

La vida independiente del menor no emancipado

RODRIGO BERCOVITZ y RODRIGUEZ CANO

SUMARIO: I. Las dos interpretaciones en la doctrina del artículo 160, segunda parte, del Código civil.—II. Apoyo histórico de los que conceden un sentido restringido al precepto en cuestión.—III. Carencia de base para afirmar la existencia de una emancipación en el supuesto de vida independiente del menor.—IV. Sentido limitado al que conduce la interpretación restringida del artículo 160, segunda parte.—V. Razones que abonan una interpretación más amplia.—VI. La vida independiente del menor no emancipado corresponde a una situación jurídica intermedia entre la emancipación y la sumisión normal a la patria potestad.—VII. Capacidad del menor no emancipado de vida independiente.—VIII. Capacidad del menor de dieciocho años de vida independiente.—IX. El menor de vida independiente sometido a tutela.—X. Consideraciones finales.

I. LAS DOS INTERPRETACIONES EN LA DOCTRINA DEL ARTICULO 160, SEGUNDA PARTE, DEL CODIGO CIVIL

El artículo 160 del Código civil recoge en su segunda parte la situación del menor no emancipado de vida independiente:

“...si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes “(lo que haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo)” como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración”.

El texto de este precepto del Código civil parece claro y, sin embargo, ha dado lugar a dos interpretaciones totalmente contrapuestas. Un sector de la doctrina considera que el menor de vida independiente es un menor emancipado (1). El artículo 160 del Código civil

(1) BONET RAMÓN, *Compendio de Derecho civil*. T. I. Madrid, 1959. Vid. pág. 359; T. IV. Madrid, 1960. Vid. pág. 626; BORRELL Y SOLER, *Derecho civil español*. T. IV. Vid. pág. 172; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*. T. I. V. II. 10.^a ed. Madrid, 1963. Vid. pág. 163; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*. Nueva ed. revisada y puesta al día por DE COSSÍO y GULLÓN. T. II. Madrid, 1959. Vid. págs. 669-670; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*. Vol. I. 3.^a ed. Madrid, 1968. Vid. pág. 211; MANRESA: “El final del artículo 160 reputa como emancipado

recoge pues —según dicha opinión— un supuesto de emancipación tácita frente a la emancipación expresa y formal del artículo 316. Con lo que el menor de vida independiente goza por lo menos del *status* previsto en el artículo 317 para los menores emancipados. No falta quien considera que la emancipación del artículo 160 equivale a la plena, correspondiente a la mayoría de edad, puesto que no se prevé en él ninguna limitación expresa (2). El régimen de la emancipación por mayoría de edad adquiere así el valor de régimen común de emancipación, aplicable a todos los tipos de emancipación que no establezcan expresamente otra cosa. Ciertamente que esta segunda conclusión ha sido rechazada por la mayor parte de los mantenedores de la interpretación del artículo 160 hasta aquí descrita. Ven en el artículo 160 un supuesto de emancipación, pero emancipación de un menor de edad y, consecuentemente, sometido a las limitaciones de capacidad contenidas en el artículo 317 (3). Postura que se ha visto refor-

al hijo en el caso que determina, y evidentemente cabe que pueda contratar con su padre, pues ya se admitía así, interpretando las leyes 6.^a y 7.^a, tít. XVII, Partida 4.^a, respecto a los bienes que constituían el peculio castrense, porque al hijo, en lo que se refiere a dicho privilegiado peculio, se le consideraba como emancipado". *Comentarios al Código civil español*. T. II. 7.^a ed., revisada por F. BONET RAMÓN. Madrid, 1957. Vid. pág. 53; *Sobre la emancipación de los hijos menores de edad que viven independientes de sus padres*. RGLJ. 1892. T. 81. Vid. pág. 307; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*. T. IV. V. II. Barcelona, 1970. Vid. pág. 235; PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho civil español*. T. I. V. II. Madrid, 1958. Vid. pág. 90; T. II. V. II. Madrid, 1971. Vid. pág. 266; RAMOS R., *Capacidad de los menores para contratar y obligarse con arreglo a la legislación vigente*. 3.^a ed. Madrid, 1907. Vid. págs. 155-157; RIERA AISA, *Emancipación*. Nueva Enciclopedia Jurídica. T. VIII. Barcelona, 1956. Vid. pág. 207; ROYO MARTÍNEZ, *Derecho de Familia*. Sevilla, 1949. Vid. pág. 299; SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil*. T. I. Madrid, 1958. Vid. pág. 229.

(2) RAMOS, op. cit. Vid. pág. 157.

(3) BONET RAMÓN: "En esta hipótesis de emancipación tácita, su independencia patrimonial no tiene más extensión que la señalada por el artículo 317 respecto a la emancipación formalmente concedida por los padres (artículos 318 y 316)". Op. cit. T. IV. Vid. pág. 626. BORRELL Y SOLER: "La opinión que no parece aceptable es la de creer que la emancipación a que se refiere el artículo 160 tenga la amplitud de la producida por la mayor edad, que, definitiva y absolutamente, atribuye la plena capacidad de obrar". Op. cit. Vid. página 172. CASTÁN TOBEÑAS: "Aunque no determina el Código cuál sea la extensión de esta emancipación tácita o de hecho, ha de entenderse —como observa Espín— que producirá los mismos efectos que la de derecho, debiendo asimilarse más concretamente a la emancipación por concesión, ya que arranca del consentimiento de los padres". Op. cit. Vid. pág. 163. CLEMENTE DE DIEGO: "sólo que es una emancipación imperfecta, y para los actos de disposición se requerirá el concurso del padre o madre, por aplicación de la doctrina del artículo 317". Op. cit. Vid. pág. 670. ESPÍN: "..., debiendo asimilarse más concretamente a la emancipación por concesión, ya que arranca del consentimiento de los padres. Creemos, por tanto, que se regirá por el régimen del artículo 317". Op. cit. Vid. pág. 211. PUIG BRUTAU: "En este caso la independencia patrimonial del hijo es tan extensa como la que le corresponde en caso de emancipación voluntaria (arts. 316, 317 y 318 del C. c.)". Op. cit. Vid. pág. 235. ROYO MARTÍNEZ: "y como no es de presumir que el emancipado de hecho tenga más capacidad que el emancipado de derecho, ha-

zada con el refrendo del Tribunal Supremo, el cual, en la Sentencia de 15 de diciembre de 1943 (4) ha creído más prudente que el menor de vida independiente no tenga mayor capacidad que el menor expresamente emancipado.

Naturalmente, esta primera interpretación del artículo 160 del Código civil provoca alguna duda entre sus mismos defensores cuando se plantean su aplicación al menor de vida independiente que no ha alcanzado la edad de dieciocho años. Sobre todo cuando se mantiene su equiparación con una persona mayor de edad. De ahí que

de entenderse que aun en este caso existen las limitaciones señaladas en el artículo 317". Op. cit. Vid. pág. 299. SANTAMARÍA: "La última parte de este artículo establece un tipo especial de emancipación del hijo a efecto de bienes determinados. La extensión de esta emancipación tácita no puede ser mayor de la que otorgan a la emancipación expresa los artículos 315 en relación con el 59 y 317 (S. 15-XII-1943)". Op. cit. Vid. pág. 229. VALVERDE: "En esta situación, corresponde al hijo la propiedad, el usufructo y la administración de los mismos (bienes), y al que ejerza la patria potestad, prestar consentimiento para gravar o vender bienes inmuebles, y la asistencia para comparecer en juicio cuando proceda". *Tratado de Derecho civil español*. T. IV. 3.^a ed. Valladolid, 1926. Vid. pág. 514.

(4) "se ha de notar: Primero: Que el artículo 4.^o del Código de Comercio, al exigir, en su número segundo, como una de las condiciones constitutivas de la capacidad legal para el ejercicio habitual del comercio, la de que la persona de que se trate no esté sujeta a la potestad del padre o de la madre, viene a admitir implícitamente que tendrán dicha aptitud los mayores de veintiún años y menores de veintitrés, no sólo cuando hayan obtenido la emancipación por matrimonio o por concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad (art. 167, número segundo, del Código civil), o hayan obtenido, muertos sus padres, la concesión del beneficio de la mayor edad (art. 322 del propio Código), sino también cuando les sea aplicable la emancipación tácita o presunta establecida en el artículo 160 del repetido cuerpo legal, a cuyo tenor, "si el hijo con consentimiento de sus padres viviese independiente de éstos, *se le reputará* para todos los efectos relativos a dichos bienes (es decir, los adquiridos con su trabajo o industria o por cualquier título lucrativo) como *emancipado*, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración". Segundo: Que si bien es verdad que el número tercero del referido artículo 4.^o del Código de Comercio exige, además, como condición necesaria para el ejercicio habitual del comercio, la de tener el comerciante la libre disposición de sus bienes, no es menos cierto que, aparte de que el texto literal del aludido artículo 160 del mismo Código permitiría entender que el menor que tiene bienes de la clase en él indicada, posee la libre disposición de los mismos, ya que se le otorga sobre ellos "el dominio, el usufructo y la administración", aunque no se estime así y se adopte para la interpretación de ese texto un criterio de mayor prudencia y más ajustado a la exigencia de unidad del sistema que debe presidir todo cuerpo legal, entendiéndose que la extensión de la emancipación tácita del aludido precepto no puede ser mayor de la que otorgan a la emancipación expresa los artículos 315, en relación con el 59, y 317, es de tener en cuenta, de todos modos, que el requisito de la libre disposición de los bienes, impuesto por el mentado artículo 4.^o del Código mercantil, ha de ser tomado, no en un sentido rígido, que haría ilusorios los beneficios concedidos, a través de las dos condiciones anteriores del propio artículo, a los mayores de veintiún años, sino en un sentido de relativa amplitud, que encuentra base y fundamento holgados" (Considerando 3.^o de la Sentencia). Obsérvese que el Tribunal Supremo parte de la equiparación de la vida independiente del menor con una emancipación, hablando de *emancipación tácita o presunta*.

sea normal aplicar al artículo 160 el límite de edad mencionado. Así, sólo cuando el menor de vida independiente tenga dieciocho años cumplidos se beneficiará del régimen de emancipación contenido en el artículo 160. Con lo que, en definitiva, no se hace sino aplicar a éste los requisitos sustantivos recogidos en el artículo 318, puesto que se trata también de una emancipación por concesión de los padres (5). Sólo porque la concesión es tácita, se puede renunciar a los requisitos formales del artículo 316. En cambio, la edad de dieciocho años y

(5) MANRESA, *Sobre la emancipación...*: "Resulta, pues, y no podía ser de otro modo sin vulnerar los sagrados derechos de la patria potestad, que la emancipación de que se trata se verifica por el consentimiento o concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad sobre aquel hijo, que es el medio 3.º del artículo 314. Es así que, según el 318, "para que tenga lugar la emancipación por concesión del padre o de la madre, se requiere que el menor tenga dieciocho años cumplidos": luego, no puede reputarse como emancipado, para los efectos del artículo 160, al hijo que, con consentimiento de sus padres, viva independiente de éstos, mientras no haya cumplido dieciocho años. Creemos irrefutable este argumento, y por tanto que el artículo 318 es aplicable al caso del 160.

Que el menor de dieciocho años no puede tener en ningún caso la libre administración de sus bienes, lo declaran otras disposiciones del mismo Código. La emancipación se realiza también por el matrimonio, y el artículo 59, después de declarar que "el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal", añade: "Si fuere menor de dieciocho años, no podrá administrar sin el consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre, y a falta de ambos, sin el de su tutor". Y el artículo 323 prohíbe en absoluto que se conceda la *habilitación de mayor edad* al menor que no tenga dieciocho años cumplidos, y, por consiguiente, la administración de sus bienes, que va aneja a dicha habilitación.

Si, pues, ni al emancipado por matrimonio o por concesión de sus padres, ni al huérfano de padre y madre que obtiene el beneficio de la mayor edad, se concede la administración de sus bienes mientras no tengan dieciocho años cumplidos, porque carecen de la experiencia y madurez de juicio que la ley cree, con sobrada razón, que son indispensables para ello, ¿había de concederse al hijo menor de dicha edad por el solo hecho de vivir independiente de sus padres? No: eso sería una contradicción y un absurdo que no puede autorizar ninguna ley. ¿No podría ser causa esa independencia el abandono de los padres por el carácter díscolo e incorregible del hijo, que les obligue a darle su consentimiento, o acaso los vicios y disipación de aquéllos y de éste?". Vid. págs. 307-308.

"Por las razones expuestas entendemos, como ya se ha dicho, que el ejercicio del derecho que concede el artículo 160, está subordinado a la edad que fija el 318, y por consiguiente, que no podrá reputarse como emancipado el hijo que, con consentimiento de sus padres, vive independiente de éstos, para todos los efectos que determina aquel artículo, si es menor de dieciocho años. Dichos efectos son, tener ese hijo el dominio, el usufructo y la administración de los bienes que haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por título lucrativo: el *dominio* lo tendría en todo caso; el *usufructo*, que corresponde al padre, podrá éste renunciarlo a favor del hijo, puesto que el artículo se refiere, no sólo a los bienes que éste adquiera, sino también a los que *haya adquirido*; pero no puede tener la *administración* mientras no cumpla los dieciocho años, y por tanto serán nulas las obligaciones que contraiga antes de esta edad sin la intervención y consentimiento del padre o de la madre a cuya potestad está sujeto". Vid. pág. 310.

el consentimiento del menor (que viene dado por el carácter voluntario de su independencia) son imprescindibles (5 bis).

En la misma línea pueden ser colocados aquellos autores que, dando por sentado que la emancipación del artículo 160 es plena y que carece de límites de edad, pasan a criticar semejante situación del menor, carente por completo de unas mínimas garantías.

Y es en estas mismas críticas donde radica sin duda el punto de partida de la segunda interpretación, contrapuesta a la anterior y adoptada por el otro sector de nuestra doctrina (6). El artículo 160 —se nos dice— no contiene un supuesto de emancipación del menor. Por lo pronto, se está contemplando únicamente el *status* patrimonial del menor y, consecuentemente, no queda afectado su estatuto personal y familiar. El menor sigue pues sometido a la patria potestad, con todos los efectos derivados de ello. Pero además, la vida independiente del menor no afecta a todo su patrimonio, sino únicamente a aquellos bienes que los padres creen oportuno —en el ejercicio de su patria potestad— dejarle en administración. Se trata pues de las consecuencias derivadas de un consentimiento genérico de los padres con respecto a la actuación de sus hijos no emancipados en determinados sectores de su propio patrimonio (el de los hijos). Consentimiento en virtud del cual dichos menores adquieren la capacidad de obrar propia de un menor emancipado (7) únicamente por lo que se refiere

(5 bis) El mismo razonamiento realizaba GARCÍA GOYENA con respecto al artículo 155 del Anteproyecto de 1851 (Vid. su transcripción en el próximo apartado de este trabajo): “Por Derecho Romano y Patrio el hijo era reputado padre de familia en el peculio castrense y cuasi-castrense: tenía, pues, la libre administración y podía disponer de ellos en los mismos términos que era permitido hacerlo a todo el que no estaba sujeto a la patria potestad: “pueden fazer destes bienes tales lo que quisieren”.

“Nuestro artículo dice algo más: “se le considera como emancipado”; y como la emancipación no puede tener lugar sino a los dieciocho años cumplidos según el artículo 273, se sigue que sólo desde aquella edad deberá considerársele como emancipado en cuanto a los dichos peculios y podrá obrar en ellos con toda la latitud del artículo 275 y 277”. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, 1852. T. I. Vid. pág. 166.

(6) ALBALADEJO, *Instituciones de Derecho civil*. T. I. Barcelona, 1960. Vid. pág. 124; COMAS habla de un “estado intermedio entre la patria potestad y la emancipación”. *La revisión del Código civil español*. Exposición de motivos. T. II. Parte especial. Madrid, 1895. Vid. pág. 363; DE CASTRO, *Derecho civil de España*. T. II. Parte 1.^a. Madrid, 1952. Vid. págs. 195 y siguientes (su estudio de la figura ha sido, sin lugar a dudas, el decisivo para afianzar esta segunda interpretación del artículo 160 del Código civil); LA-CRUZ-SANCHO: “Así, los efectos patrimoniales de la patria potestad pueden cesar antes que los personales en este supuesto que la doctrina denomina “emancipación tácita”. *Derecho de familia*. Barcelona, 1966. Vid. pág. 454; SÁNCHEZ ROMÁN considera que se trata de “un caso de *emancipación parcial* que afecta a las relaciones patrimoniales, pero no a las personales entre padres e hijos”. *Estudios de Derecho civil*. T. V. 2.^a ed. V. 2.^o. Madrid, 1912.

(7) Quedando, pues, sometido en todo caso a los límites del artículo 317 del Código civil. ALBALADEJO, op. cit. Vid. pág. 124; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit. Vid. págs. 1155-1156.

a esos bienes que le han sido confiados. Además, el menor adquiere el usufructo sobre esos mismos bienes, que normalmente corresponde al padre o a la madre, titular de la patria potestad. El menor de vida independiente no es pues un menor emancipado; es un menor equiparado al emancipado por lo que se refiere a algunos bienes de su patrimonio, sobre la base de un consentimiento genérico de su representante legal, el titular de la patria potestad.

Esta tesis —añaden los defensores de la segunda postura descrita— recibe una decisiva confirmación de los antecedentes históricos del artículo 160, a la luz de los cuales hay que interpretar las oscurecidas y ambigüedades derivadas de su texto.

II. APOYO HISTORICO DE LOS QUE CONCEDEN UN SENTIDO RESTRINGIDO AL PRECEPTO EN CUESTION

El estudio de los antecedentes del artículo 160 nos remite a la doctrina romanista de los peculios, ampliamente recogida en las Partidas y mantenidas en nuestro país hasta la Ley de matrimonio civil de 1870, donde es confirmada —según mantienen nuestros tratadistas y parece ser el propósito de sus redactores (8)—, aunque con alguna modificación, derivada de la atribución de la patria potestad en su caso también a la madre (9). Puesto que lo que se pretendía también con la redacción del artículo 160 del Código civil era conservar la doctrina de los peculios —añaden los autores partidarios de una interpretación restrictiva del mismo—, lógico es que su interpretación se condicione por dicha construcción romanista de los peculios en la medida en que sea suficiente para justificar el *status* concedido en él al menor de vida independiente (10).

Como decíamos, las Partidas dividían el patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad en tres tipos de peculios, cada uno sometido a un régimen distinto. El peculio profecticio, adquirido con bienes del padre que el hijo tenía en precario, y que engrosaba el pa-

(8) "Las disposiciones del proyecto, relativas a la patria potesta, sancionan el derecho de nuestros Códigos sobre peculios y fijan la jurisprudencia sobre la misma materia" (Exposición de Motivos).

(9) Sobre dichos antecedentes vid. CLEMENTE DE DIEGO, op. cit., páginas 666 y siguientes; DE BUEN, *Derecho civil español común*. 2.^a ed. V. II. Madrid, 1931, págs. 182 y siguientes; DE OTTO Y CRESPO, *Del peculio adventicio*. RGLJ. T. 33. 1868. Vid. págs. 157 y siguientes; GARCÍA GOYENA-AGUIRRE, *Febrero*. T. I. Madrid, 1841. Vid. págs. 27-28; GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*. 12.^a ed. T. I. Madrid, 1877, págs. 398 y siguientes; GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. 2.^a ed. T. I. Madrid, 1868, páginas 557 y siguientes; MANRESA, *Comentarios...*, págs. 50 y siguientes; MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*. T. III. Madrid, 1890, págs. 280 y siguientes; SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., págs. 1112 y siguientes.

