de ser mayor no es obstáculo para su impugnación⁶⁵». En idéntico sentido, se pronuncian el Código Civil portugués en su artículo 126⁶⁶ y el B.G.B. austríaco en sus disposiciones 866⁶⁷ y 248⁶⁸.

Regresando de nuevo al Derecho español, y situándonos ante el supuesto de hecho de que el menor actúe dolosamente haciéndose pasar por mayor de edad y, en definitiva, en plenitud de condiciones para cerrar un determinado negocio jurídico, se plantea el interrogante de si se extiende a este caso la protección y el trato de favor dispensado al menor tanto por el artículo 1302 del Código Civil, permitiéndole instar la anulabilidad del acuerdo, como por el artículo 1304 del Código Civil, limitando o restringiendo la restitución a *in quantum locupletiores facti sunt* —en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera—⁶⁹.

De conformidad con el tenor literal de ambos preceptos, parece que el Código Civil español, aun habiendo contratado el menor fraudulentamente, se inclina por permitirle ejercitar la acción de anulabilidad, y beneficiarse así de sus previsiones. No se hace eco, por tanto, nuestra normativa civil, ni siquiera en su fórmula más evolucionada, de la regla romana de la *malitia supplet aetatem*. Todo ello, propiciado por la circunstancia de que en nuestro contexto jurídico la referencia a la buena fe del menor aparece como un *factum* incuestionable, y solo él o sus representantes legales están habilitados para impugnar —art. 1302 del CC—⁷⁰.

Frente a este método de interpretación gramatical adoptado por nuestro legislador —exégesis auténtica—, cierto sector doctrinal ha mostrado su discon-

⁶⁵ En su versión original en italiano, el artículo 1426 del *Codice civile* versa del siguiente tenor: «Il contratto non é annullabile se il minore ha con raggiro occultato la sua minore età; ma la semplice dichiarazione da lui fatta di essere maggiorenne non é di ostacolo all'impugnazione del contratto».

⁶⁶ Establece el artículo 126 del Código Civil portugués: «Nao tem o direito de invocar a anulabilidade o menor que para praticar o acto tenha usado de dolo com fin de se fazer passar por maior ou emancipado».

⁶⁷ El artículo 866 del B.G.B. austríaco menciona: «Quien dolosamente afirma que es capaz para inducir a otro a celebrar un contrato, está obligado al resarcimiento, si este último careciera de medios para informarse de su incapacidad».

⁶⁸ Por su parte, el artículo 248 del B.G.B. austríaco reza: «Un menor de edad, para concluir un negocio, es responsable de todos los daños y perjuicios, cuando la otra parte no tuvo medio de comprobar tal afirmación».

⁶⁹ Como respecto al pupilo se establece en el Digesto 26, 8, 5: «*Pupillus vendendo sine tutoris auctoritate non obligatur, sed nec in emendo, nisi in quantum locupletior factus est*» —Vendiendo el pupilo sin la autoridad del tutor no se obliga, y tampoco comprando, sino en cuanto se hizo más rico—.

⁷⁰ En absoluto compartimos la interpretación que de dicha máxima realiza DE LA VÁLGOMA, María, «Edades ciertas e inciertas en Derecho», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Tomo I. Madrid, 2006, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, pág. 237, al considerar que el principio de la *malitia supplet aetatem* significa reconocer capacidad para el acto que se contemple, a una persona, cuando se demuestra que, a pesar de no haber cumplido la edad requerida para el mismo, estaba en condiciones de realizarlo adecuadamente.

formidad, considerando la solución más idónea aquella que propugna que el dolo del menor —al igual que sucede en Francia, Italia, Portugal y Austria— convalida el contrato, impidiendo, de esta forma, su anulación. Esta tesis, favorable a la admisión o al redescubrimiento en nuestro ordenamiento jurídico civil de la regla que determina que la *malicia suple la minoridad*, toma como principal argumento de justificación la idea o la eventualidad de que era justamente esta la postura mantenida tanto por la tradición histórica española como por la jurisprudencia anterior al Código Civil, e incluso por alguna de posterior⁷¹.

Por lo que a los antecedentes normativos se refiere, el texto de las Partidas dio acogida a la figura contenida tras la expresión *malitia supplet aetatem*⁷², extendiéndola, además, a la mujer que oculta su condición de tal para burlar las limitaciones legales impuestas a su sexo y condición⁷³. Claramente primaba, por tanto, la protección de la contraparte de buena fe frente a la del incapaz.

Es incomprensible, afirman los representantes de esta corriente de opinión, que se niegue la acción de anulabilidad a quien obró correctamente y en la inteligencia de que la persona con quien contrataba tenía el pleno goce de la facultad de obligarse. En consecuencia, concluyen estos autores, la aplicación estricta y literal del artículo 1304 del Código Civil, en no pocas ocasiones, puede resultar tan inmoral y deshonesto que difícilmente debiera ser sostenida por el recto espíritu de los Tribunales, teniéndose que imponer, en su parecer, un criterio por el que se la limitara al caso concreto de haber actuado con mala fe quien convino con el incapaz⁷⁴.

Ante el reseñado panorama, con independencia de la vigencia o no en nuestro Derecho positivo del axioma latino objeto de nuestro análisis, entendemos de cierta relevancia el formular, *prima facie*, dos tipos de observaciones⁷⁵. Una

⁷¹ Vid. LAUROBA LACASA, M.^a Elena, *El pago al acreedor incapaz: análisis del artículo 1163 del Código Civil*. Madrid, 1990, Ed. Civitas, págs. 63-64; véase también COSSÍO Y CORRAL, Alfonso (DE), *El dolo en el Derecho Civil*. Granada, 2005, págs. 373-382. En un sentido similar se pronunciaba MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, *op. cit.*, pág. 1027, quien entendía que en este punto debe tenerse en especial consideración la buena o mala fe con que se haya procedido por las personas capaces.

⁷² Ley 4, Título I, Partida Quinta: «Otro sí decimos, que si el fijo, o el nieto, estando en poder de su padre, o de su abuelo, o alguno de los otros ascendientes, en cuyo poder estuviesse, e lo negasse, diziendo que non, que por tal mentira que dijo, e nego la verdad, es tenuto de pechar aquello que tomo emprestado»; Ley 6, Título XIX, Partida Sexta: «Diziendo o otorgando el que fuesse menor, que era mayor de XXV años, si ouiesse persona que paresciesse de tal tiempo, si lo faze engañosamente valdría el pleyto que así fuesse fecho con él, e non deve ser desatado después, como quier que non era de edad quando lo fizo: esto es, porque las leyes ayudan a los engañados, e non a los engañadores».

⁷³ Ley 3, Título XII, Partida Quinta: «Por cuales razones pueden las mugeres ser fiadores por otrí... La sesta (razón) es quando la mujer se vistiesse vestiduras de varón engañosamente, o fiziesse otro engaño qualquier, porque la recibiesse alguno por fiador, cuydando que era varón. Ca el derecho que han las mugeres en razón de las fiaduras, non les fue otorgado para ayudarse del en el engaño: más por la simplicidad, e por la flaqueza que han naturalmente».

⁷⁴ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus, *op. cit.*, pág. 1027, se alinea con esta tendencia y se cuestiona: ¿Qué no ha de parecernos al observar que, por la disposición del artículo 1304 del Código Civil, quien se condujo de esta manera legítima —actuando de buena fe—, víctima probablemente de documentos o apariencias hábilmente simulados, además de perder el beneficio que pretendía con el convenio, se encuentre en el trance de devolver lo que percibió y de perder, por otra parte, lo que había entregado?

⁷⁵ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *op. cit.*, págs. 169-171.

primera, subraya y ratifica el adagio *malitia supplet aetatem*, claramente expresivo del criterio histórico de preferencia por la *bona fides* a costa del menor —o del incapaz en términos generales—, al menos cuando este actúa dolosamente creando la apariencia de su plena capacidad de obrar; y, en segundo término, entender como legítima la incertidumbre sobre el significado del silencio que guarda nuestro Código Civil en este punto concreto⁷⁶.

A tenor de esta última reflexión, algunos autores⁷⁷ han planteado la disyuntiva de porqué no ver en esa omisión, en esa falta de pronunciamiento expreso de nuestra normativa civil, en lugar de la renuncia o el abandono del criterio impenetrante y vigente en la tradición jurídica española hasta llegado el momento de la codificación, una simple laguna a colmar desde el Derecho histórico —Base 1.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888⁷⁸—. Esta posibilidad, además, parecería enlazar mejor con el todavía vigente artículo 10 de la Ley de Usura, de 23 de julio de 1908, que afirma que «el prestamista que contrate con un menor se supondrá que sabía que lo era, a menos que pruebe haber tenido motivos racionales y suficientes para creer que era mayor de edad» y pondría, asimismo, a la normativa española en perfecta consonancia con las disposiciones internacionales más modernas y avanzadas en la materia⁷⁹.