(10) DE CASTRO, op. cit. Vid. págs. 194-196.

trinio de aquéi. El peculio adventicio, adquirido de cualquier otra manera, tanto a título gratuito como oneroso, cuya propiedad correspondía al hijo; pero cuyo usufructo y administración se atribuían al padre. Los peculios castrense y cuasicastrense, adquiridos por el hijo en actividades consideradas socialmente como de especial relieve (milicia, cargos públicos, profesiones liberales), cuyo usufructo y administración —y no sólo la propiedad como era la regla general— se entregaban directamente a aquél (11).

(11) *Partida 4.^a. Título XVII. Ley 5.^a.*—“En tres guisas se departen las ganancias que fazen los fijos, mientras estan en poder de sus padres. La primera es, de aquello que ganan los fijos con los bienes de los padres: e tal ganancia como esta llaman en latín, *Profecticium peculium*. Ca quanto quier que ganan desta manera, o por razón de sus padres, todo es de los padres que los tienen en su poder. La segunda es, lo que el fijo de algunos ganasse por obra de sus manos, por algund menester, o por otra sabiduría que ouisise, o por otra guisa; o por alguna donación que le diesse alguno en su testamento, o por herencia de su madre, o de alguno de los parientes della, o de otra manera; o si fallase tesoro, o alguna otra cosa por aventura. Ca de las ganancias que fiziesse el fijo, por qualquier destas maneras, que non saliesse de los bienes del padre, nin de su abuelo, deue ser la propiedad del fijo, que las gano, é el usufructo, del padre en su vida, por razon del poderio que ha sobre el fijo. E esta ganancia llaman en latín *Adventitia*, porque viene de fuera, e non por los bienes del padre. Pero el padre dezimos, que deue defender, e guardar estos bienes aduenticios de su fijo, en toda su vida también en juicio, como fuera de juycio. La tercera manera de bienes, e de ganancia, es la que dizen en latín *Castrense*, vel quasi castrense peculium, assi como se muestra adelante”.

Ley 6.^a.—“*Castra* es una palabra de latín, que se entiende en tres maneras. La primera, e la mas comunal es, todo Castillo, e todo lugar, que es cercado de muros, o de otra fortaleza. La segunda es, hueste, o aluergada, do se ayuntan muchas gentes, que es fortaleza, e por ende es llamada en latín *Castra*. La tercera es Corte del Rey, o de otro Príncipe, do se allegan muchas gentes, como a Señor, que es fortaleza, e amparamiento de justicia. E por esta razón, las ganancias que los omes facen en algunos destes lugares, tomaron nomes desta palabra, que dize en latín, *Castra*. E por esso son llamadas *Castrense*, vel quasi castrense peculium. E aun porque tales ganancias como estas fazen los omes con grand trabajo, e con grand peligro, e porque las fazen en tan nobles lugares, por ende son quitamente de los que las ganaron, e son mas fraquedas que las otras ganancias. Ca los dueños dellas pueden fazer destes bienes atales, lo que quisieren; e non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar, padre nin hermano, nin otro pariente que ayan”.

Ley 7.^a.—“*Castrense peculium* llaman en latín a las ganancias que los omes fazen en algunos de los tres lugares que diximos en la ley ante desta; assi como las soldadas que dan los Señores a los vasallos, quier sean Caualleros, o otros qualesquier que los siruan de cauallo, e con armas. Otras ganancias y ha, a que llaman en latín *Quasi castrense*; que quier tanto dezir en romance, como ganancias que son semejantes destas otras, e son assi como lo que dan a los Maestros, de qual sciencia que sean, de la Cámara del Rey, o de otro lugar público en razón de soldada, o de salario. E otrosi lo que dan ende a los Juezes, e a los Escriuanos del Rey, por razón de su officio; e lo que dan a otros qualesquier desta manera. Esso mesmo dezimos que es quasi castrense todo donadio de heredad, o de otra cosa qualquier destes sobredichos. Ca tales ganancias como estas son quitamente de aquellos que las fizieron, assi como de suso diximos”.

Este esquema subsiste inalterado hasta la Ley de matrimonio civil. Así vemos cómo lo recoge, aunque con imperfección (12), Gorosabel en su proyecto de Código civil:

“Los padres hacen suyo cuanto los hijos adquieren menos lo siguiente:

1.º Lo que ganan por ejercer alguna profesión liberal; v. g., la judicatura, abogacía, medicina o milicia.

2.º La propiedad de lo que adquieren por cualquier otro título” (artículo 91).

“Los padres tienen la administración y usufructo de los mismos bienes explicados en el número 2.º del artículo precedente mientras no se emancipen los hijos”. (artículo 92).

También queda plasmado en los artículos 150 a 155 del Anteproyecto de 1851:

“El padre es el administrador legal de los bienes de sus hijos menores”. (artículo 150).

“Los bienes que el hijo adquiere con el caudal del padre mientras está bajo la patria potestad, pertenecen a éste en propiedad y usufructo, salva la facultad que tiene el padre, en todo caso, de hacer al hijo alguna donación de estos bienes, o señalarle alguna parte en sus utilidades”. (artículo 151).

“Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, estando en poder y compañía del padre, pertenecen al hijo en propiedad, y al padre en usufructo”. (artículo 152).

“Los bienes que adquiere el hijo por cualquier título lucrativo, pertenecen a éste; pero el padre tiene su usufructo mientras el hijo está en su poder”. (artículo 153).

“Pertenecen al hijo en propiedad y usufructo:

1.º Los bienes donados o mandados al hijo para el seguimiento de una carrera, o el ejercicio de alguna profesión o arte liberal, o con la condición de que el padre, o la madre en su caso, no ganen el usufructo; pero esta condición no puede imponerse sobre la legítima.

2.º Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, no estando en compañía del padre.

3.º Los bienes que los hijos adquieren por ocasión de la milicia, o con el ejercicio de cargos o empleos civiles, de profesiones o artes liberales”. (artículo 154).

(12) No hace ninguna referencia al peculio profecticio.

“El hijo tendrá también la administración de los bienes comprendidos en los números 2.º y 3.º del artículo anterior, para cuyo efecto se le considerará como emancipado” (artículo 155).

La Ley de matrimonio civil extiende la patria potestad a la madre en defecto del padre. En su Exposición de Motivos existe una amplia referencia al mencionado cambio:

“Tiempo es ya de borrar de nuestra legislación las huellas del derecho pagano de Roma, que vino a herir de muerte el Evangelio, elevando a la mujer al puesto que le corresponde en el seno de la familia. Sea o no cierto que la legislación visigoda otorgase a la madre la potestad sobre sus hijos, es innegable que en aquel Código se aspira una más elevada doctrina sobre la mujer que la modelada en las leyes romanas, y que esa misma doctrina vaga en nuestra legislación foral con formas más o menos concretas. Más que de innovación por tanto, la disposición del proyecto bien merece el nombre de último desarrollo de la teoría que tiene por objeto la emancipación jurídica de la mujer y el reconocimiento de sus derechos en el seno de la familia; teoría cuyo germen fue arrojado al mundo con el Evangelio, desarrollándose después lentamente en nuestra legislación nacional con la institución de los gananciales y con los derechos otorgados a la madre sobre los hijos y sus bienes hasta llegar a su plenitud con lo que se dispone en el proyecto, que no rechazará nadie que conozca en cuánta ternura, cuánta previsión, cuánta prudencia puede atesorarse en el corazón de una madre, cuya vida se concentra en el bienestar y en el porvenir de sus hijos”.

Esta alteración de la posición de la madre con respecto a sus hijos conlleva la inclusión en el régimen del peculio profecticio de los bienes obtenidos por los mismos con bienes de aquélla. Lo que determina una ampliación del peculio profecticio y una paralela reducción del peculio adventicio:

“En consecuencia de tal potestad, el padre, y en su defecto la madre, tendrán derechos:

Tercero. A hacer suyos los bienes que adquieren con el caudal que hubieren aquellos puesto a su disposición para cualquier industria, comercio o lucro.

Cuarto.—A administrar y usufructuar los bienes que los hijos hubieren adquirido por cualquier título lucrativo, o por su trabajo o industria” (artículo 65).

Fuera de esto (13), la ley parece seguir manteniendo los peculios castrense y cuasicastrense en los artículos 66 y 67:

“El padre, y en su defecto la madre, no adquirirán la propiedad, el usufructo ni administración de los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo o industria, si no viviere en su compañía”.

“El hijo se reputará como emancipado para la administración y usufructo de los bienes comprendidos en el artículo anterior”.

Nótese que su contenido resulta también alterado al incluirse todos los bienes obtenidos por cualquier actividad del hijo y no sólo por algunas.

Tales antecedentes históricos serán pues los que aclaren el contenido del Código civil en cuanto a los efectos patrimoniales de la patria potestad. De acuerdo con lo cual, el artículo 161 recoge el peculio profecticio, los artículos 159 y 160, primera parte, el peculio adventicio, y, finalmente, la segunda parte del artículo 160 contempla, bajo la llamada vida independiente del menor no emancipado, el supuesto de los peculios castrense y cuasicastrense.

Parece claro que los antecedentes históricos abonan una interpretación restringida de la vida independiente del menor, puesto que ésta no es sino la nueva denominación dada a los peculios castrense y cuasicastrense con los que no se pretendía más que conceder plena capacidad a los sometidos a la patria potestad con respecto a una especial parcela de su patrimonio, la obtenida con su propia actividad (históricamente sólo en determinadas actividades de especial importancia social).

Vemos pues que el apoyo histórico a la interpretación restrictiva de la segunda parte del artículo 160 resulta coherente. Y, sin embargo, la redacción dada a los artículos 66 y 67 de la Ley de matrimonio civil permite afirmar la ruptura del hilo histórico que pretende esta-

(13) Y de la concesión de la emancipación total con la mayoría de edad: “Consiste la primera (innovación) en declarar extinguida la patria potestad por la mayor edad del hijo. No es necesario rebuscar precedentes en nuestro Derecho foral para demostrar el principio en que descansa esta causa de emancipación. La patria potestad tiene un fin eminentemente moral: la educación del hijo. Este no nace, según se ha dicho anteriormente, con la plenitud de desarrollo intelectual, moral y físico que el hombre necesita para el cumplimiento de sus destinos. Para adquirir este desarrollo necesita del auxilio y protección de los autores de sus días. La forma legal y eficaz de esa protección es la patria potestad. Desde que el hijo adquiere la plenitud de sus facultades, la protección paterna o, lo que es lo mismo, la patria potestad, carece de razón de ser. De esto se deduce, con todo el rigor de la lógica, que alcanzando, según la ley, esa plenitud el individuo al llegar a su mayor edad, con ella también debe quedar emancipado de la autoridad paterna, sin perjuicio de los sagrados e inextinguibles deberes que la naturaleza le impone respecto a sus progenitores” (Exposición de motivos).

blecerse entre la doctrina romanista de los peculios y la regulación del patrimonio de los menores en el Código civil. Más adelante razonaremos esta reserva.

III. CARENANCIA DE BASE PARA AFIRMAR LA EXISTENCIA DE UNA EMANCIPACION EN EL SUPUESTO DE VIDA INDEPENDIENTE DEL MENOR

No es sólo la interpretación histórica la que permite afirmar que el artículo 160 no contiene ningún tipo de emancipación, sino que también una interpretación sistemática, e incluso la literal del mismo, abonan dicha postura, a pesar de ser ésta prácticamente la única en que se basan los mantenedores de la solución contraria (14).

Resulta sorprendente percatarse de que los autores que ven un nuevo tipo de emancipación en el artículo 160 no justifican en absoluto semejante interpretación del precepto en cuestión. Según parece, para ellos el texto del Código civil es tan claro que no plantea problemas. La expresión “se le reputará... como emancipado” resulta definitiva. Sin embargo, no se pueden olvidar otras partes del propio artículo que, cuanto menos, introducen dudas sobre el valor real de la expresión transcrita. Por lo pronto, conviene recordar que el artículo 160 comienza refiriéndose a los bienes del “hijo *no emancipado*” y que, consecuentemente, todo el artículo se refiere a ese menor *no emancipado*, aunque la segunda parte hable del *hijo* a secas (“pero si el hijo...”). Lo que encaja con que se le repunte *como* emancipado y *no emancipado* (simple y directamente) en esa misma segunda parte del artículo.

Pero además, el hijo *no emancipado* de vida independiente será reputado *como* emancipado únicamente *para todos los efectos relativos a dichos bienes* (los que haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo). Con lo que se plantea en primer lugar la posibilidad de que subsistan bienes en su patrimonio frente a los que no sea considerado como emancipado. En segundo lugar, queda fuera de la pretendida emancipación la pro-

(14) DE CASTRO alega, además, las siguientes consideraciones: “1.^a La obligación básica del padre de representar y de administrar los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad (arts. 155, 159) no puede eludirse totalmente, dejando en manos del hijo, por ejemplo, los bienes que éste haya recibido por herencia: 2.^a Que las restricciones establecidas para la enajenación de los bienes inmuebles (art. 164) podrían soslayarse sin más que dejar que el hijo viva con independencia. 3.^a No se explica por qué se podrían dejar a la libre disposición del hijo los bienes adquiridos por un título lucrativo, y o aquellos que tengan otro origen (arts. 161, 162). 4.^a Sería absurdo que se permitiese a un menor, y de cualquier edad, que realice actos que no le están permitidos a los emancipados expresa y formalmente (artículos 59, 317). 5.^a En fin, que contradice el sentido de las disposiciones especiales basadas en el artículo 160, y que conceden sólo efectos restringidos a la vida independiente del menor.” Op. cit. Vid. págs. 195-196.

pia persona del menor. Lo que permite que el legislador se pueda seguir refiriendo —sin incurrir en contradicción— al hijo no emancipado, mencionado al comienzo del artículo. Ciertamente que estos dos últimos argumentos son susceptibles de discusión (como ya veremos al volver sobre esta materia); pero, en todo caso, lo que sorprende es que no se apunten por los autores más arriba mencionados, aunque sólo sea para rebatirlos.

Pasando ya a una interpretación sistemática, vemos que nuestro Código civil no conoce ningún tipo general de emancipación que recaiga únicamente sobre una parte de los bienes del menor. Sólo cuando el menor no emancipado contrae nupcias en contra de la prohibición del artículo 45, número 1.º, prevé la segunda regla del artículo 50 una emancipación parcial en sus efectos patrimoniales. Pero el supuesto es excepcional y tiene el carácter de una sanción, por lo que no cabe equipararlo con el que nos ocupa del artículo 160. Pero, aún es más, lo que no concibe nuestro ordenamiento, ni tan siquiera excepcionalmente, es una emancipación que no determine en primer lugar una independencia personal del menor. Y, sin embargo, ya hemos visto cómo el artículo 160 no se refiere para nada al *status* personal del menor, lo que parece coincidir con la materia patrimonio que constituye su único objeto, tal como indica el mismo epígrafe que encabeza el capítulo en el que se incluye: “De los efectos de la patria potestad respecto a los bienes de los hijos”.

La interpretación sistemática nos conduce a un argumento independiente de los anteriormente mencionados y que considero decisivo a la hora de negar que el artículo 160 equipare al menor de vida independiente con un menor emancipado. La concepción de la emancipación como un auténtico estado civil, unida a su puesta al servicio de los intereses de los menores, hace que nuestro ordenamiento la conciba como una situación definitiva no susceptible de revocación. Así lo establece expresamente el artículo 319 del Código civil para la emancipación por concesión del padre o de la madre y así lo entiende unánimemente la doctrina para todos los demás supuestos, incluso en el de viudo o viuda menor de edad que hubiese accedido a la emancipación por matrimonio. Frente a esta nota esencial de la emancipación en nuestro Ordenamiento, el artículo 160 nos describe una vida independiente del menor “con consentimiento de sus padres”. Consentimiento actual, tal como resulta de la redacción del texto legal, y que, consecuentemente, determinará la desaparición de la situación de independencia cuando deja de existir. En principio, pues, el consentimiento del artículo 160, presupuesto de la vida independiente, del menor y del régimen económico correspondiente, es revocable. Difícilmente cabe hablar entonces de una emancipación, si se quiere dar a dicha calificación un sentido técnico y no utilizarla únicamente con

un valor meramente descriptivo (15). Nuestro ordenamiento conoce sólo una emancipación irrevocable, de acuerdo con su carácter de estado civil. Allí donde encontremos una situación revocable, simplemente a instancia de quien o quienes la produjeron (sin ningún otro requisito), podemos afirmar que no se tratará de un estado civil y, en nuestro caso, que no se tratará de una emancipación.

Finalmente, un argumento más, contrario al reconocimiento de una emancipación verdadera, en el caso del menor de vida independiente es la inexistencia de un tope de edad. Realmente, el artículo 160 no lo contiene. Aunque no sea normal, sería curioso imaginar un menor emancipado de 13 años y que, sin embargo, no pudiese disponer "mortis causa" de sus bienes (16). Una mínima preocupación por la protección de los menores lleva a rechazar automáticamente semejantes situaciones por muy hipotéticas que sean (17).

(15) CASTÁN TOBEÑAS: "Lo indudable es que la emancipación tácita establecida por el artículo 160 se diferencia de la formalmente otorgada por el matrimonio o por la concesión del padre en que estas últimas son irrevocables, mientras que la primera puede quedar sin efecto siempre que los padres retiren al hijo el consentimiento para vivir con independencia." *Derecho civil español, común y foral*. T. V. Vol. II. Con la colaboración de J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, 8.^a ed. Madrid, 1966. Vid. pág. 167. PUIG BRUTAU: "Pero es una situación revocable o emancipación a precario." *Op. cit.* Vid. pág. 235. PUIG PEÑA: "Lo que caracteriza esta emancipación de independencia de vida, de las típicas por concesión y matrimonio, es que estas últimas son irrevocables, mientras que la de vida independiente puede quedar sin efecto siempre que los padres retiren al hijo el consentimiento para vivir con independencia." *Op. cit.* T. I. V. II. Vid. pág. 90.

En el mismo sentido, BONET RAMÓN. *Op. cit.* T. IV. Vid. pág. 626; BORRELL Y SOLER. *Op. cit.* Vid. pág. 172.

(16) Lo que curiosamente ocurre con la mujer casada mayor de doce años y que no haya alcanzado los catorce años de edad (Vid. artículos 83, número 1.º, 315 y 663, número 1.º) ¿Hasta qué punto no es ello una muestra más de la postergación de la mujer en la redacción del Código civil?

(17) SÁNCHEZ ROMÁN: "Y no se diga que tal supuesto es equivalente al de la emancipación voluntaria, del núm. 3.º del art. 314, por concesión del padre o de la madre que ejerza la patria potestad, puesto que ésta tiene sus requisitos formales tasados en el 316, y sus condiciones legales de edad de diez y ocho años cumplidos en el hijo, según el 318; requisitos y condiciones que para nada se tienen en cuenta en la consideración legal de emancipado respecto de los bienes, que se otorga al hijo que vive independiente de sus padres por el art. 160, pues aunque menciona la circunstancia de que sea "con consentimiento de ellos", no determina forma alguna en que haya de prestarse, ni menos dice, ni debía decir, que una vez prestado no sea susceptible de revocación, ni tampoco fija límites a la edad del hijo, haciendo normal y válida la hipótesis de que un niño o joven de corta edad ostente capacidad para la administración de sus bienes y para regir su actividad por sí solo sin el concurso de padres ni de tutores, cualquiera que sea el asunto de que se trate, fuera de las excepciones del art. 317 citado." *Op. cit.* Vid. pág. 1154. Nota 2.

IV. SENTIDO LIMITADO AL QUE CONDUCE LA INTERPRETACION RESTRINGIDA DEL ARTICULO 160, SEGUNDA PARTE

Ya hemos visto cómo los autores que niegan al menor de vida independiente la condición de menor emancipado reducen la segunda parte del artículo 160 del Código civil a una autorización genérica del representante legal (el padre o la madre) en lo que a la gestión de sus propios bienes por el menor se refiere. Aunque en principio es el representante legal quien tiene que actuar por el menor o por el incapacitado, entra dentro del ejercicio de su función el confiar bienes a su representado para que éste actúe con plena libertad y capacidad con respecto a ellos (18). Lo que se practica especialmente para atender a los gastos cotidianos del sujeto a representación legal. Ciertamente que semejante autorización puede extenderse a campos más amplios. Así, cuando se permite al menor vivir en domicilio distinto por razón de su trabajo o de su educación, o cuando se le encomienda la gestión de un negocio, o la administración de fincas... Todas estas autorizaciones entran dentro del ámbito normal del ejercicio de la representación legal, por muy amplias que sean. Por ello no afectan en absoluto a su contenido (en nuestro caso, al de la patria potestad) y, consecuentemente, son revocables en cualquier momento (19). De la misma forma que el padre (o la madre) considera oportuno conceder un determinado ámbito de libertad económica al hijo, puede considerar también oportuno, a su buen arbitrio, eliminar semejante ámbito de libertad económica, revocando la autorización correspondiente. Semejante concesión o revocación arbitraria de la autorización es precisamente la que caracteriza la situación del menor de vida independiente, según opinan los defensores de esta segunda interpretación de la segunda parte del artículo 160. Ciertamente que el arbitrio no puede servir para incumplir las funciones propias de la patria potestad, defraudando con su ejercicio todo el sentido de la institución (20). Pero este es el único límite existente al ejercicio de dicho arbitrio: el respeto de las funciones encomendadas en los artículos 155 y 159. Por ello no será válida (a los efectos del artículo 160) la vida independiente del menor artificialmente fomentada por los padres para zafarse del deber de administrar sus bienes y del de ocuparse de su persona, o para zafarse del control previsto en el artículo

(18) LARENZ: *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. München, 1967. Vid. págs. 149-151.

(19) LARENZ: "Der gesetzliche Vertreter kann die von ihm erteilte Einwilligung bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerrufen (§ 183); er kann sie durch eine entsprechende Erklärung, wenn auch nur mit Wirkung für die Zukunft, einschränken." Op. cit. Vid. pág. 150.

(20) ALBALADEJO: Op. cit. pág. 124; ROYO MARTÍNEZ: "Contra lo que alguien pudiera pensar, el artículo 160, prop. 2.ª, no implica abandono ni dejación de atribuciones por parte de los padres, y, por tanto, no tiene carácter punitivo para éstos." Op. cit. Vid. pág. 299.

164 del Código civil (21). La limitación del arbitrio actúa pues fundamentalmente a la hora de conceder el *status* de vida independiente al menor.

También se relaciona con este mínimo control del arbitrio del titular de la patria potestad el ámbito patrimonial en el que es lícito confiar la gestión al menor no emancipado. En este sentido cabe preguntarse hasta qué punto no constituye un abandono de las funciones propias de la representación legal la concesión de una autorización al representado que se extienda a todo su patrimonio. Parece que, a pesar de la revocabilidad de semejante autorización, podría dudarse de su eficacia (22) para garantizar adecuadamente los intereses del menor. Sin embargo, este obstáculo no es tal para los que interpretan el artículo 160 de esta forma restringida. En efecto, si bien es cierto que la autorización que fundamenta la situación del menor de vida independiente se diferencia frente a todas las demás autorizaciones de su mismo género por su amplitud, colocándose así en la cúspide de

(21) Con lo que queda invalidada la crítica realizada al respecto por COMAS (quien cree que basta con la separación de domicilios para que el hijo sea reconocido como menor de vida independiente): "Pero si se considera el referido art. 160 en su relación con el 317 del Código vigente, salta a la vista una situación por todo extremo anómala, según la cual el hijo menor, mayor de 18 años y aun menor de esta edad, puede llegar a ser administrador de sus bienes sin haber salido de la patria potestad, en atención al solo hecho de que su padre le consienta hacer economía separada.

He aquí la contradicción de principios que resulta al considerar cómo la ley pone en manos del padre o de la madre un medio de eludir las condiciones de la intervención judicial y de la audiencia fiscal, que exige como ineludibles, según el art. 164, haciendo de su incumplimiento causa de prohibición para la enajenación, gravamen a transacción de los bienes inmuebles de los hijos de familia.

De este modo aparece que si el hijo vive en compañía del padre, como no se reputa emancipado, será preciso cumplir las expresadas formalidades de la referida intervención judicial y fiscal; pero, en cambio, si el padre consiente que el hijo no viva con él (aunque sea pocos días, ya que no exige el Código tiempo determinado para dicha situación), a pesar de que el hijo continuará bajo su patria potestad, podrá entonces verificarse libremente la enajenación, gravamen o transacción sobre los bienes del hijo, sin necesidad de autorización del Juez ni audiencia del Ministerio fiscal, con la sola variación de que, en lugar de ser el padre quien venda o grave los bienes acerca de los cuales el hijo se reputa emancipado (dicho artículo 160), sea éste quien unifique aquellos actos con el consentimiento del padre, en conformidad con lo dispuesto en el art. 317 del Código: resultando por todo ello que lo que está prohibido hacer al padre, según el artículo 164, se permite que lo haga el hijo, según el artículo 317, sin que sobrevenga entre ellos el menor cambio en su respectiva situación jurídica.

¿Cabe contradicción, más manifiesta, al observar que el sistema del Código en este punto consiste en permitir por el art. 317 que el padre consienta lo que el art. 164 le prohíbe que haga?" Op. cit. Vid. págs. 361-362.

(22) LARENZ: "Der ihm (el menor de edad) eingeräumte Spielraum muss jedoch begrenzt und übersehbar bleiben, da andernfalls der Schutzzweck des Gesetzes vereitelt werden würde; eine in ihrem Umfang völlig unbegrenzte Einwilligung in alle von dem Minderjährigen vorgenommenen Geschäfte wäre gesetzwidrig und daher nichtig." Op. cit. Vid. pág. 150.

esa serie que comienza por el dinero de bolsillo que periódicamente se entrega a los hijos para sus pequeños gastos, ello no debe conducir a pensar que necesariamente se extienda a todo el patrimonio del menor. Por el contrario, tomando como base esta posible objeción, se nos dice que dependerá de la discreción del padre (o madre) conceder al hijo un mayor o menor número de bienes, entrando precisamente dentro de sus atribuciones el restringir su entrega, especialmente de los que el menor adquiera o haya adquirido a título gratuito, de acuerdo, además, con los antecedentes históricos estudiados. El ámbito propio de la vida independiente del menor es el de los bienes que éste obtenga con su trabajo o industria. En cuanto a los demás bienes, la discrecionalidad del titular de la patria potestad es absoluta, aún manteniéndose dentro del marco de la autorización genérica correspondiente a dicha vida independiente del menor (23).

Si los efectos de la segunda parte del artículo 160 se limitan a lo expuesto en esta segunda interpretación del mismo por nuestra doctrina, no se trata de conceder al menor de vida independiente una auténtica libertad, sino simplemente de legitimarle para actuar libremente en determinados sectores (24). Lo que prácticamente reconocen

(23) DE CASTRO, *Derecho civil...*: "El hijo menor no puede vivir más que con una relativa independencia respecto de quien ejerza sobre él la patria potestad, que no puede exceder aquélla de lo permisible, sin que el guardador incurra en abandono del menor, dadas las circunstancias de personas y bienes. Dificilmente será concebible entonces la entrega de todos los bienes adquiridos o que adquieran por título lucrativo; en cambio, conforme a los precedentes legislativos, se podrá confiar al hijo menor, sin limitaciones, lo que adquiera con su trabajo o industria." Vid. pág. 196.

"El conjunto patrimonial, al que afecta esta cuasi emancipación relativa, está constituido por los bienes que el hijo adquiera con su trabajo o industria durante su vida independiente, los que de este modo haya adquirido antes, los que reciba por cualquier título lucrativo, los que el padre le confíe —dentro de sus facultades prudenciales— para que viva con independencia. Siendo presupuesto de esta situación el consentimiento paterno, parece seguro que el padre pueda restringir o aumentar el patrimonio que deja en poder del hijo. Este carecerá, por tanto, de facultades sobre los bienes que el padre continúe administrando." Vid. pág. 198.

(24) ALBALADEJO: "A tenor del espíritu del art. 160, la ampliación de capacidad provocada por la vida independiente, puede darse sólo respecto a cierto sector de la actividad del menor o a ciertos asuntos (así, para los actos de la vida ordinaria, según los usos, realizan *por sí* los menores). El consentimiento relativo a la independencia se seguirá normalmente del asunto o actividad de que se trate. Y los bienes sobre los que el menor tiene el poder y disponibilidad totales, habitualmente proceden de liberalidades (usuales) del propio titular de la patria potestad (éste da pequeñas sumas al menor para sus gastos)." Op. cit. Vid. págs. 124-125.

Expresión acabada de esta postura se encuentra en el artículo 366 del Proyecto de Reforma del Código civil español de COMAS:

"Los menores, cualquiera que sea su sexo, que hayan cumplido la edad de 14 años, pueden comprar al contado, mediante la entrega de presente de la cosa y del precio respectivo, toda clase de cosas muebles, no siendo alhajas u objetos preciosos.

Podrán también obligarse en todo lo relativo a su alimentación, vestido asistencia e instrucción, pero sin que su responsabilidad por alguno o varios de los expresados conceptos pueda hacerse efectiva sobre otra cosa que no

como provechoso la mayor parte de los códigos pertenecientes a nuestra área cultural. Baste con citar algunos de ellos.

El artículo 127 del nuevo Código civil portugués de 1966 incluye las siguientes zonas de libertad para el menor, bajo el expresivo título de *Excepções à incapacidade dos menores*:

“1. São excepcionalmente válidos, além de outros previstos na lei:

a) Os actos de administração ou disposição dos bens que o menor haja adquirido por seu trabalho ou indústria, vivendo sobre si com permissão dos pais, ou pelas armas, letras ou profissão liberal, vivendo ou não em companhia dos pais;

b) Os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor, que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância;

c) Os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os practicados no exercício dessa profissão, arte ou ofício.

2. Pelos actos relativos à profissão, arte ou ofício do menor e pelos actos practicados no exercício dessa profissão, arte ou ofício só respondem os bens de que o menor tiver a livre disposição”.

Supuestos similares son los contemplados por los artículos 295 y 296 del Código civil suizo:

“Le produit du travail de l'enfant mineur appartient aux père et mère aussi longtemps que l'enfant fait ménage commun avec eux.

L'enfant peut en disposer sous réserve de ses obligations envers ses parents, lorsque, de leur consentement, il vit hors de famille” (artículo 295).

“L'enfant a l'administration et la jouissance de ceux de ses biens que les parents lui remettent pour exercer une profession ou une industrie” (artículo 296).

Por los párrafos 112 y 113 (párrafos 1.º, 2.º y 4.º) del BGB:

“Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selb-

sea el producto de su trabajo o industria y la pensión alimenticia que les estuviere asignada o que pudiesen percibir conforme a derecho.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no tendrá aplicación a los menores que vivan en compañía de sus padres o guardadores, o que por ellos estén colocados en algún establecimiento de enseñanza para su educación o instrucción.”

ständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt. Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Die Ermächtigung kann von dem Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen werden". (parágrafo 112).

"Ermächtigt der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen, in Dienst oder in Arbeit zu treten, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung des sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen. Ausgenommen sind Verträge, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf.

Die Ermächtigung kann von dem Vertreter zurückgenommen oder eingeschränkt werden.

.....
Die für einen einzelnen Fall erteilte Ermächtigung gilt im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Verhältnissen derselben Art." (parágrafo 113, párrafos 1.º, 2.º y 4.º).

Y por el parágrafo 1.655 (interpretado *a sensu contrario*):

"Die Eltern können Gegenstände, die sie nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts veräußern dürfen, dem Kinde nicht ohne diese Genehmigung zur Erfüllung eines von dem Kinde geschlossenen Vertrages oder zu freier Verfügung überlassen".

En el Código civil francés estas zonas de libertad aparecen mucho más desdibujadas:

"L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes". (artículo 389-3, párrafo 1.º) (25).

(25) MAZEAUD DE JUGLART: "La jurisprudence a cependant atténué cette incapacité totale, en reconnaissant la validité des *actes de la vie courante* accomplis par le mineur; les nécessités pratiques l'imposaient. Le législateur de 1964 a confirmé cette jurisprudence: l'article 389-3, al 1er. C. civ. excepte de la représentation du mineur par l'administrateur légal "*les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes*". Ces cas sont: l'ouverture d'un livret de caisse d'épargne ou d'épargne crédit, l'adhésion à un syndicat professionnel (mais après 16 ans et sauf opposition des parents ou du tuteur)

“Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le représentera dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes”. (artículo 450, párrafo 1.º (26) (27).

Todos estos preceptos se encuentran marcados por un denominador común, cual es potenciar el desarrollo de la personalidad del menor, aunque siga necesitado de la protección general correspondiente al mantenimiento de una representación legal y, en concreto, de la patria potestad. Pero junto a este indudable carácter personalista aparece otro totalmente ajeno a los intereses del menor. Y es que el reconocimiento de zonas en las que el menor actúa con plena capacidad sirve también eficazmente para la seguridad del tráfico jurídico. Se trata, en esta otra faceta del fenómeno, de garantizar a los terceros frente a las apariencias. Se les dice que pueden confiar en ellas porque el menor que maneja determinados bienes ha recibido una

ou à une société mutualiste, l'engagement aux armées (mais, avant 20 ans, l'autorisation du père ou de la mère ou du tuteur est requise), le testament (mais à partir de 16 ans et jusqu' à concurrence seulement de la moitié de la quotité disponible), la reconnaissance d'enfant naturel, la naturalisation, l'acquisition ou la répudiation de la nationalité française; s'il a plus de 18 ans, l'acceptation d'un mandat à condition d'avoir le discernement nécessaire, l'acquisition des menus objets nécessaires à la vie courante mais sous réserve de l'application de l'adage *Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam loesus*”. *Leçons de Droit Civil*. T. I 4.^a ed. V. 3.º. París, 1970. Vid. pág. 604.

(26) Los subrayados son míos.

(27) El Código civil italiano no contiene expresamente ningún precepto similar de carácter general, si bien, como contrapartida, la emancipación del menor tiene un alcance especialmente limitado (“L'emancipazione conferisce al minore la capacità di compiere gli atti che non eccedono l'ordinaria amministrazione”, artículo 394, párrafo 1.º) y, además, es revocable, salvo cuando se basa en el matrimonio del menor (“Quando gli atti del minore ne dimostrano l'incapacità ad amministrare, l'emancipazione accordata per l'art. 391 può essere revocata dal giudice tutelare su istanza di chi richiese l'emancipazione o anche d'ufficio, sentito il minore”, artículo 398, párrafo 1.º). BARBERO, *Sistema del Diritto privato italiano*. V. I. Torino, 1962. Vid. págs. 153-154; BARASSI, *Istituzioni di Diritto civile*. 4.^a ed. Milano, 1955. Vid. págs. 256-257; MESSINEO, *Manuale di Diritto civile e commerciale*. 9.^a ed. V. 1.º. Milano, 1957. Vid. pág. 238; TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto civile*. 15.^a ed. Padova, 1966. Vid. pág. 80.

El Código civil portugués prevé también la revocación de la emancipación judicial (artículos 135 y 137), así como emancipaciones restringidas a ciertos actos o categorías de actos (artículo 136).

En cambio, el Código civil italiano sí contiene alguna norma similar de carácter concreto: “Il minore che ha compiuto diciotto anni può validamente effettuare depositi a risparmio e fare prelevamenti sui medesimi, salva l'opposizione del suo legale rappresentante” (artículo 1.837, párrafo 1.º). TONDO: “Sembra che la facoltà di opposizione riguardi sia l'effettuazione del deposito, sia l'effettuazione dei prelevamenti, e che, inoltre, l'esercizio dell'opposizione stessa automaticamente estingua nel minore la speciale capacità accordatagli, facendo rivivere le ordinarie regole sulla capacità di agire, senza che la banca possa sindacare la concreta fondatezza o giustificazione dell'opposizione”. *Commentario teorico-pratico al codice civile diretto da V. de Martino*. L. IV. *Dei contratti bancari art. 1834-1860*. Roma, 1970. Vid. pág. 140.

autorización general con respecto a los mismos y, consecuentemente, sus actos no serán impugnables (28).

Pero la relevancia jurídica de la vida independiente del menor no se reduce a esta autorización para que gestione algunos bienes de su patrimonio, sino que afecta también al usufructo legal que, en principio, corresponde a los padres sobre los bienes de los hijos no emancipados. En efecto, los bienes entregados a la administración del menor de vida independiente salen de ese usufructo legal, pasando a ser disfrutados por su propietario (el menor), que es ahora quien los administra. Así se justifica, desde una perspectiva técnica, la especialidad de la segunda parte del artículo 160 para los mantenedores de esta segunda interpretación de la misma. En efecto, ya hemos visto cómo, reducido dicho precepto a conceder una autorización genérica al menor no emancipado, resultaría totalmente supérfluo, puesto que dicha autorización puede ser concedida aunque el menor no goce de vida independiente. Así se deduce de la teoría general de la representación legal (29) y, concretamente respecto a la patria potestad, del artículo 161 del Código civil, en el que se prevé la administración de bienes de los padres por el hijo no emancipado y sin vida independiente. Con mayor razón, pues, será esto posible cuando los bienes entregados en administración sean los propios del hijo. Ahora bien, como apuntábamos, la especial consideración que el artículo 160 hace de la vida independiente del menor se justifica al privar a los padres del usufructo correspondiente de los bienes entregados al menor para su gestión.

De esta forma el hijo menor no emancipado puede ocupar tres posiciones con respecto a sus bienes, a voluntad de sus padres. La situación normal es la descrita en los artículos 159 y 160 (primera parte): el hijo conserva únicamente la propiedad de sus bienes y el padre (o la madre) tiene su administración y usufructo.

Una segunda posibilidad es que el padre autorice al hijo la administración de sus bienes (de parte o de todos), en cuyo caso conserva sólo el usufructo. No creo que existan dudas sobre este último extremo, puesto que no existe ninguna norma para tal caso en contra

(28) COMAS hace la siguiente observación sobre las consecuencias del artículo 160 para la seguridad del tráfico: "No hay que olvidar que, mientras subsista la autoridad paterna, el permiso del padre para que el hijo pueda hacer vida independiente ha de ser siempre revocable o modificable, exponiendo por este carácter, esencialmente potestativo o voluntario, lo mismo los intereses de los hijos que la certidumbre y estabilidad de las relaciones con terceros, toda vez que al fin afecta a una materia tan trascendental como es la capacidad para la administración y disposición de los bienes, y mucho más si se tiene en cuenta que no existiendo, como no existe, prescripción que obligue a inscribir o anotar en el Registro civil aquel permiso del padre capaz de determinar en el hijo, respecto a algunos de sus bienes, la condición de emancipado, carecen los terceros de la defensa que en caso de verdadera emancipación previene el artículo 316 del Código." *La revisión del Código civil español*. Exposición de motivos. T. II. Parte especial. Madrid, 1895. Vid. pág. 363.