Del mismo modo, y atendiendo ahora a la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, la sentencia de 21 de noviembre de 1899, se manifestó en ese mismo sentido al afirmar que «...no se pueden estimar infringidas... las leyes y doctrinas que se invocan en los motivos del recurso por la sola consideración de que a uno de los testigos del testamento le faltaran siete meses para ser mayor de edad, porque estando tenido este testigo como mayor, según aprecia el Tribunal sentenciador y resulta comprobado por hechos anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento, semejante posesión de estado debe producir, para los que de buena fe requirieron la intervención del menor en concepto de mayor, los mismos efectos que si realmente hubiese tenido la edad cumplida, por ser aquella una circunstancia que se impone naturalmente en las relaciones de la vida cuando concurren condiciones tan especiales como las del caso actual».

⁷⁶ Para dar respuesta a estas situaciones, un sector minoritario de la doctrina ha pensado en acudir a la utilización de la acción de jactancia. Es decir, recurrir a la provocación del acto propio o de la confirmación tácita: si el contrato no ha sido cumplido, ofrecer su cumplimiento; si fue ya consumado, ofrecer la restitución recíproca de las cosas que hubieran sido materia del mismo. Aplicando esta teoría dogmática al supuesto que nos ocupa, LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, *op. cit.*, págs. 159-164, se pregunta si cabría la posibilidad de que la persona capaz pudiera provocar el acto o su confirmación.

⁷⁷ GORDILLO CAÑAS, Antonio, *op. cit.*, págs. 169-171.

⁷⁸ También GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Vol. III. Madrid, 1852, Ed. Sociedad Tipográfico Editorial, pág. 17, sostuvo al glosar el artículo 987 de su Proyecto, que por Derecho romano y patrio, eran válidas las obligaciones de los que, habiendo llegado a la pubertad, carecían de curador; pero se les concedía el beneficio de la restitución *in integrum* en el caso de sentir lesión o daño, a menos que hubiese habido por su parte dolo o malicia.

⁷⁹ Para DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *op. cit.*, pág. 193, este precepto no afecta a su tesis. Así, la creencia del prestamista —aun creada dolosamente por el menor— no altera la condición del contrato a este respecto, y seguirá siendo impugnabile como contrato de préstamo al menor, solo que la condición de menor de edad no será tenida en cuenta para calificar de usurario el préstamo a efectos civiles y penales.

Parecida argumentación había sido esgrimida años antes por el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de julio de 1868⁸⁰, al considerar que «fue verificada la venta de estos bienes por el menor N. B., no solo ocultando esta cualidad, sino afirmando con juramento que era mayor de veinticinco años y no estaba sujeto a la patria potestad, sobre cuyos hechos se han practicado amplias pruebas por las partes, que ha apreciado la Sala sentenciadora, estimando que el vendedor demostraba por su aspecto y demás cualidades personales ser mayor de veinticinco años, y que además vivía ciertas temporadas separado de sus padres y formando familia aparte, sin que contra estas apreciaciones se haya alegado infracción de ley alguna o doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales; así que, supuestas estas consideraciones, la ejecutoria que absuelve de la demanda... no ha podido infringir las leyes y doctrinas contenidas en las sentencias de este Tribunal que inoportunamente se invocan».

Igualmente, tras la promulgación del Código Civil, el propio Tribunal Supremo consolidó esta doctrina jurisprudencial. Tal es el caso de la sentencia de 29 de enero de 1904, en la que se afirma que «considerando que el Tribunal sentenciador estima válido y eficaz el contrato en que funda su acción la parte actora, porque al otorgarlo el menor D. J. L. C. hizo la manifestación de ser mayor de veinticinco años, y porque además de parecerlo por sus circunstancias personales y cédula al efecto por el mismo exhibida, dio fe el notario de conocerle y de hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, sin que, esto supuesto, sean de estimar los tres primeros motivos del recurso... no ofreciendo duda alguna según el sentido, alcance y tenor de la expresada ley que en ningún caso puede alegar una persona la circunstancia de su menor edad para pretender la nulidad de lo pactado cuando ha engañado en la forma antes expresada a la persona con quien contrató».