(29) DE CASTRO, *Derecho civil*... Vid. pág. 200.

de la regla general sentada en la primera parte del artículo 160. Además, no hay razón para que el trabajo de administración del menor tenga un trato más favorable que el que recibe su trabajo o industria cuando opera sobre otros bienes (30). Finalmente, la separación de administración y usufructo de unos mismos bienes no plantea ningún problema técnico por lo que se refiere a nuestro Código civil (Vid. los artículos 494 y 520) (31).

La tercera situación es precisamente la que ofrece la vida independiente del hijo, acaparando la administración y el usufructo de sus propios bienes, cuya gestión le haya sido confiada precisamente como consecuencia de esa vida independiente.

(30) En el artículo 161 el hijo detenta sólo la administración (en principio). BURÓN: "los bienes que los hijos adquieran con caudal de los padres (peculio profecticio) pertenece a éstos la propiedad y el usufructo y a aquéllos la administración". *Derecho civil español*. T. I. Valladolid, 1898. Vid. páginas 594-595. CASTÁN TOBEÑAS: "los hijos tienen sobre tales bienes únicamente la administración precaria que les hayan concedido sus padres (de los cuales son verdaderos mandatarios);...". *Derecho civil...* T. V. V. II. Vid. página 166. DÍAZ GUIJARRO/MARTÍNEZ RUIZ, *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*. T. II. Bilbao, 1900. Vid. págs. 277-278. MANRESA: "El artículo 161 no habla de la administración en los bienes a que se refiere; pero como el 159 es de aplicación general, es indudable que corresponde al padre en todos los casos que aquél menciona". Op. cit. Vid. pág. 54. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*. T. V. 2.^a ed. V. 2.^o. Madrid, 1912. Vid. págs. 1150 y 1158-1159.

(31) Ciertamente con frecuencia los padres cederán a sus hijos las ganancias obtenidas con esta administración. Puesto que así se prevé para el caso del artículo 161, mayor razón hay para aceptarlo en este supuesto, incluso sin necesidad de que la cesión sea expresa, ya que se trata de la administración de bienes pertenecientes al hijo mismo. Cesión que se puede configurar como una renuncia (expresa o tácita) al usufructo de tales bienes.

Mucius da la siguiente explicación de la cesión prevista en el artículo 161: "El Código ha abandonado en este punto a la Ley de Matrimonio Civil, que no establecía derecho alguno en favor del hijo, para volver en cierto modo a la legislación de Partidas, que en la 5.^a, tít. IV, ley 3.^a, le permitía dar alguna cosa, aun del peculio profecticio, a la madre, hermana, sobrina u otros parientes, para casamiento u otra cosa necesaria, así como para sus maestros.

Este precepto de que no estén sujetas a colación las ganancias que obtenga con los bienes del padre, es una excepción de la doctrina del artículo 1035...

Puede ocurrir que las ganancias que produzca el caudal de los padres sean de tal entidad que constituyan a su vez un nuevo capital, y ocurre preguntar, bajo el supuesto de que los padres le cedan tales ganancias, ¿qué derechos competirán al hijo en él? ¿De quién será la propiedad y quién gozará del usufructo? La contestación es fácil, y casi se impone, atendiendo al modo de adquisición de derechos ganancias. El hijo hace suyas éstas por la cesión de sus padres, es decir, en virtud de una donación de éstos. Se trata, pues, de bienes adquiridos por título *lucrativo* (y esto mismo resulta teniendo en cuenta que las utilidades las obtiene el hijo mediante su *trabajo o industria*), y en nuestra opinión hay que aplicar el criterio establecido en el artículo 160, a saber: la propiedad del hijo, el usufructo y la administración de los padres, y si aquél, de conformidad con los mismos, y a causa de la naturaleza del negocio viviere independiente de éstos, entonces deberá tener el dominio, el usufructo y la administración". Op. cit. Vid. págs. 286-287. No estoy de acuerdo en que la cesión expresa de las ganancias corresponda a una donación. A mi modo de ver, en tal caso no existe una causa gratuita y, precisamente por ello, los bienes no son colacionables.

También en los ordenamientos que hemos visto se suele atribuir a los hijos el usufructo de los bienes que le hayan sido entregados o que le correspondan en administración. A veces, resultan incluso más generosos con el hijo, al no condicionar necesariamente semejante disfrute con una vida independiente del hijo:

“Os pais têm o usufructo dos bens do filho menor, com excepção:

e) Dos que o filho tiver adquirido por seu trabalho ou indústria, vivendo sobre si com permissão dos pais;

f) Dos que o filho tiver adquirido pelas armas, letras ou profissão liberal, vivendo ou não em companhia dos pais” (artículo 1.893 del Código civil portugués).

“Die Einkünfte des Kindesvermögens, die zur ordnungsmässigen Verwaltung des Vermögens nicht benötigt werden, sind für den Unterhalt des Kindes zu verwenden. Soweit die Vermögenseinkünfte nicht ausreichen können die Einkünfte verwendet werden, die das Kind durch seine Arbeit oder durch den ihm nach § 112 gestatteten selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts erwirbt” (parágrafo 1.649, párrafo 1.º del BGB). De donde se deduce que el usufructo de los bienes obtenidos por el hijo con su trabajo o industria le corresponde en principio (32).

“La jouissance légale ne s'étend pas aux biens que l'enfant peut acquérir par son travail...” (artículo 387 del Código civil francés).

“Non sono soggetti ad usufrutto legale:

1) i beni acquistati dal figlio in occasione o per esercizio di milizia, ufficio, impiego professione o arte o in altro modo separatamente col proprio lavoro o con la propria industria” (artículo 324 del Código civil italiano) (33).

También el Código civil suizo (recuérdense los artículos 295 y 296 más arriba transcritos) atribuye al hijo el usufructo de los bienes que se le entregan para el ejercicio de una profesión o industria, pres-

(32) En todo caso, el derecho de los padres a disfrutar los bienes de sus hijos es muy peculiar, dada la redacción adoptada por el párrafo 2.º del mismo párrafo 1649: “Die Eltern können die Einkünfte des Vermögens, die zur ordnungsmässigen Verwaltung des Vermögens und für den Unterhalt des Kindes nicht benötigt werden, für ihren eigenen Unterhalt und für den Unterhalt der minderjährigen unverheirateten Geschwister des Kindes verwenden, soweit dies unter Berücksichtigung der Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Beteiligten der Billigkeit entspricht. Diese Befugnis erlischt mit der Eheschliessung des Kindes”.

(33) BAVIERA: “In questo caso l'esclusione ripete il suo fondamento nella considerazione che il minore che è in grado di produrre dei beni è pure in condizione di poterne disporre con discernimento; en ella iniquità dell'attribuzione ad altri, sia pure il genitore, di beni che sono prodotti col lavoro del figlio minore”. *Diritto minorile*. Miliano, 1965. Vid. pag. 627.

cindiendo de que se produzca o no una situación de vida independiente.

Sin embargo, esta diferencia no es tan grande si se piensa que, tanto en el supuesto del apartado f) del artículo 1.893 del Código civil portugués, en los del párrafo 1.649 del BGB y en los de los artículos 387 del Código civil francés y 324 del Código civil italiano, como en el del artículo 296 del Código civil suizo, frecuentemente el hijo que trabaja independientemente o tiene una propia industria vivirá con independencia de los padres, si dicha independencia se entiende como puramente económica, de acuerdo con la interpretación que ha dado nuestra doctrina a la segunda parte del artículo 160, objeto del estudio aquí desarrollado.

Concluyendo pues, con la segunda versión que la doctrina española ha dado en torno a la vida del menor independiente del artículo 160 del Código civil, repetimos que esta no tiene como único efecto la atribución de la administración de ciertos bienes al menor, autorización para la que no sería necesaria dicha vida independiente, sino que además supone la extinción del usufructo legal de los padres por lo que a dichos bienes se refiere.

De ahí que resulte incorrecta la relación que se suele establecer entre supuestos de administración autónoma de bienes por un menor con el artículo 160 cuando dicha administración no se basa en una auténtica vida independiente del menor (34). Todos esos casos encuentran un respaldo jurídico suficiente en la figura de la autorización del representante legal (35). Por ello parece desproporcionado la referencia expresa o tácita que se hace en muchos de tales casos al artículo 160. Muestra especialmente significativa de lo dicho es el Reglamento Provisional para el Servicio de la Caja Postal de Ahorros de 13 de enero de 1916:

“Los menores y las mujeres casadas podrán hacer im-
posiciones y solicitar libretas sin intervención de sus re-
presentantes legales.

(34) Si bien es cierto que frecuentemente la entrega de bienes en administración implica también una entrega en usufructo. Argumento ex artículo 161 del Código civil. Vid. la nota 31.

(35) DE CASTRO: “La falta de concreción del artículo 160 ha permitido que otras disposiciones legales (sobre Caja Postal de Ahorros, Instituto Nacional de Previsión, Contrato de trabajo) y la práctica general, le utilicen con arreglo a las circunstancias para ampliar el mínimo de actos que el menor puede realizar con plena eficacia. Para ello, del hecho que el hijo gestiona cierto asunto por sí mismo, se deduce la presunción del consentimiento paterno (a tal efecto y medida). En estos casos, como en otros en que sin haber tampoco verdadera vida económica separada el menor habita en otro lugar o dispone de ciertos medios económicos a su arbitrio (por orden, o autorización del padre, también en este caso del tutor), juega otra presunción, la de un permiso o autorización para realizar los actos correspondientes al modo de vivir (ámbito de libertad, medios) de que se trate”. *Compendio de Derecho civil*. 5.^a ed. Madrid, 1970. Vid. pág. 198.

Las sumas impuestas directamente en la Caja por un menor o por un tercero en su nombre, y los intereses que devenguen, se considerarán siempre adquiridos con su trabajo o industria o a título lucrativo.

En su consecuencia, para el efecto de sus relaciones con la Caja, se reputará a los menores como emancipados correspondiéndoles el dominio, el usufructo y la administración de las cantidades depositadas” (tres primeros párrafos del artículo 17).

“Los menores de edad podrán solicitar sus reingresos sin la intervención de los padres o representantes legales, reputándoseles como emancipados en sus relaciones con la Caja postal” (párrafo 1.º del artículo 41).

Quizá se ha pretendido con tales presunciones salvar en todo caso las operaciones de la Caja Postal de Ahorros de cualquier tipo de impugnación, pero la redacción resulta claramente exorbitante en su referencia a la emancipación y al usufructo. Como decíamos, bastaría con entender que el menor cuenta con una autorización correspondiente para manejar las cantidades depositadas. Ahora bien, no cabe olvidar que esta consideración de “emancipaciones” parciales ha venido en cierto modo fomentada por la interpretación restrictiva del artículo 160 anteriormente expuesta.

El artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo presenta un buen ejemplo de lo que, a mi entender, resulta suficiente para legitimar plenamente la actuación de un menor dentro de un sector, incluso tan importante en este caso como el laboral (por afectar no sólo al ámbito patrimonial, sino también al personal):

Si el representante legal de una persona de capacidad limitada la autoriza expresa o tácitamente para realizar un trabajo, queda ésta también autorizada para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se deriven de su contrato y para su cesación. La autorización, no obstante, podrá ser condicionada, limitada o revocada por el representante legal”.

V. RAZONES QUE ABONAN UNA INTERPRETACION MAS AMPLIA

Como hemos estudiado, la interpretación restrictiva sobre la independencia realmente concedida al hijo no emancipado en la segunda parte del artículo 160 del Código civil recibe su principal apoyo de la interpretación histórica del mismo. También recibe un importante apoyo, aunque sea *a sensu contrario*, del rechazo de la primera interpretación expuesta, que considera al menor de vida independiente como un menor emancipado.

Sin embargo, dicha interpretación restrictiva no resulta satisfactoria hoy en día. La letra del artículo 160 permite una interpretación más amplia del precepto legal y no hay razón para rechazarla. Por el contrario, existe un buen número de argumentos a favor de la misma.

En efecto, en primer lugar, la consideración económica, social y jurídica del menor de edad ha cambiado mucho desde la fecha de promulgación de nuestro Código civil hasta nuestros días, lo que se confirma con la evolución legislativa por lo que se refiere a la fijación de determinadas capacidades especiales, así como de la mayor edad. En segundo lugar, la interpretación del artículo 160 que tratamos de impugnar da lugar a situaciones que resultan manifiestamente injustas. En tercer lugar, no parece que el mismo legislador de 1889 fuese claramente ajeno a una nueva valoración de la situación creada por la vida independiente del hijo menor no emancipado frente a las limitadas construcciones históricas sobre los peculios; y, en todo caso, dicha valoración tiene cabida en la redacción dada por aquél a los preceptos en cuestión. Finalmente, conviene no olvidar la posibilidad de ir homogeneizando el ordenamiento civil de nuestro Estado cuando ello resulta posible sobre la base de los textos legales ya existentes.

Un ejemplo sumamente expresivo del cambio que se produce en poco tiempo con respecto a la consideración del menor de edad lo encontramos comparando el amplio reconocimiento de capacidad que, como hemos visto, concede el Reglamento de la Caja Postal de Ahorros de 13 de enero de 1916 al menor de edad no emancipado, con la actitud adoptada frente al mismo por la Ley de 27 de febrero de 1908, que crea el Instituto Nacional de Previsión:

“Para disfrutar de las bonificaciones del Fondo general se requiere ser español, mayor de 18 años y residentes en España” (artículo 22, párrafo 1.º).

“El menor de edad y la mujer casada podrán solicitar a su nombre libretas de renta vitalicia a capital reservado, sin necesidad de ninguna autorización o consentimiento.

Para retirar alguna cantidad por razón de dicha libreta, necesitará el menor de 18 años autorización por el orden siguiente: del padre, de la madre, del abuelo paterno o del materno, del tutor, y a falta o en ausencia de ellos, de las personas o instituciones que hayan tomado a su cargo la manutención o el cuidado del menor...” (artículo 27, párrafos 1.º y 2.º).

Obsérvese que este cambio radical de criterio legislativo se opera en el brevísimo plazo de ocho años.

Pero abandonemos el terreno de la anécdota para contemplar brevemente la valoración jurídica de la capacidad del menor en algunos de los más importantes sectores de la realidad social.

Por lo que se refiere a la capacidad de actuación del menor frente a los diversos órganos del Estado, ya no parece ser criterio del legislador el adoptado en el artículo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”.

Frente a él se va extendiendo una nueva actitud recogida ya en varios preceptos que afectan a parcelas importantes de la actuación jurídica de las personas:

“Tendrán capacidad de obrar ante la Administración pública, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, la mujer casada y los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos cuya actuación está permitida por el ordenamiento jurídico administrativo sin la asistencia del marido o persona que ejerza la patria potestad o tutela, respectivamente” (artículo 22 de la Ley de Procedimiento Administrativo).

“Tendrán capacidad procesal ante la Jurisdicción contencioso-administrativa, además de las personas que la ostenten con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil, la mujer casada y los menores de edad en defensa de aquellos de sus derechos cuyo ejercicio está permitido por el Ordenamiento Jurídico Administrativo sin la asistencia del marido o persona que ejerza la patria potestad o tutela respectivamente” (artículo 27 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa).

“Quienes tienen capacidad para realizar un acto civil, la poseen para todas las actuaciones registrales relativas al mismo” (artículo 3.º del Reglamento del Registro Civil).

“Podrán comparecer como litigantes en causa propia ante las Magistraturas de Trabajo, además de las personas comprendidas en el artículo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los trabajadores de ambos sexos mayores de dieciocho años...” (artículo 9.º de la Ley de Procedimiento Laboral).

En todos estos preceptos se concede capacidad al menor para obtener el reconocimiento estatal correspondiente de aquellas situaciones jurídicas para las que el ordenamiento le otorga plena capacidad de obrar. A ello responde la fijación de los dieciocho años en el artículo 9.º de la Ley de Procedimiento Laboral, puesto que “Podrán contratar la prestación de sus servicios: a) Los mayores de dieciocho años, por sí mismos, vivan o no vivan con sus padres” (artículo 11

de la Ley de Contrato de Trabajo) (36). Capacidad laboral de los menores que es especialmente relevante en cuanto afecta a la enorme mayoría de las personas que han alcanzado dicho límite de los dieciocho años.

Pero no sólo es importante atender a estos datos en los que se fija normalmente la doctrina civilista al estudiar la mayor y la menor edad. A la hora de adoptar una postura que favorezca la potenciación de la capacidad de los menores (en especial la de los mayores de dieciocho años) —naturalmente dentro del margen de los textos legales vigentes— me parece importante no perder de vista la relevancia de la edad a efectos penales y militares (37). Resulta que al llegar a los dieciocho años se alcanza la plena responsabilidad penal, ya que a partir de entonces la edad no funciona ni siquiera como circunstancia atenuante (artículo 9.º, circunstancia 3.ª del Código penal). Y resulta también que con dieciseis años se ingresa como voluntario en el ejército (38), y con diecinueve se comienza el Servicio

(36) Artículo 3.º del Código civil italiano: "Il minore che ha compiuto gli anni diciotto può prestare in proprio lavoro, stipulare i relativi contratti ed esercitare i diritti e le azioni che ne dipendono, salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore".

LIGUORI/DISTASO/SANTOSUOSSO: "Nella *Relazione ministeriale al codice civile* al § 36 si legge il riconoscimento al diciottenne della capacità professionale "attua una giusta differenziazione fra coloro ché pur avendo compiuto l'età di diciotto anni, non pongono in essere alcuna attività professionale e permangono sotto la vigilanza di chi esercita la patria potestà e la tutela, e coloro che esercitando invece un'attività lavorativa dimostrano di aver raggiunto un grado di maturità psichica meritevole di particolare considerazione". E la stessa relazione prosegue aggiungendo che "non si è creduto conveniente di attribuire al genitore o al tutore la facoltà di opporsi alla scelta della occupazione effettuata dal minore. E ovvio che il padre o il tutore normalmente esercita sul minore l'autorità morale necessaria per distoglierlo da occupazione dannosa o comunque sveniente: onde non si vede la necessità di conferire loro un vero e proprio potere inibitorio, che in pratica potrebbe rendere vana la piena autonomia accordata al minore per quanto riflette l'attività lavorativa". *Commentario del Codice Civile*. Libro I. Tomo I. Torino, 1966. Vid. págs. 127-128. Nota 5.

(37) Lo que aparece reflejado en el segundo párrafo de la Exposición de Motivos del Decreto-Ley de 7-III-1937, que concede la emancipación a los mayores de dieciocho años alistados en el Ejército en tiempo de guerra: "..., y admitida la plena responsabilidad penal para los mayores de dieciocho años, edad en que el voluntario para empuñar las armas puede legalmente serlo, no es justo que, quien trata de cumplir el más sagrado de los deberes, y es susceptible de emancipación civil, se vea entorpecido por una causa ajena a su voluntad o por el ejercicio de acciones de individual indecisión del sujeto, siquiera sea en razón al sentimiento patriótico que la determina y por causas circunstanciales o de carácter nacional".