Otro grupo de autores, en cambio, aún admitiendo la vigencia del principio *malitia supplet aetatem*, y frente al problema de determinar en qué va a consistir el deber del menor de resarcir o en qué va a concretarse su responsabilidad, no secundan ni son partidarios de la opción apuntada inicialmente, partidaria de que la debida indemnización se traduzca en el mantenimiento de la validez y eficacia del contrato, para no perjudicar de esta forma al tercero de buena fe. Lo que podríamos denominar en términos coloquiales una respuesta «a la francesa»⁸¹.

Esta solución, subrayan estos juristas, iría en contra de la letra y el espíritu de la Ley, porque ha de observarse que, en este caso, la indemnización no puede en modo alguno extenderse al interés contractual positivo, es decir, a los daños y perjuicios que se puedan seguir del incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino que ha de limitarse al interés contractual negativo, o lo que es lo mismo, a los daños y perjuicios que se hayan podido producir por la declaración

⁸⁰ En idéntico sentido se pronunciaron las sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de abril de 1860 y de 31 de marzo de 1870.

⁸¹ En este sentido, se pronuncia DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *op. cit.*, págs. 192-193, quien justifica su posición en el artículo 1314 del Código Civil. Este precepto, después de establecer la regla general de que la acción de impugnación se extingue cuando el que pueda ejercerla haya causado, por dolo o culpa, la pérdida de la cosa objeto del contrato y que debiera devolver, dispone que si la causa de la impugnación fuese la incapacidad de algunos de los contratantes, la pérdida, aún causada con dolo o culpa, no será obstáculo para que prevalezca, con tal de que aquella sea durante el periodo de la incapacidad. El dolo o culpa del menor, concluye el autor, no borra la condición de anulable del negocio que realice.

de nulidad del contrato. En otras palabras, que han de reponerse las cosas al estado en que estarían si el contrato no se hubiere llevado a efecto⁸².

Afirmado lo anterior, no hay que olvidar que para que haya dolo se exige, por su propia esencia, una voluntad plenamente consciente y libre o, lo que es lo mismo, un sujeto imputable, y que tal requisito no se da en aquellos individuos que por razón de su corta edad o por la enfermedad mental que padecen, carecen de voluntad propiamente dicha, y son, por ende, incapaces de prestar consentimiento. De este modo, en el contrato otorgado por un infante o por un demente, no puede hablarse de una voluntad viciada, por la sencilla razón de que falta toda voluntad, no existe consentimiento, y, por lo tanto, el contrato al que le falta ese requisito esencial, es una mera apariencia de contrato, careciendo de existencia.

El dolo, en suma, exige la concurrencia de un mínimo de capacidad natural, una conciencia plena de la trascendencia del acto que se realiza. Sin embargo, y a pesar de lo declarado, hay autores que consideran que existiendo intención dolosa por parte del incapacitado, y buena fe en la parte capaz, no existe obstáculo alguno que se oponga al nacimiento de una responsabilidad que ha de traducirse en una obligación de resarcimiento, nacida al margen del contrato y fundada en el delito civil, para la que la parte contractualmente incapaz está perfectamente habilitada.

Esta postura o posición lo que pretende es no dejar al contratante capaz en una situación desventajosa. El contrato celebrado por el menor de edad que reúna aptitud para entender y querer es anulable, por falta de capacidad, pero aun habiendo dolo por su parte, una vez ejercitada la acción de anulabilidad, la restitución del artículo 1304 del Código Civil no quedaría bloqueada. Ahora bien, ello no significa que el menor de edad no incurra en responsabilidad, porque una cosa es que el contrato se anule y que se hagan las restituciones correspondientes, y otra, que el contratante capaz no pueda ser indemnizado por los perjuicios a él ocasionados como consecuencia de la impugnación del contrato.

Esta opinión es reafirmada y compartida por un sector de juristas que sostienen que partiendo siempre de que el dolo del menor de edad no bloquea la aplicación del artículo 1304 del Código Civil, así como que el contrato pueda ser impugnado por el menor o por su representante legal, ello no es razón suficiente para que el cocontratante tercero deba carecer de todo tipo de amparo. Así, la protección del menor de edad en forma de posibilidad de desvincularse del contrato, que no decae a pesar de su dolo, debe compaginarse con la responsabilidad de este por los perjuicios causados al tercero que de buena fe —el dolo recíproco se compensa según artículo 1270 del CC— resultó engañado por la actuación —no bastarían meras declaraciones— del menor⁸³. En estas circunstancias este tipo de responsabilidad determina: 1) que el perjuicio, para ser indemnizable, reúna los requisitos exigidos por el artículo 1902 del Código Civil; 2) que la responsabilidad pueda recaer sobre el patrimonio del menor o de su guardador, conforme a las

⁸² COSSÍO Y CORRAL, Alfonso DE, *El dolo en el Derecho Civil*, Granada, 2005, Ed. Comares, pág. 222. El propio autor admite, no obstante, que siempre deberá atenderse a los distintos casos que puedan presentarse en esta materia, ya que la solución variará en atención a las diferentes clases de incapacidad; según la culpa o negligencia con la que haya actuado la parte capaz; atendiendo a la capacidad natural y delictual del sujeto; y, de acuerdo con la existencia o inexistencia de dolo, en el sentido de falsa afirmación consciente de la propia capacidad.

⁸³ JORDANO FRAGA, Francisco, *op. cit.*, págs. 901-903.

previsiones del artículo 1903 del Código Civil; y 3) que el daño, como delictual, se apreciará midiendo el menoscabo patrimonial que directamente se derive del acto doloso o culposo, y no del que resulte de la ineficacia del contrato⁸⁴.

Nos encontraríamos, por consiguiente, ante una responsabilidad precontractual del menor —*dolo in contrahendo*—, que tiene por objeto el resarcimiento de los daños y perjuicios que le produce al tercero la anulación del contrato por el menor o el representante legal —*interés contractual negativo*—, siendo, el daño indemnizable, el derivado del acto doloso del menor, no el de la falta de cumplimiento del contrato —*interés contractual positivo*—⁸⁵. En definitiva, se indemnizará el valor de la cosa entregada y no restituible, y los gastos hechos para la celebración del contrato, pero no los beneficios que se hubieran podido obtener de haber sido válido el contrato, pues el interés del tercero a la conservación del contrato se sacrifica frente a la protección del menor de edad.

Sopesando los pros y los contras de los diferentes y circunstanciales argumentos esgrimidos, por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia, acerca de cómo reaccionar ante la actuación dolosa de un menor de edad, que afirma y se declara capaz para concluir un determinado negocio jurídico, reputamos como la solución más idónea, a la vez que la más adaptada al verdadero espíritu dimanante de nuestros preceptos legales, aquella que defiende la convalidación del contrato otorgado por el menor de edad, impidiendo, en consecuencia, su anulación, opción que tal y como hemos apuntado fue la aplicada por la jurisprudencia anterior y posterior al Código Civil, siguiendo el texto de Las Partidas. El dolo del menor, en consecuencia, le excluye de la especial protección brindada por el Derecho en materia negocial⁸⁶.

Además de ese argumento histórico, también existe la posibilidad de acudir al Título Preliminar del Código Civil, en una interpretación de carácter sistemático, cuyo artículo 7.1 prescribe que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe». La *bona fides*, como principio general del derecho, informa e integra todo el ordenamiento jurídico y simultáneamente se manifiesta como norma de conducta general que tiene un ámbito de aplicación sumamente amplio. En el derecho de obligaciones la buena fe se proyecta en forma concreta sobre cada uno de los afectados por la relación jurídica. Por lo que al menor de edad contratante se refiere, determina que este ha de ejercitar su derecho actuando según la confianza depositada por la otra parte. Así, si el menor de edad no ajusta su comportamiento a la buena fe, y perjudica con ello a la contraparte en el negocio jurídico, debe ser privado de las ventajas que de manera ordinaria le corresponderían⁸⁷. Si frente al binomio *buena fe del contratante capaz-incapacidad del menor*, prima la segunda, cuando concurra mala fe en el menor de edad —persona con capacidad limitada—, la protección deberá ceder.

⁸⁴ DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *op. cit.*, págs. 192-193.

⁸⁵ Al tercero contratante, como estipula COSSÍO Y CORRAL, Alfonso DE, *op. cit.*, págs. 373-382, ha de responderse en el mismo estado de cosas que si el contrato no se hubiera llevado a efecto.