(38) Artículo 50 de la Ley de 27-VII-1968, reguladora del Servicio Militar: "El voluntariado normal se reclutará mediante selección realizada por el Ejército respectivo entre los que concurren a las convocatorias que se publiquen y reúnan las condiciones siguientes: b) Cumplir como mínimo diecisiete años en el de ingreso y no haber pasado su reemplazo a la fase de distribución del contingente obligatorio".

Militar obligatorio (39), quedándose así sometido a la disciplina militar y al Código de Justicia Militar (40).

Se podrá argüir que estos elementos no constituyen nuevos datos legislativos, y así es. Pero también parece cierto que subsisten en un nuevo contexto social, en el que los conceptos de responsabilidad y de libertad se encuentran estrechamente unidos: sólo cabe restringir la capacidad cuando se compagina coherentemente con una disminución de la responsabilidad. Pues bien, es evidente que esa coherencia no existe cuando un ordenamiento considera apto a un mayor de dieciocho años para hacer la guerra, para infligirle cualquier tipo de penas como consecuencia de sus actuaciones delictivas, para vender su fuerza de trabajo (el bien material más importante de que dispone cualquier persona), para realizar toda suerte de actividades peligrosas y de las que pueden derivar graves responsabilidades (41) y, al mismo tiempo, le niega normalmente la plena capacidad personal y en todo caso plena capacidad patrimonial (ya que en el mejor de los supuestos le somete a las restricciones de los artículos 317 y 688 del Código civil). Es sumamente chocante la preocupación que muestra nuestro Ordenamiento por los préstamos y la enajenación de bienes inmuebles, o por los testamentos ológrafos, frente a su relativa despreocupación por problemas que afectan directamente a la vida de las personas. Revela esta comparación un desajuste que nos gustaría ver legislativamente salvado en un próximo futuro, tal y como cabe esperar de la evolución que ha sufrido el Ordenamiento español en estas materias.

En efecto, nuestro Ordenamiento no sólo ha ido fijando capacidades especiales para los menores de edad en los sectores en los que ésto resultaba más acuciante por el desarrollo económico-social, como hemos visto más arriba, sino que ha alterado el mismo límite de la mayor edad. La Ley de 13 de diciembre de 1943 sobre la fijación

(39) Artículo 14, párrafo 1.º, de la Ley de 27-VII-1968: "A los efectos de esta Ley se entenderá por reemplazo anual el conjunto de individuos que en el año cumplan veinte de edad y..."

(40) Aunque no quepa deducir ninguna conclusión clara de ello, tampoco está de más recordar la edad que los textos constitucionales han ido señalando para marcar la mayoría de edad de nuestros monarcas: dieciocho años en las Constituciones de 1812 y 1869, y en el Estatuto de Bayona; catorce años en las Constituciones de 1837, 1845 y 1856 (debido sin duda a la edad de Isabel II); dieciséis años, finalmente, en la Constitución de 1876 (posible reacción frente a la Constitución de 1869). Puede, pues, aventurarse que la mayor edad *normal* (sin factores históricos distorsionantes) de nuestros monarcas desde el siglo XIX fueron los dieciocho años. Y no se olvide que, como monarcas absolutos, no sólo reinaban, sino que también gobernaban.

Tampoco creemos que pueda calificarse de normal la edad de treinta años establecida en el artículo 9.º de la Ley de 26-VII-1947 de Sucesión en la Jefatura del Estado.

(41) Así, conducir un vehículo (Vid. los artículos 262, 264, 265 y 272 del Código de la circulación, por lo que a la obtención de permisos y licencias de conducción se refiere) o practicar la caza (Vid. los artículos 3 de la Ley y del Reglamento de caza).

de la mayoría de edad civil rebajó ésta a los veintiún años frente a los veintitrés años adoptados en el artículo 320 del Código civil. Pero, a pesar del estilo grandilocuente de su Exposición de Motivos, quizá el legislador se quedó corto en su reforma, puesto que no hizo sino equiparar la mayor edad española con la que se disfrutaba ya en los demás países europeos, precisamente en un momento en el que había que ir pensando en una nueva reducción de esa mayor edad tal y como lo demostró posteriormente el legislador español con las normas especiales citadas y algún legislador extranjero con la reciente fijación de la mayor edad en los dieciocho años (42).

Una valoración de la situación a que conduce la interpretación restrictiva del artículo 160 (segunda parte) aquí combatida no puede olvidarse de sus repercusiones sobre el usufructo legal de los padres establecido en la primera parte del mismo artículo. Todo aquello que no sea entregado o dejado al menor para su administración autónoma seguirá siendo usufructuado por los padres. Es oportuno, pues, preguntarse sobre las razones que abonan la subsistencia parcial del usufructo legal de los padres.

La doctrina ha adoptado diversas posturas en torno al fundamento del usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos sometidos a la patria potestad (43). Para unos, se persigue con él

(42) Así, en Gran Bretaña, con la Family Law Reform Act de 1969.

(43) Hay quien mantiene una postura manifiestamente contraria al mismo. Así, MAZEAUD/DE JUGLART. *Leçons de Droit Civil*. T. I. 4.^a ed. V. 3.^o. París, 1970: "En conférant le droit de jouissance légale au *paterfamilias*, Constantin n'a pas pourvu celui-ci d'un droit nouveau; il a, au contraire, portant une première atteinte à l'absolutisme de la *patria potestas*, retiré au *pater* une partie de ses prérogatives qui auparavant étaient celles d'un propriétaire sur certains des fils de famille; il n'a laissé subsister que le droit d'usufruit, qui correspondait à l'idée que l'on se faisait encore de l'autorité paternelle.

Aujourd'hui, l'autorité paternelle n'est plus un droit pour le père, mais une fonction qu'il exerce dans l'intérêt de l'enfant; il semble donc que le droit de jouissance légale ne soit plus qu'un anachronisme. On peut cependant plaider en faveur de son maintien, car il légalise une situation de fait: l'absence des comptes tenus par les parents. Il faut, d'ailleurs, reconnaître que, dans la pratique, les comptes ne sont pas mieux tenus quand l'enfant atteint dix-huit ans" (pág. 516).

"Malgré le rôle égalitaire que peut être appelé à jouer le droit de jouissance légale, la Commission de réforme du Code civil réclame sa disparition; du moins précise-t-elle que le père peut prélever sur les revenus de l'enfant les sommes nécessaires à son entretien (art. 581). La Faculté de droit de Paris, consultée sur l'avant-projet de la Commission, s'est, au contraire, prononcée pour le maintien du droit de jouissance légale" (pág. 518).

BAVIERA combate esta misma tendencia restrictiva en la doctrina italiana: "Pur rinviando alle trattazioni citate in nota per l'esame più approfondito della regolamentazione dell'usufrutto legale, è opportuno accennare tuttavia ad alcune affermazioni che, valorizzando eccessivamente la funzione strumentale dell' istituto, pervengono in definitiva alla sua negazione.

Si è infatti sostenuto che, poichè l'art. 147 cod. civ. impone ai genitori l'obbligazione di mantenere e istruire la prole, vincolando a ciò le sostanze dei genitori, costoro debbono destinare a tale scopo i propri beni, e, solo in mancanza, possono erogare le rendite del figlio.

conceder a los padres una contraprestación por los deberes derivados de la patria potestad: alimentar a los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos (artículo 155, número 1.º) (44). Evidentemen-

Nella prima ipotesi quindi i redditi del figlio dovrebbero essere accantonati e capitalizzati. Si aggiunge ancora che in nessun caso tali rendite possono essere utilizzate dal genitore, il quale in conseguenza, non avrebbe un diritto soggettivo (anche perchè indisponibile) ma solo un *officium*.

Una tale costruzione, che identifica l'usufrutto legale con il potere di amministrazione, ed in conseguenza lo distrugge, non può accettarsi. Essa infatti si fonda su una assoluta prevalenza dell'articolo 148 cod. civ. sull'art. 324, mentre al contrario le due norme debbono coordinarsi.

Chè, se è vero che l'art. 148 cod. civ. impone ai coniugi il dovere di provvedere con i propri beni ai bisogni del figlio, non è men vero che l'art. 324 cod. civ. attribuisce al genitore esercente la patria potestà l'usufrutto sui beni di lui, e cioè, secondo il valore che il termine usato dal legislatore ha in altra sede dello stesso codice, e secondo il significato tecnico-giuridico e comune di esso, gli conferisce la proprietà dei frutti prodotti dai beni del figlio. La limitazione di tale statuizione generale alla sola ipotesi di fatto in cui manchino beni propri ai genitori è certamente arbitraria e viola la lettera e lo spirito della legge.

Peraltro è da notare che il capoverso dello stesso art. 324 cod. civ. introduce delle limitazioni ed eccezioni al principio, il quale deve avere applicazione al di fuori di ogni altra eccezione, quale non può esser considerata la statuizione dell'art. 148 cod. civ. che è invece norma generale.

Conferma di quanto sostenuto si trova osservando l'incidenza del dovere e del diritto: questo è conferito al genitore esercente la patria potestà, quello ad entrambi i genitori e subordinatamente agli ascendenti. Non può quindi l'una norma influire sull'altra". *Diritto minorile*. Milano, 1965. Vid. páginas 624-625.

(44) DÍAZ GUIJARRO/MARTÍNEZ RUIZ. Op. cit.: "... si el hijo, con consentimiento de los padres, viviere independientemente de éstos, tendrá sobre los bienes que adquiera en la forma antes expresada, no sólo la propiedad, sí que también el usufructo y la administración. Esta diferencia de criterio se explica perfectamente con sólo considerar que entonces el hijo lo que adquiere por su trabajo, industria o título lucrativo, lo que necesita para su propio sostenimiento, y que entonces no goza de los beneficios de la vida en familia". (Vid. pág. 290).

"De cuanto se deja expuesto se deduce que el derecho de usufructo, aunque cede en beneficio de los padres, responde según se deja indicado, a cubrir las propias necesidades del hijo y a sufragar los gastos de su alimentación, educación e instrucción, según el artículo 155 del Código; constituyendo de este modo tal usufructo un derecho, y al mismo tiempo el cumplimiento de un deber, hasta el punto de que... el deber se antepone al derecho, de tal suerte, que en concurrencia el hijo con los acreedores del padre, tiene aquél preferencia sobre éstos en el mencionado usufructo, no siendo embargable ni respondiendo a terceras obligaciones más que en la parte que se justifique no es necesario para cubrir las necesidades del hijo" (Vid. pág. 291).

En el mismo sentido, Vid. CODERCH MANAU, *Tratado de la menor edad*. Barcelona, 1917. Vid. págs. 28-29; LEHMANN, *Derecho de Familia*. V. IV. Traducción de la 2.ª ed. alemana por J. M. NAVAS. Madrid, 1953. Vid. página 321; MANRESA, *Comentarios...* Vid. págs. 54-55; OYUELOS, op. cit. Vid. página 269; PORCEL Y SOLER. *Estudio sobre la patria potestad*. Vid. pág. 106.

STS. de 7 de julio de 1892: "Considerando que, según el artículo 65 de la Ley de Matrimonio Civil, corresponde al padre, y en su defecto a la madre, el derecho a usufructuar los bienes privativos de sus hijos no emancipados, en cuanto ejerzan sobre ellos la patria potestad; y siendo esta potestad, no la mera condición de padre, el título en virtud del cual se adquiere aquel derecho, claro es que no se ha establecido en provecho personal y exclusivo del

te esta explicación resulta excesivamente simplista y no justifica que los padres hagan suyos los frutos cuyo valor supere el de las prestaciones enumeradas (45). Pero, en todo caso, lo que parece claro es

usufructuario, sino en beneficio de la familia por él regida y con el fin principal de ayudarle a levantar las cargas inherentes a la patria potestad, entre las cuales se cuenta la de criar, alimentar y educar a la prole; resultando por ello subordinado el goce de aquel derecho al cumplimiento de este deber, cuya subordinación es tanto más evidente cuanto que por el solo objeto de que en todo caso pueda hacerse efectiva anteponiendo el cumplimiento de las obligaciones familiares a las personales del usufructuario, ha declarado el artículo 108 de la Ley Hipotecaria que esta especie de usufructo no es hipotecable”.

STS. de 27 de septiembre de 1893: “Considerando que, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 7 de julio de 1892, el usufructo establecido por la ley a favor del padre o de la madre, en virtud de la patria potestad que ejercen sobre sus hijos, se halla, por su naturaleza, primordialmente afecto al cumplimiento del deber de crianza, alimentación y educación de éstos, constituyendo, consiguientemente, tal obligación un título del mejor derecho de los hijos a ser atendidos con el importe de dicho usufructo sobre el de cualquier otro acreedor ordinario, por razón de deudas que la sociedad legal, o bien el padre o la madre, hayan podido contraer respectivamente”.

En esta misma línea se colocan expresamente los artículos 385 del Código civil francés, 325-326 del Código civil italiano, 293 del Código civil suizo. Asimismo, la disposición transitoria 5.^a del Código civil.

(45) VALVERDE: “Pothier cree que el usufructo legal no es más que la compensación que reciben los padres por la educación que tienen que dar a los hijos, pero como se comprenderá, la compensación dicha está en oposición a la naturaleza del deber de educación, que siendo de carácter moral, no es susceptible de ser compensado con dinero. Proudhon, Laurent y Toullier vienen en sustancia a defender idéntica tesis, considerando al usufructo como un derecho pecuniario, y en el mismo concepto la estima la relación ministerial del código italiano. Mas dada la índole de la patria potestad en el derecho moderno siendo ésta una institución protectora establecida en bien del hijo y no un derecho del padre, el usufructo legal no puede tener el concepto de un derecho pecuniario, sino de un atributo de la patria potestad.

Considerando el usufructo como una ventaja pecuniaria, no del hijo, sino del padre o de la madre, no se puede justificar, según advierte atinadamente Lomonaco y, por consiguiente, de su concepto ha de excluirse toda razón económica de los deberes del padre de familia, considerándola por lo mismo una institución basada en una idea altamente moral y como un medio para conseguir la realización de los fines que incumben al ejercicio de la patria potestad (Nota 1: Aunque el Código civil nuestro tiene la tendencia de asimilar el usufructo legal y el voluntario y la Sentencia de 27 de febrero de 1893 establece que el padre o madre que percibe el usufructo una vez satisfechas con las rentas e intereses de los bienes las atenciones del menor, según su posición social, el sobrante de dichas rentas corresponden al padre usufructuario, preciso es decir que ésta es doctrina contraria a la naturaleza del usufructo del padre que ejerce la patria potestad y opuesta a los principios más elementales de moral. El padre tiene el usufructo como atributo de la patria potestad, y ésta se da más bien que como un derecho del padre como una obligación y un deber en beneficio de los hijos, por consiguiente es notoriamente inmoral que el padre en el ejercicio de esa función protectora y de interés público se enriquezca a costa de sus propios hijos, pues desde el punto de vista económico, si la doctrina de la sentencia aludida se mantiene, resultarán los hijos más perjudicados con la patria potestad que si estuvieran sometidos a tutela, porque el tutor no podría percibir más que el tanto por ciento asignado como retribución. Preciso es, pues, rectificar esa orientación que se da al usufructo legal, tanto más si se tiene en cuenta que aun dentro de

que esta justificación de la contraprestación no vale para el supuesto que consideramos. En la vida independiente el menor tiene plena autonomía económica frente a sus padres; vive con total independencia de ellos, aunque *circunstancialmente* siga habitando en el mismo domicilio. Consecuentemente ha dejado de beneficiarse de los deberes que podrían fundamentar la continuación del usufructo legal de los padres, aunque sólo fuese sobre una parte de su patrimonio.

Una segunda explicación de dicho usufructo legal que resulta más coherente, hace referencia a la misma unidad de vida que constituye la familia para todos sus miembros (46). De la que deriva el deber para todos sus miembros de aportar medios económicos en la medida de sus fuerzas y de sus patrimonios. Así pues, el usufructo legal de los padres correspondería, bajo este punto de vista, a la vida comunitaria característica de la familia (47). Ahora bien, de nuevo en nuestro supuesto vemos cómo quiebra esa vida comunitaria con respecto al menor que se independiza.

En la misma línea argumental se encuentra la alusión a la igualdad del nivel económico de todos los miembros de la familia (48).

nuestra legislación tiene características como la de la inalienabilidad, la de no ser susceptible de hipoteca y la de ser personalísimo que le diferencian fundamentalmente del usufructo voluntario. Es más, en la doctrina científica hasta se niega el carácter de real al usufructo familiar por ciertos autores, y alguno como Dernburg, dice que el disfrute paterno y matrimonial son derechos cercanos al usufructo...). Op. cit. Vid. págs. 508-509.

BAVIERA: "Ed ancora: l'art. 325 cod. civ. disponendo che debba gravare sull'usufrutto legale l'onere per il mantenimento, l'educazione e l'istruzione del figlio, lo pone sullo stesso piano di tutti gli altri pesi inerenti all'usufrutto ordinario, implicitamente disponendo che il genitore può rivo.gere a proprio vantaggio le rendite dopo avere adempiuto quei doveri, e nel contempo, che la soddisfazione di quei bisogni trova la sua prima fonte in tale cespiti.

In conclusione deve riconoscersi all'usufrutto legale una particolare natura che lo pone, rispetto all'usufrutto ordinario, in rapporto di specie a genere; che gli attribuisce funzione strumentale perche diretto in primo luogo al soddisfacimento dei bisogni della famiglia, pur senza perdere la natura di diritto reale e di diritto soggettivo del genitore.

Per i principii e le regole particolari enunciate, si determina in realtà una forma di confusione dei redditi del figlio con quelli del genitore, il quale amministra i primi per un titolo proprio, oltre che come rappresentante del figlio; la principale conseguenza (che ne è al contempo il principio informatore) e che non può essere chiamato a rendere conto della destinazione dei frutti pur essendo per altro senso tenuto ad adempire, in primo luogo e in modo confacente, gli obblighi fondamentali verso il figlio". *Diritto minorile*. Milano, 1965. Vid. págs. 625-626.

(46) El artículo 166 constituye un argumento a favor de esta justificación del usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos. En efecto, tanto el hijo natural como el adoptivo disfrutan sólo de un "status filii" y no de un "status familiae". Por lo que resulta lógico que, al ser exclusivo de la unidad familiar, ésta no puede beneficiarse de sus bienes a través del usufructo de los padres.

(47) CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad*. Madrid, 1960. Vid. página 270-271.

(48) GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*. München/Berlin, 1964. Vid págs. 594-595; ROYO MARTÍNEZ: "Es, ante todo, de señalar que el Código no establece la necesidad de que haya proporción alguna entre los frutos que

Pero dicha igualdad sólo funciona plenamente cuando subsiste la unidad familiar. Una vez rota ésta con respecto a algún miembro, ya sólo se mantiene de una forma mucho más atenuada, a través del deber de alimentos (artículos 142 y siguientes del Código civil) (49).