⁸⁶ LAUROBA LACASA, María Elena, *op. cit.*, págs. 64-65, aplica analógicamente este mismo criterio para resolver la cuestión de si el pago efectuado por el menor de edad que, con maniobras fraudulentas, ha inducido al deudor capaz a que le pague a él, está bien realizado; llegando a la conclusión afirmativa de que el pago será perfectamente válido, sin entrar a analizar si lo recibido le ha resultado útil o no —art. 1163.1.º del CC—.

⁸⁷ FERREIRA RUBIO, Delia Matilde, *La buena fe: el principio general en el Derecho Civil*. Madrid, 1984, Ed. Montecorvo, pág. 242.

Una última cuestión que se plantea, es si el dolo del menor de edad debe influir en el carácter unidireccional que la impugnación de los contratos celebrados por los menores de edad tiene. Esto es, si la presencia, en el tercero que contrata con el menor, de un vicio que afecta esencialmente a su declaración de voluntad, hace que él pueda pedir la anulación del negocio, ya que su interés específico de conservar el contrato no se protege, y que no tenga que soportar su impugnación posterior por el menor o su representante legal. Partiendo de los principios generales del negocio jurídico, podría pensarse afirmativamente, ahora bien desde la perspectiva singular de la protección del menor, tendríamos que manifestarnos en sentido contrario.

Ante tal tesitura hay autores que estiman que no hay razón alguna que impida que se reconozca en tales supuestos una acción de impugnación, es decir, se atribuya legitimación activa a la parte capacitada, con base en el dolo que ha afectado su declaración de voluntad. Resultaría inícuo exigirle el cumplimiento de sus prestaciones en un contrato que en cualquier momento puede quedar sin efecto, causándose con ello perjuicios irreparables a la víctima de la conducta dolosa⁸⁸.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *La capacidad de obrar del menor: nuevas perspectivas jurídicas*. UNED. Ex libris. Save the Children, Madrid, 2009.
- *La protección jurídica del menor*. Ed. Colex. Madrid, 2009.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, Germán: «Comentario al artículo 1263 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.): *Comentarios al Código Civil*. Pamplona, 2006, Ed. Thomson Aranzadi.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentarios a los artículos 154 y siguientes del Código Civil», en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia: Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio*. Vol. 2.º Madrid, 1984, Ed. Tecnos.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana María: «Comentario al artículo 1304 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coord.): *Comentarios al Código Civil*. Pamplona, 2006, Ed. Thomson Aranzadi.
- COSSÍO Y CORRAL, Alfonso (DE): *El dolo en el Derecho Civil*. Granada, 2005, Ed. Comares.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho Civil de España*. Tomo I. *Parte general*. Madrid, 1949, Ed. Instituto de Estudios Políticos.
- *Derecho Civil de España*. Tomo II. *Derecho de la persona*. Madrid, 1952, Ed. Instituto de Estudios Políticos.
- DE LA VÁLGOMA, María: «Edades ciertas e inciertas en Derecho», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*. Tomo I. Madrid, 2006, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentarios al artículo 1302 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA, Manuel y DÍAZ ALABART, Silvia (dir.): *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII. Vol. 1-B. Madrid, 1993, Ed. Edersa.

⁸⁸ COSSÍO Y CORRAL, Alfonso DE, *op. cit.*, págs. 218-222.

- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. *Parte general*. Vol. II. *Primera parte*. Barcelona, 1981, Ed. Bosch.
- FERREIRA RUBIO, Delia Matilde: *La buena fe: el principio general en el Derecho Civil*. Madrid, 1984, Ed. Montecorvo.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Vol. III. Madrid, 1852, Ed. Sociedad Tipográfico Editorial.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Madrid, 1986, Ed. Tecnos.
- HERNÁNDEZ-MORENO, Alfonso: «Mandato, poder y representación: una nueva lectura del artículo 1716 del Código Civil», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 11, abril-junio de 1980.
- «Comentario y anotaciones acerca del artículo 1716 del Código Civil», en ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martin: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. *Parte general*. Vol. II. *Primera parte*. Barcelona, 1981, Ed. Bosch.
- JORDANO FRAGA, Francisco: «La capacidad general del menor», en *Revista de Derecho Privado*, Tomo LXVIII, octubre de 1984.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Parte General y Derecho de la persona*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, 14.^a ed.
- LAUROBA LACASA, María Elena: *El pago al acreedor incapaz (análisis del art. 1163.1.º del CC)*. Madrid, 1990, Ed. Cuadernos Civitas.
- LINACERO DE LA FUENTE, María Asunción: *Régimen patrimonial de la patria potestad*. Madrid, 1990, Ed. Montecorvo.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: *El patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*. Madrid, 1993, Ed. Trivium.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, Carlos: «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro Derecho Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1992.
- MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos: «Comentario al artículo 166 del Código Civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.): *Comentarios al Código Civil*. Valladolid, 2010, Ed. Lex Nova.
- NAVARRO VIÑUALES, José María: «Introducción a la legislación de Derecho Civil aragonés», en *Legislación Civil de Aragón, La Notaría*, Madrid, 1998, Ed. Marcial Pons.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: *La capacidad contractual del menor*. Madrid, 2001, Ed. Dykinson.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: «Comentario al artículo 1301 del Código Civil español», en *Comentarios al Código Civil español*. Madrid, 1950, Ed. Instituto Editorial Reus.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, Carlos: «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la edad. Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores de nuestro Derecho Civil», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1992.
- MARTINS, Rosa: *Menoridade (in)capacidades e cuidado parental*. Centro de Direito da Família. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, núm. 13, Coimbra, 2008, Ed. Coimbra Editora.
- MIRALLES GONZÁLEZ, Isabel: «Comentario al artículo 236-11 del Código Civil de Cataluña», en ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (coord.): *Persona y Familia. Libro II del Código Civil de Cataluña*. Madrid, 2011, Ed. Sepin.
- MUCIUS SCAEVOLA, Quintius: *Código Civil comentado y concordado extensamente*, Tomo XX. *Artículos 1.214 a 1.314 del Código Civil —De las obligaciones. De los contratos—*.

- O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*. Madrid, 2001, Ed. La Ley.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derecho de Familia*. Madrid, 1989, Ed. Universidad de Madrid.
- PLANIOL, Marcel: *Tratado práctico de Derecho Civil francés*. Tomo VI. *Las obligaciones*. París, 1950, Ed. Librerie Generale de Droit et Jurisprudence.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo II. Vol. I. *Doctrina general del contrato*. Barcelona, 1978, Ed. Bosch.
- PUIG BRUTAU, José, y PUIG FERRIOL, Luis: *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I. Vol. I. *Parte General: sujeto y objeto del derecho*. Barcelona, 1979, Ed. Bosch.
- RIPERT, Georges: *La règle morale dans les obligations civiles*. Paris, 1925, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- SÁNCHEZ-CALERO, Francisco Javier: «La capacidad del menor no emancipado», en *Libro-Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*. Vol. III. Almería, 2000, Ed. Universidad de Almería.
- SANTOS BRIZ, Jaime: «Comentario a los artículos 1088 a 1314 del Código Civil», en ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis (coord.): *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo IV —arts. 1088 a 1444 del CC—. Madrid, 1995, Ed. Trivium.
- TORRALBA SORIANO, Vicente: «La incapacidad contractual», en *Estudio de Derecho Civil en homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*. Salamanca, 1984, Ediciones Universidad de Salamanca.
- VAQUER ALOY, Antoni: «Comentario al artículo 222-46 del Código Civil de Cataluña», en ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (coord.): *Persona y Familia. Libro II del Código Civil de Cataluña*. Madrid, 2011, Ed. Sepin, pág. 296.
- VILA RIBAS, Carmen: «Comentarios al artículo 1304 del Código Civil», en DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés (dir.): *Comentarios al Código Civil*. Valladolid, 2010, Ed. Lex Nova.
- VON THUR, Andreas: *Derecho Civil. Teoría general del Derecho Civil alemán*. Vol. I. *Las personas*. Madrid, 1999, Ed. Marcial Pons.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «La patria potestad», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y CUENA CASAS, Matilde (coords.): *Tratado de Derecho de la Familia*. Cizur Menor, 2011, Ed. Thomson Reuters.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 27 de abril de 1860.
- STS de 11 de julio de 1868.
- STS de 31 de marzo de 1870.
- STS de 21 de noviembre de 1899.
- STS de 29 de enero de 1904.
- STS de 15 de junio de 1918.
- STS de 9 de febrero 1949.
- STS de 15 de febrero de 1952.
- STS de 9 de diciembre de 1953 —RJ 1954/284 —.
- STS de 29 de noviembre de 1958 —RJ 1958/3811 —.
- STS de 25 de junio de 1959 —RJ 1959/2933 —.
- STS de 28 de mayo de 1965 —RJ 1965/3083 —.
- STS de 19 de diciembre de 1977 —RJ 1977/4763 —.
- STS de 14 de marzo de 1983 —RJ 1983/1475 —.
- STS de 4 de abril de 1984 —RJ 1984/1926 —.

- STS de 21 de mayo de 1984 —RJ 1984/2497 —.
- STS de 22 de octubre de 1984 —RJ 1984/4990 —.
- STS de 1 de febrero de 1986 —RJ 1986/408 —.
- STS de 30 de marzo de 1987 —RJ 1987/1839 —.
- STS de 2 de junio de 1989 —RJ 1989/4283 —.
- STS de 9 de julio de 1990 —RJ 1990/5788 —.
- STS de 10 de junio de 1991 —RJ 1991/4434 —.
- STS de 10 de marzo de 1994 —RJ 1994/1731 —.
- STS de 9 de mayo de 1994 —RJ 1994/3894 —.
- STS de 17 de febrero de 1995 —RJ 1995/1105 —.
- STS de 23 de diciembre de 1997 —RJ 1997/8902 —.
- STS de 4 de mayo de 1998 —RJ 1998/3230 —.
- STS de 21 de enero de 2000 —RJ 2000/113 —.
- STS de 9 de octubre de 2003 —RJ 2003/7736 —.
- STS de 3 de marzo de 2006 —RJ 2006/5772 —.
- STS de 22 de abril de 2010 —RJ 2010/2380 —.
- STS de 8 de julio de 2010 —RJ 2010/6030 —.
- STS de 5 de febrero de 2013 —JUR 2013/38737 —.
- SAP de Granada, de 5 de marzo de 2003 —AC 2003/1011 —.
- SAP de Cantabria, de 28 de abril de 2004 —AC 2004/1000 —.
- SAP de Valencia, de 30 de junio de 2005 —AC 2005/1168 —.
- SAP de Córdoba, de 11 de enero de 2007 —JUR 2007/178715 —.
- SAP de Madrid, de 2 de noviembre de 2010 —JUR 2011/36200 —.

RESUMEN

CAPACIDAD CONTRACTUAL.
MENORES NO EMANCIPADOS.
INEFICACIA NEGOCIAL.
MALITIA SUPPLET AETATEM

En la actualidad, la protección patrimonial de las personas menores de edad está confinada en torno a la limitación de su responsabilidad por propia declaración negocial. En el presente artículo se analiza con detalle cuál es el grado de incidencia que presenta la capacidad de obrar de los individuos —en nuestro caso los menores de edad no emancipados— en la validez y eficacia de los convenios celebrados entre particulares.

Asimismo, también se incide en el silencio que guarda nuestra normativa civil acerca de la clásica cuestión del llamado «dolo de los menores»; expresión esta reservada para aquellas situaciones en las que el menor de edad, a través de maniobras y artimañas insi-

ABSTRACT

CONTRACTUAL CAPACITY.
UNEMANCIPATED MINORS.
LEGAL INEFFECTIVENESS.
MALITIA SUPPLET AETATEM

At present, the heritage protection of minors remains confined around the limitation of liability for such consent itself. In this article we analyze in detail what is the degree of impact that has de capacity to act of individuals —in our case the unemancipated minors— in the validity and effectiveness of agreements between individuals.

Likewise, also effects the silence that keeps our civil rules about the classic question of the «intent of minors»; expression that is reserved for situations in which the minor, through trickery and insidious maneuvers induces counterparty able to be hiring belief with an adult. In these cases, the question arises whether this extends to the factual situa-

diosas induce a la contraparte capaz a la creencia de estar contratando con un mayor de edad. En estos casos se plantea el interrogante sobre si se extiende a este supuesto de hecho la protección y el trato de favor dispensado al sujeto menor de edad tanto por el artículo 1302 del Código Civil, permitiéndole instar la anulabilidad del acuerdo, como por el artículo 1304, limitando o restringiendo la restitución a in quantum locupletiores facti sunt.

tion and the protection accorded favorable treatment to a minor subject both by article 1.302 of the Civil Code, allowing urge the annulment of the agreement, as per article 1.304, limiting or restricting the refund in quantum locupletiores facti sunt.