Permitiendo que los padres se reserven la administración de los bienes que crean oportuno y, en especial, los que procedan de adquisiciones a título gratuito, tal y como propugna la interpretación restrictiva del artículo 160 del Código civil, se les concede una auténtica renta a título gratuito, cuya cuantía depende de su arbitrio y que incluso podrán aumentar o disminuir según sus necesidades, entregando bienes o exigiendo su devolución al hijo menor. Condicionando de esta forma el nivel económico del mismo y restringiendo precisamente aquella parte de su patrimonio (la recibida a título gratuito) que le permitiría elevar la posición económica y social ya alcanzada con su trabajo. Y no se olvide que se trata de un menor que está demostrando día a día su capacidad de autogobernarse, es decir, de ser considerado como mayor. Por lo que cualquier referencia a la necesidad de controlarle parece inoportuna si no se matiza adecuadamente.

Cierto que se podría pensar que en tal caso los padres sólo conservarían la administración, pero no el usufructo. Sin embargo, el tenor literal del artículo 160 no permite semejante distinción. Al hablar de los bienes del menor en su segunda parte ("dichos bienes"), les concede un régimen unitario (el menor será considerado como emancipado a los efectos relativos a los mismos, "y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración"). Los bienes excluidos de este régimen se verán sometidos al de los artículos 159 y 160 (primera parte): administración y usufructo del padre (o madre).

el progenitor que desempeña la patria potestad perciba por virtud del usufructo legal que le corresponde y el valor atribuible a la carga que pueda representar el cuidado, alimentación y educación del hijo. Parte de nuestra doctrina prueba esta omisión del Código, pues, en los supuestos de hijo muy rico, permite que el padre reciba mucho más de lo que ha de dar. En general, no comparto este criterio, y estimo aceptable la solución del Código, de una parte porque en el seno de la comunidad familiar reducida (cónyuges e hijos menores) es de desear la unidad en el tono de vida, y el usufructo paterno permite que ambos cónyuges y todos los hijos, tanto el hijo rico, si lo es uno sólo, favorecido por donación o herencia cuantiosa, como los restantes hermanos guarden ese nivel común; y de otra parte, porque si no se limitan los deberes de los padres respecto del hijo sin bienes propios, no sería equitativo establecer lo contrario cuando la hipótesis sea opuesta". *Derecho de Familia*. Sevilla, 1949. Vid. pág. 300.

En el mismo sentido COMAS, op. cit. Vid. págs. 356-360.

(49) En contra, DE CASTRO: "También sería contradictorio, con el fin del usufructo legal del padre, el que por la vida independiente del hijo hayan de entregársele todos los bienes que le pertenezcan a título lucrativo; pues el usufructo en nuestro Derecho no se establece como correlativo de los alimentos prestados por el padre al hijo que vive en su compañía, sino en beneficio de toda la familia regida por el padre (art. 1.403 C. c., Ss. TS 7 de julio 1892 y 27 septiembre 1893)". Op. cit. Vid. pág. 195. Nota 4.

Semejante interferencia de los padres en los bienes del menor de vida independiente, propugnada por la interpretación contraria al reconocimiento de una emancipación del mismo, parece especialmente inícuca si se piensa que aquéllos están libres en este supuesto de la más mínima responsabilidad extracontractual por las actuaciones del menor, única vía por la que su patrimonio personal se podría ver afectado como consecuencia de la subsistencia de la patria potestad.

En efecto, el artículo 1.903 establece la responsabilidad extracontractual de los padres por los perjuicios causados por los hijos, basándose en una presunción de culpa *in vigilando* (último párrafo). Por ello, el párrafo 2.º del artículo 1.903 se refiere a los hijos que viven en compañía de sus padres. Ciertamente que ello no permite liberarse automáticamente de esa responsabilidad con un simple alejamiento fáctico del hijo menor. En este sentido, la doctrina entiende correctamente que la responsabilidad se extiende a aquellos supuestos en que subsista el deber de vigilancia del menor en base a lo establecido en el artículo 155, número 1.º. Y así parece que debe entenderse también la primera regla del artículo 20 del Código penal, a pesar de su tenor literal ("los que los tengan bajo su potestad o guarda legal"). Pero precisamente en el caso de vida independiente cesan los deberes enumerados en el artículo 155, número 1.º, de los que deriva el deber de vigilancia del hijo sometido a patria potestad. Con lo que deja de funcionar el presupuesto de aplicación de esa responsabilidad extracontractual de los padres por los actos del hijo... Y sin embargo, seguirán gozando del usufructo legal de parte de los bienes de aquél, según la interpretación del artículo 160 que entiendo rechazable.

Ciertamente que damos por sentado que la vida independiente del hijo esté basada en una autorización justificada del padre (o madre) y no en una actitud de abandono para liberarse de los deberes propios de la patria potestad (50). En tal caso, entendemos que la realización de un acto delictivo o cuasidelictivo por parte del menor no viene a demostrar necesariamente la inoportunidad de aquella autorización.

Frente a la interpretación histórica del artículo 160 del Código civil se puede oponer también la duda sobre el alcance que nuestros codificadores quisieron dar a esta situación de vida independiente del menor no emancipado. ¿La redacción del artículo 160 se debe a una defectuosa transcripción de los preceptos correspondientes de la Ley de Matrimonio Civil o, por el contrario, las diferencias frente a aquélla fueron conscientes y queridas? No es fácil dar una contestación firme a semejante interrogante. Pero, en todo caso, se puede poner en duda la existencia de una clara y firme voluntad de los redactores del Código civil para recoger *exactamente* en él nuestro Derecho histórico sobre los peculios con las modificaciones introducidas

(50) Lo que constituiría además una falta. Artículo 584, número 5.º y 6.º del Código penal.

en el mismo por la Ley de Matrimonio Civil de 1870. Baste para ello con apuntar tres observaciones.

La actitud que adopta nuestro Código civil frente al hijo no emancipado que trabaja (en el sentido genérico de la palabra) es muy distinta a la que adopta frente al que no trabaja. Lo que fácilmente se aprecia al fijar en uno y otro caso los límites de la facultad que tiene el titular de la patria potestad de castigarles moderadamente. Así vemos que el artículo 157 del Código civil prevé el control judicial de las medidas de detención correccional que el artículo 156, párrafo 2.º brinda al padre (o madre) “cuando el hijo no emancipado ejerza algún cargo u oficio”: “...el padre o la madre... tendrán que manifestar al Juez los motivos en que fundan su acuerdo de castigarle; y el Juez oír, en comparecencia personal, al hijo y decretará o denegará la detención sin ulterior recurso”. En cambio, en los demás casos bastará “la orden del padre o madre, con el V.º B.º del Juez, para que la detención se realice”.

Esta distinción resulta sumamente reveladora si acudimos a sus antecedentes históricos. Se encuentran en los artículos 147 y 148 del Anteproyecto de 1851, de donde pasa dicha regulación a los artículos 123 y 124 del Anteproyecto del Código civil de 1882-1888. Se trata de preceptos sin raigambre jurídica en nuestro país, ya que proceden del Código civil francés (artículos 375 y siguientes), que se había propuesto reforzar de esta manera la facultad de castigar, inherente a la patria potestad, a cambio de eliminar la facultad de castigar corporalmente a los hijos, tradicionalmente atribuida al padre. En él se establece también la excepción de control judicial cuando el menor ejerce cualquier tipo de actividad lucrativa (51). Pero lo que parece especialmente significativo es que precisamente el usufructo legal (y, según cabe deducir, la administración) de los bienes que proceden de tales actividades corresponden excepcionalmente al hijo y no a los padres. Y este es el régimen recogido y ampliado por el Anteproyecto de 1851 para los mismos bienes:

“Pertenece al hijo en propiedad y usufructo:

2.º Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, no estando en compañía del padre.

3.º Los bienes que los hijos adquieren por ocasión de la milicia, o con el ejercicio de cargos o empleos civiles, de profesiones o artes liberales” (artículo 154).

“El hijo tendrá también la administración de los bienes comprendidos en los números 2.º y 3.º del artículo anterior, para cuyo efecto se le considerará como emancipado” (artículo 155).

(51) BAUDRY-LACANTINERIE/CHENEUX/BONNOCARRERE, *Traité théorique et pratique de Droit civil. Des personnes*. 2.ª ed. T. IV. Paris, 1905. Vid. págs. 148 y siguientes; LAURENT. *Principes de Droit Civil Français*. T. IV. 3.ª ed. Bruxelles/Paris, 1878. Vid. págs. 371 y siguientes.

Contrariamente a lo que una rápida lectura podría hacer pensar, en los dos números transcritos del artículo 154 del Anteproyecto de 1851 se está haciendo referencia a los peculios castrense y cuasicastrense, aunque este último resulte muy ampliado con el contenido del número 2.º (52). En efecto, la referencia al no estar “en compañía del padre, no tiene nada que ver con la vida independiente del menor, aunque, ya lo veremos más adelante, ha sido esta expresión equívoca la que ha conducido a configurar el supuesto de hecho de la segunda parte del artículo 160 tal y como aparece hoy en día. Con esa expresión, el Anteproyecto de 1851 quiere decir lo mismo que su modelo, el artículo 387 del Código Napoleón: “Elle (el usufructo legal) ne s’étendra pas aux biens que les enfants pourront acquérir par un travail et une industrie séparés...” (53). Luego sólo nos encontraremos con una excepción a la regla de administración y usufructo del padre cuando los bienes del hijo procedan de un trabajo o industria que el hijo ejerza separadamente del padre y no bajo su dirección o colaborando con él. Ese es el sentido verdadero de la equívoca expresión en cuestión: “no estando en compañía del padre”. Y por ello cabe afirmar, como hemos hecho, que el control judicial de la facultad de castigo del padre se relaciona con los peculios castrense y cuasicastrense, es decir, con la situación del hijo menor no emancipado que tiene el usufructo y la administración de determinados bienes de su patrimonio, los obtenidos con su trabajo personal.

Cierto que esto ya no es así, puesto que ahora “los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria... pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o a la madre que le tengan en su potestad y compañía”. Pero la explicación que hemos dado parece demostrar claramente que el trato especial de los hijos que ejercen “algún cargo u oficio” no respondía originariamente a este dato en abstracto, sino a que tales actividades implicaban la administración y el usufructo del peculio correspondiente.

Pues bien, si en esos supuestos la relativa emancipación económica del menor daba lugar a un trato especial, incluso por lo que se refiere a las consecuencias personales de la patria potestad y, concretamente, en aquélla que sanciona la eficacia de las demás (el castigo

(52) Por ello afirmaba GARCÍA GOYENA con respecto al mismo: “El Derecho Romano y Patrio no reconocen esta excepción favorable al hijo, y que tiene por objeto dar alimento al trabajo y a la industria: sin embargo, era más importante y hasta necesaria en aquellos Códigos, puesto que ni la edad ni el matrimonio eran causas de emancipación”. Y con respecto al número 3.º: “los bienes comprendidos en este número formaban por Derecho Romano y de Partidas los peculios llamados *castrense* y *casi castrense*”. *Concordancias...* Vid. pág. 165.

(53) Ya cuando la actividad del hijo no es separada del padre, se entiende que lo producido por él queda incluido en el peculio profecticio (puesto que se trataría en principio de una industria del padre. Vid. LAURENT. Op. cit. pág. 427).

frente a la desobediencia del hijo no emancipado en alguno de los contenidos del número 1.º del artículo 155), ¿no se podrá predicar lo mismo, y de una manera más acentuada, en el caso del hijo que vive independientemente? Si, como parece, en el momento de la codificación se pensaba que un hijo relativamente independizado económicamente se veía sometido a un régimen más atenuado de la patria potestad (en el sentido de un mayor control judicial y, paralelamente, un menor arbitrio del padre o madre titular de aquélla), resulta lógico presumir que en el caso de una total independencia económica el respeto frente al hijo tenía que concebirse como a un mayor y que, por tanto, los poderes del padre o de la madre habrían de limitarse en su ejercicio arbitrario (exento de un control concreto).

La segunda indicación que deseamos hacer nos lleva al estudio del texto del artículo 160 en su primera parte en relación con la segunda. Parece claro que cuando en ésta se habla de “dichos bienes”, se hace referencia a los de la primera parte del artículo, “los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo”, sin excepción (54). En-

(54) MANRESA: “El artículo 160 concede al hijo que, con consentimiento de sus padres, vive independiente de éstos, el usufructo y la administración, no sólo de lo que haya adquirido y adquiriera con su trabajo o industria, sino también por cualquier título lucrativo”. *Sobre la emancipación...* Vid. pág. 308. MUCIUS: “Los bienes que menciona el 160 son los que adquiriera el hijo con su trabajo, industria o por cualquier título lucrativo. Es decir, que el Código ha refundido en una sola doctrina la del peculio adventicio, del castrense y del cuasi castrense. “Por su trabajo”, dice el artículo, esto es, por el ejercicio de cualquier oficio o profesión, y por el desempeño de todo cargo público. En una palabra, por todo lo que gane el hijo por sí, de cualquier modo que sea, con tal que no reconozca como origen el caudal de los padres.

Añade el artículo: “por título lucrativo”, empleando esta palabra en oposición a oneroso, esto es, por donación o herencia, corroborando esto último el artículo 968 del Código al expresar que “el viudo o viuda que pase a segundas nupcias estará obligado a reservar la propiedad... u otro cualquier título lucrativo”. *Código civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial*. T. III. Madrid, 1890. Vid. pág. 285. OYUELOS: “Comprende esta categoría de bienes: los que ganen los hijos por obra de sus manos, por algún menester, por otra sabiduría que hubiese, o por herencia o tesoro, o de otra manera. Esta enunciación corresponde al clásico peculio adventicio, porque venía de fuera y no de los bienes del padre, cabiendo agregar los bienes que adquirieran los hijos por ejercicio de cargos públicos, que antes constituían el peculio castrense o cuasicastrense, conceptos ambos englobados en la regla del artículo 160”. *Digesto*. T. I. Madrid, 1917. Vid. página 268. SÁNCHEZ ROMÁN: “..., no importa para nada la procedencia u origen de los bienes que constituyen el peculio del hijo no emancipado, ya sean producto del trabajo o industria, ya de cualquier título lucrativo. Lo único que el Código distingue en este punto es la situación de convivencia o de vida independiente de los hijos respecto de los padres, y según una u otra hipótesis, reconoce en la primera los derechos de administración (art. 159) y de usufructo (art. 160) al padre o madre que ejerza la patria potestad sobre los bienes del hijo no emancipado y el de propiedad a éste; mientras que en el caso de vida independiente otorga la plenitud de derechos sobre los bienes al hijo...”. Op. cit. Vid. pág. 1151.

En el mismo sentido, PORCEL Y SOLER. Op. cit. Granada, 1902. Vid. páginas 106 y 108.

tender que el legislador sufrió un error incluyendo en esta parte del precepto los bienes adquiridos a título gratuito y que por ello se debe dejar a la decisión de los padres su entrega o no entrega al hijo de vida independiente, parece un razonamiento excesivamente arriesgado desde un punto de vista exegético. Es cierto que el jurista que interpreta un texto legal puede y debe subsanar las erratas que se han producido en su redacción, así como las expresiones totalmente absurdas y carentes de sentido o contradictorias. Pero no parece admisible alterar el tenor literal de preceptos con un sentido coherente y claro, so pretexto de continuidad histórica. El artículo 160 dice con toda claridad que cuando el hijo viva "en potestad y compañía" de sus padres, éstos tendrán la administración y el usufructo de sus bienes. En cambio, cuando el hijo viva independiente (con el consentimiento de sus padres), será él quien tenga la administración y el usufructo de *esos mismos bienes*.

Y esos bienes, a pesar de la posible imperfección del artículo 160 en su descripción, son todos los del hijo no emancipado, aunque es frecuente encontrar una idea difundida entre los comentaristas de dicho precepto, según la cual la administración y usufructo del hijo no emancipado de vida independiente se extiende sólo a los bienes mencionados por el artículo 160 en su segunda parte, permaneciendo los demás en manos (administración y usufructo) de su padre o madre (55). Pero esa referencia a los demás bienes carece de contenido por la sencilla razón de que el artículo 160 comprende todos los bienes del menor. Pienso que, en realidad, la suposición de que hay otros bienes responde, inconscientemente en muchos autores, a una actitud de defensa a favor de la tesis restrictiva, previamente adoptada, sobre el alcance de la vida independiente del menor no emancipado.

Quizá el argumento más decisivo para demostrar que el menor de vida independiente tiene la administración de todos sus bienes se encuentra en la conexión de la segunda parte del artículo 160 con su primera parte, al hablar de "*dichos bienes*". Pues bien, parece claro que la primera parte del artículo 160 atribuye a los padres el usufructo de *todos* los bienes del hijo (con la única posible excepción del artículo 162), de acuerdo con la administración general prevista en el

(55) Así puede deducirse de las explicaciones dadas por ALBALADEJO en torno a este precepto: "Tal capacidad se amplía sólo en el ámbito de *los bienes que el hijo adquiere "con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo"*. Respecto de ellos, pese a tener la misma que si estuviese emancipado...". Y añade: "En todo lo restante (esfera personal, familiar y *patrimonial relativa a los restantes bienes*), la capacidad del menor no se modifica" (el subrayado es mío). Op. cit. Vid. pág. 124.

En el mismo sentido, DE CASTRO: "En la esfera personal y familiar, respecto a los demás bienes, el hijo continúa sometido a la patria potestad." *Derecho civil...* Vid. págs. 197-198. Claro que DE CASTRO concede expresamente un ámbito muy reducido a los bienes adquiridos a título lucrativo afectados por la vida independiente del menor. Vid. Nota 23.

artículo 159, en donde se habla genéricamente de “los bienes de los hijos”; lo que cabe deducir igualmente *a sensu contrario* del artículo 166, que habla también de forma indiscriminada de “el usufructo de los bienes de los hijos”. Por otra parte, ¿qué sentido tendría restringir el usufructo nada más que a los bienes adquiridos con el trabajo o industria, o a título gratuito por el menor?

Pero es que, aún es más, ¿qué bienes quedan *strictu sensu* al margen de la descripción contenida en el artículo 160? En principio, la referencia exclusiva al trabajo o industria no parece cubrir todo el campo de los bienes adquiridos a título oneroso. Pero se trata de una apariencia engañosa. Aplicando, como es lógico siempre que se trata de atribuir un régimen a una determinada masa de bienes, el mecanismo de la subrogación real, veremos que todo bien adquirido a título oneroso procede directa o indirectamente (por sustitución) de bienes adquiridos, o bien con el trabajo o industria del sujeto en cuestión, o bien a título gratuito (56).

Cierto que aún se puede hablar de otros títulos para la adquisición de bienes, como puede ser la causa remuneratoria o la causa justa a que hace referencia el artículo 1.901 del Código civil; pero realmente se trata de vías manifiestamente secundarias, casi podríamos decir que excepcionales, frente a las generales comprendidas en el artículo 160 y, consecuentemente, parece lógico que los bienes conseguidos a través de ellas se incorporen al mismo régimen previsto para los demás. Sólo si sus peculiaridades hiciesen pensar en otra cosa habría razón para no aplicar este principio de que lo secundario sigue a lo principal. Y no creo que éste sea el caso.

Así pues me reafirmo en lo ya dicho. El tenor literal del artículo 160 confía en su segunda parte *todos* los bienes del hijo no emancipado de vida independiente a su administración y usufructo. No parece fácil contrariar esta voluntad del legislador claramente manifestada.

La tercera y última indicación que creo de interés se refiere a los términos que utiliza el artículo 160 para contraponer la situación del hijo en uno y otro caso. Por un lado se habla del padre o madre que tienen al hijo no emancipado en su potestad y compañía; por el otro se habla del hijo que, con consentimiento de sus padres, vive independiente de ellos. Ya hemos señalado cuál es el punto de partida de estas expresiones. Del “*acquérir par un travail et une industrie séparés*” del artículo 387 del Código Napoleón se pasa a la ambigua traducción del “*adquiere con su trabajo o industria, no estando en compañía del padre*” en el artículo 154, número 2.º del Anteproyecto de 1851. Traducción cuya ambigüedad genera ya un precepto de contenido totalmente distinto en el artículo 66 de la Ley de Matrimonio Civil:

(56) BORRELL Y SOLER, Op. cit. Vid. págs. 171-172; SÁNCHEZ ROMÁN, Op. cit. Vid. pág. 1155.

“El padre, y en su defecto la madre, no adquirirán la propiedad, el usufructo ni administración de los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo o industria si no viere en su compañía” (57).

Nuevo sentido que se confirma definitivamente con la redacción dada al precepto en cuestión por el artículo 128 del Anteproyecto de 1882-1888 y mantenida en el artículo 160 del Código civil.

Los intérpretes del artículo 160 suelen considerar un acierto del Código civil, el no condicionar la vida independiente del menor a que no viva en compañía de sus padres (teniendo otro domicilio), pudiéndose así centrar, de esta forma, en lo realmente importante, la autonomía económica (58). En este sentido, la utilización de la expresión “tengan en su... compañía” al final de la primera parte del artículo 160 puede ser considerada como un auténtico residuo de la expresión primaria del Anteproyecto de 1851 (59).

Pero lo que es importante es que de aquel significado inicial de dicha expresión ya no queda nada; hasta el punto de que el Código civil, superando el cambio introducido por la Ley de Matrimonio Civil lo perfila conceptualmente con nuevos caracteres. Así, junto a la

(57) El cambio aparece con mayor claridad si comparamos la expresión utilizada en la Ley de matrimonio civil para describir la sujeción domiciliar del hijo al padre (o madre), contenido de la patria potestad, con la utilizada en el Anteproyecto de 1851. En efecto, el artículo 65 de la primera emplea la expresión que se repetirá para describir la vida independiente del menor (en el artículo 66): “En consecuencia de tal potestad, el padre, y en su defecto la madre, tendrán derecho: Primero. A que sus hijos legítimos no emancipados *vivan en su compañía*, y a...” (el subrayado es mío). En cambio, el artículo 145 del Anteproyecto utilizaba una expresión totalmente distinta, en la que no se hacía referencia al *estar en compañía* introducido en el artículo (en el artículo 154, también en el 152) para configurar el peculio cuasi-castrense del hijo: “El hijo no podrá dejar la casa paterna sin permiso de su padre, mientras estuviese en la patria potestad.”

(58) MANRESA insiste en la separación de domicilios: “Pero, téngase presente que, para que esa especie de emancipación produzca dichos efectos, exige aquel artículo dos requisitos: 1.º, *que el hijo viva con independencia de sus padres*; esto es, en casa aparte, por su propia cuenta, y no en *compañía* de los mismos, pues si sigue viviendo en su compañía, no se realiza tal emancipación, según el mismo artículo.” *Sobre la emancipación...* Vid. pág. 307. ROYO MARTÍNEZ parece considerar también necesarios ambos requisitos: “Trátese aquí de la llamada *emancipación presunta o de hecho*, y, en consecuencia, por “vivir” ha de entenderse no sólo morar fuera del hogar familiar, sino también proveer por sí a sus necesidades.” Op. cit. Vid. pág. 299.

(59) El domicilio separado no implica independencia económica. MANRESA: “Entendemos, sin embargo, que cuando sea contrario al interés del hijo, como el deber (de tener a los hijos en su compañía) se impone precisamente en beneficio de éste (el hijo), podrá el padre disponer que viva separado de su hogar, lo que acontece cuando lo exigen las necesidades de sus estudios o de su profesión. El Código alemán no da lugar en este punto a cuestión alguna, pues obliga únicamente al padre a *fijar el lugar de residencia del hijo* (artículo 1.631). El Código civil italiano de 16 de marzo de 1942 dispone, en su artículo 318, que el hijo no puede abandonar la casa paterna o aquella que el padre le ha destinado.” *Comentarios...* Vid. pág. 29.

utilización residual de la mencionada expresión, surge otra nueva: "tengan en su potestad". Y, lo que parece más importante, es, en principio en esta última donde se centra la descripción que el artículo 160 da de la situación del hijo no emancipado en su primera parte y, por contraposición la de la descripción de la situación del hijo no emancipado en la segunda parte, la del hijo de vida independiente. En efecto, el "*pero*" introductor de esta segunda parte habrá de relacionarse, en principio, más bien con el "tengan en su potestad" que con el "tengan en su... compañía", puesto que ya hemos visto que es opinión pacífica en la doctrina la irrelevancia, de esta segunda circunstancia (60).

Interesa pues saber cuál puede ser el sentido que hemos de atribuir a ese "tengan en su potestad". La expresión se encuentra recogida al comienzo del artículo 154: "el padre, y en su defecto la madre, *tienen potestad*". Ahora bien, parece claro que no puede estar en juego la patria potestad, puesto que el artículo 160, se refiere al "hijo no emancipado" y, por tanto, la referencia a la misma constituiría una redundancia. Además, ya hemos apuntado que el hijo de vida independiente sigue sometido a la patria potestad, puesto que el mismo artículo 160 exige el consentimiento de los padres. Luego parece que la "potestad" del artículo 160 no es la patria potestad. Y sin embargo, la expresión del artículo 160 se corresponde con la del artículo 154.

Podemos apreciar dos circunstancias que nos saquen de este círculo vicioso. En primer lugar, que el contenido típico de esa potestad del artículo 154, el contenido típico de la patria potestad es el desarrollado en el artículo 155. En segundo lugar, que ese contenido típico ya no subsiste más que parcialmente en el caso del hijo de vida independiente. En principio el hijo se va a gobernar a sí mismo a través de su autonomía económica, por lo que el contenido típico de la patria potestad no se está ejerciendo normalmente. Excepcionalmente, el padre (o la madre) ejercerá alguna de las facultades de dicho contenido. Pero esto no es la normalidad en el caso del hijo de vida independiente. Ciertamente que la patria potestad subsiste y, consecuentemente, también subsiste su contenido; pero más bien virtualmente que en ejercicio real del mismo.

(60) Ciertamente que esta nueva redacción dada a la vida independiente del menor en el artículo 160 del Código civil puede venir condicionada por una expresión similar del artículo 152 del Anteproyecto de 1851: "Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, *estando en poder y compañía* del padre, pertenecen al hijo en propiedad, y al padre en usufructo" (el subrayado es mío). Sin embargo, la referencia al poder del padre no se repite cuando se recoge el peculio cuasicastrense en el artículo 154, número 2.º: "Los bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, no estando en compañía del padre." En cambio, sí que aparece en la descripción de la vida independiente del menor del Código civil, dada la redacción del artículo 160, montada sobre una contraposición de su segunda parte con la primera.

Este es, según entiendo, el sentido atribuible a la expresión "tengan en su potestad". Se está haciendo referencia con ella al contenido normal y en ejercicio de la patria potestad, descrito en el artículo 155. Por contra, el hijo de vida independiente no está sometido a ese contenido normal en el sentido que hemos explicado. Y la referencia residual al "tengan en su... compañía" puede servir de ejemplo a estos efectos. Se trata de un contenido normal de la patria potestad, recogido con la misma fórmula en el número 1.º del artículo 155 ("tenerlos en su compañía") y, sin embargo, puede no darse en el caso del hijo de vida independiente, sin que ello afecte a la subsistencia de la patria potestad. Afectará sólo a ese contenido normal descrito en el artículo 155 y que, como hemos dicho, queda alterado al producirse la situación de independencia del menor. De ahí que la adopción por el Código civil de esta nueva terminología (el hijo de vida independiente no está bajo la potestad de sus padres) resulte plenamente acertada: el hijo vive *actualmente* (en su vida cotidiana) independiente de la potestad de sus padres, aunque dicha potestad siga subsistiendo *virtualmente*, puesto que aquella independencia está sujeta al consentimiento de su titular.

Sin duda, muchas de estas consideraciones no estaban en la cabeza de los redactores del artículo 160, pero sí que se encuentran en su texto y en sus concordancias. Quizá, algunas de ellas fueron, por el contrario, tenidas en cuenta. Resulta difícil trazar una línea delimitadora de lo consciente y de lo inconsciente en los redactores de un texto legal. Pero lo que me interesaba poner en duda es que, dado el tenor literal de los artículos interesados en la materia, se pueda atribuir simplemente la redacción del artículo 160 a un error de dichos redactores, ajeno a sus intenciones. Con esto me basta para defender la libre interpretación del precepto en cuestión, sin que el dato del régimen de los peculios en nuestro Derecho histórico sea determinante.

Un último argumento en contra de la interpretación restrictiva del artículo 160, en su segunda parte, nos viene dado por la unidad del ordenamiento civil español. Unidad todavía no alcanzada, pero sin duda deseable, siempre que se realice sobre un pie de igualdad de todos los ordenamientos existentes en la actualidad. Unidad que no puede ser obra del día a la mañana, sino que se irá fraguando con un trabajo previo de aproximación de dichos ordenamientos. Esta labor queda encomendada a los juristas intérpretes de los diversos textos legales que integran esos ordenamientos civiles. En tal sentido, parece una labor positiva la unificación de la regulación jurídica allí donde se pueda hacer ya sobre los textos actualmente vigentes, siempre que ello no implique violentar su auténtico e indubitado sentido.

Con estas advertencias, abordamos ya el párrafo 3.º del artículo 5.º de la Compilación del Derecho civil de Aragón:

“El mayor de catorce años que, con beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes”.

Precepto equivalente al del artículo 160, segunda parte, del Código civil y cuyo interés radica en que junto al beneplácito de los padres, presenta también la existencia de una *justa causa* como suficiente para aceptar la vida independiente del menor.

En el artículo 160, la referencia única y exclusiva al consentimiento de los padres puede hacer pensar en una plena subsistencia de la patria potestad y, consecuentemente, en la tesis restrictiva que vé en la vida independiente del menor simplemente un régimen de autorización por parte del titular de aquélla para la actuación con respecto a ciertos bienes. Pero esto se viene abajo cuando se piensa en la posibilidad de que la vida independiente del hijo no emancipado subsista, aún en contra de la voluntad de los padres, “*mediando justa causa*”, como se dispone en el precepto transcrito de la Compilación aragonesa.

Parece evidente que no existen razones actualmente válidas para defender una diferencia de trato entre el hijo menor no emancipado de vida independiente de vecindad aragonesa y el de vecindad común. Sin embargo, este argumento no es válido para propugnar la unificación automática del régimen jurídico de uno y otro, ya que lo mismo se podría decir con respecto a muchas de las instituciones civiles en las que no exista una regulación unitaria dentro del Estado español (61). Y ello aunque las consideraciones generales que hemos hecho al comienzo de este apartado sobre la mayor y la menor edad conduzcan claramente a considerar más adecuada a nuestros tiempos el precepto aragonés. Pero resulta que una interpretación literal y sistemática del artículo 160 nos ha puesto de relieve como no es posible mantener la subsistencia actual de la patria potestad en su plenitud cuando se produce la independencia fáctica del hijo menor no emancipado. Y esa idea encaja plenamente con el restringir el ejercicio arbitrario de la patria potestad, incluso por lo que se refiere a la misma existencia de la vida independiente del menor, tal y como aparece recogida por el artículo 5.º de la Compilación aragonesa. Restricción que se establece con el límite genérico de la “*justa causa*”, cuya apreciación quedará naturalmente a la discrecionalidad del Juez.

Así vemos cómo cabe interpretar unitariamente ambos preceptos, el del artículo 5.º de la Compilación y el del artículo 160 del Código civil, utilizando la mayor claridad de aquél para reafirmar lo que nos parece una interpretación más correcta y actual, de éste que la tradicionalmente defendida por nuestra doctrina más autorizada.

Esta interpretación del artículo 160 a la luz del artículo 5.º de la

(61) Basta pensar, en relación con nuestro tema, en la inexistencia de usufructo legal a favor de los padres en Aragón. Vid. artículo 11 de la Compilación del Derecho civil.

Compilación aragonesa y —me importa subrayarlo de nuevo— sobre la base de una interpretación literal y sistemática del mismo, no permite que la vida independiente del menor se cree “*mediando justa causa*” en contra de la voluntad de los padres, a pesar del tenor literal del párrafo 3.º del artículo 5.º de la Compilación. En efecto, dicho precepto concuerda también en este punto, a pesar de las apariencias, con la interpretación que nos parece preferible para el artículo 160. Como consecuencia de ésta, hemos señalado que la vida independiente parece determinar una reducción del contenido típico de la patria potestad y, dentro de esta reducción, encaja la imposibilidad de acabar arbitrariamente con esa vida independiente, cuando su subsistencia esté justificada (“*mediando justa causa*”). Ahora bien, hasta el momento mismo del comienzo de esa vida independiente del menor, la patria potestad existe con su contenido normal del artículo 155 del Código civil (62) y, por tanto, el propio nacimiento de dicha vida independiente del menor depende única y exclusivamente de la voluntad del padre (o madre); voluntad de la que no se puede prescindir por la existencia de una *justa causa*.

Y tal es el sentido, repito, del artículo 5.º, párrafo 3.º de la Compilación aragonesa: la “*justa causa*” opera para defender la “*subsistencia*” de la vida independiente del menor, pero no para imponer su nacimiento. Y ello por la sencilla razón de que mientras que no exista previamente la situación de vida independiente del menor, que —no se olvide— es una situación fáctica, no se puede hablar de *justa causa* para su existencia. En efecto, la *justa causa* tiene que basarse necesariamente en la apreciación de dicha situación fáctica (a partir de la cual se puede apreciar primeramente si el menor se encuentra realmente en condiciones para gobernarse a sí mismo), que no puede existir sin el previo consentimiento de los padres (de “*beneplácito*” habla la Compilación aragonesa con mayor acierto, al poner de relieve que normalmente el consentimiento será tácito). Con lo que se cae en un círculo vicioso del que sólo se sale contando inicialmente con dicho consentimiento, totalmente al margen de cualquier “*justa causa*” del tipo requerido, inexistente hasta que se cree la situación fáctica de vida independiente.

Hasta aquí nos hemos limitado a confrontar el artículo 5.º, párrafo 3.º de la Compilación aragonesa con la segunda parte del artículo 160 del Código civil, partiendo de la idea de una unificación genéricamente deseable de ambos. Lo que presupone la carencia de unidad en sus antecedentes históricos, puesto que proceden de ordenamiento históricamente separados. Sin embargo, una breve aproximación a la historia del precepto aragonés puede resultar reveladora.

Su antecedente inmediato se encuentra en el artículo 3.º del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón (Real Decreto-Ley de 7 de diciembre de 1925):

(62) Así como en Aragón subsiste la autoridad familiar de los padres, a la que se refiere el artículo 9 de la Compilación.

“Con respecto a los bienes de los hijos menores de edad, legítimos o legitimados, regirán las siguientes prescripciones:

3.^a Al hijo soltero mayor de catorce años y menor de veinte, que viva independientemente del padre o de la madre, con el beneplácito de éstos o por otro motivo legítimo (63), le corresponderán la propiedad, el usufructo y la administración de sus bienes, arregladamente a lo estatuido en este Apéndice y en el Código de comercio acerca de la capacidad para contratar”.

Vemos cómo el cambio más apreciable introducido por lo Compilación es la supresión de toda la referencia final al mismo Apéndice y al Código de comercio. Modificación importante, ya que, como oportunamente se señalaba antes de ser promulgada la Compilación, la remisión a “lo estatuido en este Apéndice... acerca de la capacidad para contratar” imponía la aplicación del artículo 13 del mismo, eliminado así la posibilidad de una administración autónoma por parte del menor de vida independiente. Con lo que el precepto resultaba inoperante (64).

Ahora bien, esa redacción defectuosa del Apéndice pone de relieve la carencia de antecedentes en el Derecho aragonés por lo que al menor de vida independiente se refiere. Los redactores del Apéndice quisieron incorporar semejante regulación al mismo, en tanto en cuanto correspondía a la Ley de Matrimonio Civil (Ley de aplicación general en todo el país y, consecuentemente, en Aragón), y también, en tanto en cuanto coincidía en cierto modo (al potenciar la libertad del menor) con la tradicional repulsa del Derecho aragonés frente a la concepción romanista de la *patria potestas*. Pero la adaptación del precepto resultó fallida al querer encajarla dentro de la situación descrita en el artículo 13 del Apéndice, que, esa sí, correspondía al Derecho histórico aragonés.

Pero lo que importa para nuestra argumentación es que no se trata de un precepto propio del ordenamiento aragonés, sino que, al igual que el artículo 160, procede de la Ley de Matrimonio Civil y, consecuentemente, la interpretación conjunta resulta todavía más legítima. El origen histórico de ambos es el mismo. El uno queda recogido en un ordenamiento basado sobre la *patria potestas* romanista. De ahí su ambigüedad: se da independencia al menor, pero no queda claro el valor de la subsistencia de la patria potestad. El otro queda recogido en un ordenamiento mucho más liberal por lo que a los hijos se refiere. De ahí su claridad a la hora de fijar la independencia del menor, aún contra la voluntad de los padres, siempre que medie

(63) El motivo legítimo del Apéndice es la *justa causa* de la Compilación, expresión más amplia, por ser menos técnica que aquella. Por lo que se presta menos a confusión.

(64) DE CASTRO, *Derecho civil...* Vid. pág. 203.

un "motivo legítimo" (o "justa causa"). La ambigüedad del Código civil sobre el contenido de esa patria potestad subsistente queda aquí claramente especificada con respecto a la autoridad familiar de los padres: el arbitrio desaparece al quedar limitado por las *justas causas* que legitimen la independencia del hijo.

VI. LA VIDA INDEPENDIENTE DEL MENOR NO EMANCI- PADO CORRESPONDE A UNA SITUACION JURIDICA INTERMEDIA ENTRE LA EMANCIPACION Y LA SU- MISION NORMAL A LA PATRIA POTESTAD

Hasta aquí hemos centrado nuestra atención en el desmonte de las dos teorías existentes en torno a la situación del hijo no emancipado de vida independiente, tal y como aparece recogida en la segunda parte del artículo 160 del Código civil. Que en dicho precepto no se da acogida a un supuesto de emancipación tácita, me parece evidente por las razones alegadas. Pero también me resisto a creer que la situación del menor de vida independiente se reduzca a una autorización genérica de los padres para que aquél pueda actuar con plena capacidad por lo que se refiere a determinadas masas patrimoniales. De ahí la crítica realizada en el apartado anterior a la interpretación restrictiva del artículo 160, sustentadora de la mencionada tesis. De lo que ya cabe deducir, y así se apuntaba al realizar la mencionada crítica, que mi interpretación del precepto que nos ocupa apunta a la posibilidad de definir en él una situación intermedia entre la emancipación tipificada por nuestro ordenamiento y la plena sumisión a la patria potestad, recogida en el artículo 155 (ámbito personal) y en los artículos 159 y 160 (primera parte) del Código civil (ámbito patrimonial).

Entiendo que esta interpretación que propugno no contiene una simple petición de principio al apoyarse en el reconocimiento de una patria potestad que se podría calificar de disminuida, puesto que no tiene el contenido típico que el Código civil le atribuye. Prueba de ello es que semejante reducción de las facultades inherentes a la patria potestad encuentra un apoyo en la misma interpretación literal y sistemática (tanto en el Código civil como en los diversos ordenamientos civiles del Estado español) del artículo 160. Interpretación que ha de contemplarse positivamente desde la nueva valoración de la edad que, a mi entender, impone la realidad económica, social y jurídica en la actualidad. Creo conveniente insistir ahora sobre este aspecto de la cuestión a nivel concreto, puesto que, en verdad, con él se corresponde la interpretación finalista del precepto estudiado y ésta, como se sabe, constituye la clave a la hora de atribuir un sentido determinado a cualquier precepto. La exigencia de concreción nos remite en este caso a la patria potestad.

La patria potestad se concibe actualmente como una institución al servicio de los hijos (65). Se trata con ella de proteger el desarrollo de los menores, complementando su natural inmadurez con la defensa de sus intereses por quienes, en base a los lazos de parentesco, garantizan, en principio, una mayor fidelidad a la protección de dichos intereses. La patria potestad sirve pues a la protección de los hijos no emancipados y, en consecuencia, todos los poderes que atribuye a su titular se encuentran condicionados por el ejercicio de esa función de protección. De ahí la necesaria fluctuación de esos poderes en el tiempo para cubrir un desarrollo, que se extiende desde el momento del nacimiento hasta la emancipación, sin lesionarlo. Cualquier ejercicio de facultades formalmente incluidas en la patria potestad que no parta del respeto debido a la personalidad del hijo (66), en cada etapa de su desarrollo, constituye una extralimitación del contenido verdadero de aquélla. Tal es el principio que rige el ejercicio de la patria potestad.

Las dificultades nacen en el momento de articular dicho principio a nivel concreto. No sólo es difícil saber cuándo se produce o no una extralimitación por parte del titular de la patria potestad, sino que incluso resulta imposible controlar todos y cada uno de los actos incluidos en su ejercicio. Por lo que hay que renunciar a un control judicial individualizado de los mismos. La vida cotidiana del menor sobre la que incide continuamente la patria potestad, escapa necesariamente a la vigilancia del Juez. Todos los sistemas jurídicos tienen pues que conceder un amplio margen de arbitrio al titular de la patria potestad. Dentro de él se presume que actúa correctamente en base a los lazos de afecto que, naturalmente, le unen con sus hijos.

Nuestro Código civil monta la patria potestad sobre la concesión de un amplísimo arbitrio a su titular. Sólo cuando los padres traten a los hijos con dureza excesiva, o cuando les den órdenes, consejos o ejemplos corruptores se prevé la intervención del Juez (artículo 171). Fuera de estos casos no existe ninguna medida de control, al margen de las previstas en el ámbito patrimonial (artículos 163 a 166). Luego sólo cuando el trato de los padres sea excesivamente duro (aparte del caso concreto de corrupción) cabe una intervención del Juez, privándoles de la patria potestad. Como se ve, se trata de un control *in extremis*, puesto que la máxima sanción de privación total del ejercicio de la patria potestad (definitiva o temporal, según se trate

(65) GERNHUBER, *Lehrbuch des Familienrechts*. München/Berlin, 1964. Vid. págs. 501 y siguientes.

(66) DÖLLE: "Das Elternrecht ist nicht unumschränkt. Es wird durch den ihm eigenen vormundschaftlichen Charakter begrenzt. Dem Kinde kommt die gleiche Menschenwürde zu wie den Eltern. Kraft dieser Personenwürde des Kindes sind die Eltern verpflichtet, das ihnen zustehende Erziehungsrecht im Interesse des Kindes und zu seinem Wohle auszuüben und das Recht des Kindes auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und Tüchtigkeit anzuerkennen." *Familienrecht*. Band II. Karlsruhe, 1965. Vid. pág. 136.

o no de privación o suspensión) concuerda con lo que el Código civil entiende por dureza a la vista del desarrollo que hace en el artículo 156 de la facultad de castigar (artículo 155, número 2.º).

Cierto que la jurisprudencia y la doctrina han ampliado el ámbito de aplicación del artículo 171 del Código civil, entendiendo que la *excesiva dureza* comprende cualquier extralimitación en el ejercicio de facultades genéricamente incluidas en la patria potestad. Lo que unido a la posibilidad que en el mismo artículo se ofrece de “adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses” del hijo, concede una mayores posibilidades de intervención al poder judicial, acorde con la acentuación señalada del aspecto de función de la patria potestad en nuestros días.

Pero a pesar de esta plausible interpretación, el artículo 171 sigue ofreciendo remedios de última instancia, encaminados a alterar el propio ejercicio de la patria potestad. No se trata pues de brindar a la autoridad judicial una posibilidad de intervención continua sobre temas concretos, respetando, por lo demás, el contenido típico de la patria potestad. Y es que, vuelvo a insistir, a pesar de esta ampliación del significado de la “dureza excesiva” en el trato de los hijos, punto de obligada referencia de la misma sigue siendo, al no haber quedado derogado, el artículo 156 (67). La misma redacción de los artículos 155, 159 y 160 no da pie para someter en ningún caso el criterio de los padres al Juez, especialmente en los efectos de la patria potestad respecto a las personas de los hijos.

Vemos pues que el principio de que la patria potestad se encuentra al servicio de los hijos se articula en nuestro ordenamiento confiando su ejercicio al arbitrio del padre (o de la madre). Sólo cuando en dicho ejercicio arbitrario se actúe con *manifiesto y evidente* perjuicio de aquéllos (68) cabe una intervención del Juez encaminada a suprimirlo definitivamente o temporalmente, o a modificarlo sustancialmente mediante una detracción de las facultades originalmente integradas en la patria potestad. Conviene tener presente que esta evidencia sólo se puede producir en muy raras ocasiones y, normalmente, después de una actuación prolongada, notoriamente perjudicial para el hijo. Ahora bien, esto no quiere decir que el principio mencionado de necesario respeto a la personalidad del hijo no tenga plena vigencia en el ordenamiento español. Lo único que ocurre es que nuestro legislador considera suficientemente garantizada su actuación

(67) También hay que tener en cuenta que, dada la redacción de los artículos 582 a 585 del Código penal, no cabe excluir la posibilidad de que los padres ejerzan un determinado grado de violencia sobre los hijos sin incurrir en falta. Lo que se compagina con criterios de valoración todavía ampliamente difundidos en nuestro país. Vid. los artículos 582, 583, números 1.º y 2.º, 584, número 11, 585, número 1.º.

(68) Ejemplos del cual contiene el artículo 584 del Código penal, cuyo párrafo 2.º establece que “Los padres o tutores mencionados en los números 5.º, 6.º, 8.º, 11 y 12 del presente artículo podrán ser suspendidos en el ejercicio de su derecho a la guarda y educación del menor”.

confiándola al arbitrio de los padres, dados los lazos de afecto que unen a éstos con sus hijos.

Puesto que el principio está vigente, también lo está la subordinación del ejercicio de la patria potestad al desarrollo físico e intelectual de los hijos, consecuencia inmediata de aquél. Lo que ocurre normalmente es que, dado el margen de arbitrio concedido a los padres, las infracciones de la mencionada subordinación sólo serán relevantes en casos flagrantes. Lo que además viene favorecido por la inexistencia de criterios objetivos, claros y predeterminados que vayan señalando la aplicación correcta de esa subordinación de la patria potestad al respeto debido a la personalidad del hijo (69).

Pero precisamente en el caso que nos ocupa, el del hijo no emancipado de vida independiente, se dan otros presupuestos objetivos que permiten controlar de una forma mucho más estricta el ejercicio de la patria potestad. Con la vida independiente del hijo ha quedado fijado objetivamente la medida de subordinación de dicho ejercicio a la personalidad de aquél. En efecto, con ella se demuestra que el hijo es capaz de gobernarse por sí mismo, hasta el punto de que el padre, en reconocimiento de este hecho, ha consentido en la actuación de esa capacidad. A partir de ese momento queda claro que cualquier intento de ejercer la patria potestad en contra de esa autonomía del menor no respeta, en principio, la regla de subordinación anteriormente expuesta. Sólo cuando exista una *causa justificada* (en circunstancias o en la propia conducta del menor de vida independiente) parece legítimo permitir una incidencia del padre (o de la madre) en la autonomía concedida. La importancia de la nueva situación es que se pasa de un ejercicio arbitrario de la patria potestad a un ejercicio controlado de la misma. Antes, el titular de la patria potestad no tenía que justificar nada, ahora tiene que justificarlo todo, en tanto en cuanto incide sobre la vida independiente del menor; puesto que, en principio, este es capaz de autogobernarse, y así lo ha reconocido dicho titular. Ese reconocimiento es precisamente el último acto de arbitrio en el ejercicio de la patria potestad.

Esta es, a mi entender, la única forma de compaginar el artículo 160 en su segunda parte con la función de la patria potestad, evitando que el precepto estudiado no se convierta en un mecanismo al servicio de los intereses de los padres y no de los hijos, tal y como, a mi modo de ver, permite la interpretación restrictiva del mismo. Ciertamente que sus defensores consideran que tanto la autorización genérica (en

(69) GERNUHUBER: "Ziel der elterlichen Gewalt ist es, das Kind zur Selbstbestimmung zu befähigen. In ihrer Idealgestalt muss die elterliche Gewalt daher (partiell oder total) enden, sobald das Kind zur Selbstbestimmung fähig geworden ist. Dieser Idealgestalt der elterlichen Gewalt zu folgen, ist dem positiven Recht weithin verwehrt. Der jeweilige Reifegrad des Kindes ist kein Massstab, dem jene Offenkundigkeit eignet, die der Rechtsverkehr vielfach benötigt. Wo klare, jedermann zugängliche Massstäbe erforderlich sind, bleibt daher nur die Suche nach einem Standard, der Sachrichtigkeit nurmehr in typischer Sicht verbürgt". Op. cit. Vid. págs. 514-515.

que ellos convierten el valor de la vida independiente del menor) como su revocación no pueden ser realizadas con fines ajenos a los intereses del hijo no emancipado; pero, en su concepción seguimos dentro del ámbito de ejercicio normal de la patria potestad (70). Y dentro de éste, ya lo hemos visto, el padre (o madre) no tienen que justificar nada, siendo preciso probar el notorio perjuicio que con su conducta causan a su hijo. Podrán pues concederle en cada momento una mayor o menor libertad económica (a través de la entrega en administración de un mayor o menor número de bienes, así como mediante la recuperación de dicha administración, entre otros medios), y una mayor o menor libertad personal (a través del continuado ejercicio de las facultades contenidas en el artículo 155), aun contra la voluntad del hijo, sin tener que dar cuenta a nadie del porqué de tales decisiones. Pero también pueden, con el mismo margen de arbitrariedad, revocar totalmente la autorización concedida, eliminando la situación de independencia (71). ¡Muy especiales tendrían que ser las circunstancias concurrentes para poder hablar en tal caso de “dureza excesiva”!

La diferencia es pues importante a la hora de aplicar los mismos principios por esta vía (la normal) o por la que nosotros creemos posible, dada la situación objetiva creada. En el primer caso los abusos pueden multiplicarse. Baste pensar en la figura genérica de los padres que “no están a las duras”, pero si “a las maduras”, según cambie la fortuna del hijo (72). En el segundo, en cambio, éstos quedan eliminados y la posición jurídica del hijo queda totalmente definida, al margen de cualquier tipo de arbitrios.

El hijo no queda emancipado y por ello sigue sometido a la patria potestad. Pero ésta ya se ejerce de otra manera, *de acuerdo con los principios a los que debe responder*. Por ello decíamos en el apartado anterior que ya no se daba el contenido típico de los artículos 155, 159 y 160 del Código civil. Este subsiste virtualmente, puesto que, *justificando debidamente lo medido*, el padre (o la madre) puede revocar eficazmente su consentimiento, eliminando la situación de independencia, y puede también actuar algunos de los contenidos personales de la patria potestad (artículo 155 del Código civil) (73). Por lo que hablábamos de una patria potestad de contenido dismi-

(70) DE CASTRO: “El consentimiento significa la aquiescencia expresa o tácita del padre y habrá de considerarse que existe por el mero conocimiento de la vida independiente del hijo, no seguido de oposición. Tiene el consentimiento la naturaleza de facultad comprendida dentro del derecho de patria potestad; queda, pues, al arbitrio del padre; pero no podrá ser ejercida por él de modo arbitrario ni en contra de su finalidad de protección.” *Derecho civil...* Vid. págs. 196-197.

(71) COMAS, Op. cit. Vid. pág. 363; RAMOS, Op. cit. Vid. pág. 155.

(72) El hijo abandonado *de facto* a su suerte (aunque viva con sus padres) obtiene de repente una remuneración extraordinaria en su nuevo trabajo (como actor, torero, futbolista...) o gana un premio en la lotería, en las quinielas...

(73) También tendrá una determinada intervención en el patrimonio del menor de dieciocho años, según veremos más adelante en el Apartado VIII.

nuido o atípico, consistente en una subsistencia virtual de su contenido normal, para el caso en que se ejerza eficazmente (justificada-mente) la revocación del consentimiento en que se basa la vida independiente, y en una subsistencia actual de un contenido reducido del mismo, sometido al control de la adecuación de su ejercicio en cada caso concreto.

Queda así delimitada la situación jurídica que entiendo corresponde al hijo no emancipado de vida independiente, posición intermedia entre la mantenida por la interpretación amplia del artículo 160, que lo equipara a una emancipación tácita, y la mantenida por su interpretación restrictiva, que lo equipara a una mera autorización genérica para determinadas masas patrimoniales. Ya hemos visto en el apartado anterior cómo semejante postura podía encontrar un respaldo en la interpretación literal y en la sistemática del precepto. Ahora creo haber afianzado lo que ya apuntaba: es una postura que responde plenamente al significado propio de la patria potestad. La interpretación teleológica viene pues a sumarse al apoyo recibido de la literal y de la sistemática.

En efecto, esta modificación automática del contenido de la patria potestad responde perfectamente a sus funciones. Frente a los que ven en el artículo 160 una emancipación, mantener la subsistencia de la patria potestad supone una mayor protección del menor, especialmente importante, puesto que ya vimos que no hay límite de edad para la vida independiente de aquél. Frente a los que ven en el artículo 160 una continuación del contenido normal de la patria potestad, mantener la reducción de la misma supone un mayor respeto de la personalidad del menor (cuyo pleno desarrollo se está demostrando con la misma vida independiente) y, consecuentemente, también una mayor protección del mismo. Puesto que la vida independiente del menor es prueba en principio de su capacidad para autogobernarse, lógico es que, frente a esta *justa causa* de respeto de su autonomía, el padre (o madre) tenga que alegar las razones que respaldan su intromisión en la misma contra la voluntad de su hijo.

Una vez caracterizada esta situación del menor de vida independiente frente al titular de la patria potestad, se plantea el problema de ver cómo se puede articular cuando el padre (o madre) pretendan actuar en ejercicio de aquélla contra la voluntad del hijo. Esto es, ¿cómo se actúa el control concreto de los actos correspondientes a la patria potestad, que caracteriza la situación descrita? En principio, nuestro ordenamiento presenta al respecto una auténtica laguna legal.

En efecto, aunque parece que el hijo podría acudir al Juez alegando la "dureza excesiva" del artículo 171 (en el sentido de extralimitación en el ejercicio de la patria potestad reducida que corresponde entonces al padre o a la madre), éste se orienta a la adopción de medidas que afectan al propio contenido de la patria potestad o a su misma subsistencia (sobre la base del control de una actuación indebida de su titular), pero no a sobreponer el criterio del Juez sobre

el del padre en un acto concreto. Lo que se puede afirmar a pesar de la elasticidad introducida en el precepto con la posibilidad, brindada al Juez, de “adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses del hijo”.

El recurso al arbitrio judicial en un conflicto concreto entre padre e hijo sólo está previsto en materia patrimonial:

“Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él” (artículo 165, párrafo 1.º).

Así se deduce de la inclusión de este precepto en el Capítulo III del Título VII: “De los efectos de la patria potestad respecto a los bienes de los hijos”, y del pleno arbitrio reconocido al padre al establecer en el capítulo anterior los “Efectos de la patria potestad respecto a las personas de los hijos” (recuérdese concretamente el contenido del artículo 156).

Sin embargo, si admitimos la necesidad de adaptar los preceptos del Código civil a las nuevas concepciones sobre la patria potestad (que implican una mayor vigilancia de su ejercicio para asegurarse de que se hace en beneficio de los hijos), parece obligado extender los controles previstos en él a otros supuestos y, concretamente, el del artículo 165 a todos los efectos de la patria potestad.

La falta de tecnicismo del Código civil facilita dicha labor. En efecto, no es el único lugar del mismo en donde fundadamente se puede considerar que la ordenación sistemática de un precepto no tiene carácter vinculante a la hora de interpretarlo. Lo que encuentra especial justificación aquí, dadas las estrechas vinculaciones existentes entre los efectos personales y patrimoniales de la patria potestad (74).

Salvado este obstáculo, no subsiste ningún otro, ya que la redacción del precepto, al referirse genéricamente a “un interés opuesto”, permite una interpretación amplia del mismo (75). Por otra parte, este es el camino que han seguido doctrina y jurisprudencia al interpretar el artículo 171, ya que, no sólo han ampliado el sentido propio del trato “con dureza excesiva”, sino que también han exten-

(74) Vid. el desarrollo de esta idea en el Apartado VII.

(75) A esta solución acudía ya SÁNCHEZ ROMÁN al plantearse el conflicto entre padre e hijo con respecto al domicilio de este último (Vid. Nota 90): “El Código no da ocasión expresa a tal supuesto ni establece solución para el mismo, a no ser que se considere semejante hipótesis comprendida en el precepto genérico del artículo 165, de que siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan algún *interés opuesto* al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un *defensor* que los represente en juicio o fuera de él, y bajo cuya representación se dilucidará semejante extremo de unidad o dualidad de domicilio, respetando el independiente y propio que el hijo tuviese, a virtud de alguna de aquellas circunstancias; solución más *rational* que estrictamente *legal*”. Op. cit. Vid. pág. 1138.

didó las “providencias” finales a que se refiere el artículo a todo tipo de “intereses”, cuando parece claro que también aquí se apuntaba sólo a los patrimoniales, dada la concatenación con la primera parte de la frase en que se encuentran mencionadas (76).

Argumento decisivo a favor de la extensión propugnada del mecanismo del artículo 165 a nuestro caso (el del menor de vida independiente) lo encontramos en el propio criterio de nuestro legislador:

“El menor de dieciocho años necesitará para contratar su aprendizaje la autorización de su padre, madre o tutor, si no estuviese emancipado legalmente.

El mayor de dieciocho años y menor de veintinueve que no estuviese legalmente emancipado podrá contratar por sí cuando, con consentimiento de su padre, madre o tutor, viviera independientemente de éstos. En otro caso, podrá igualmente contratar por sí mismo, pero su padre, madre o tutor tendrán la facultad de oponerse por escrito a dicho aprendizaje. circunstancia que originará la ineficacia del contrato celebrado. En tal supuesto, *el Juez municipal, a instancia del menor, le nombrará un defensor judicial, que será quien en definitiva, podrá alzar la prohibición de las personas que se opusieron con los consiguientes efectos en el contrato celebrado a que el aprendizaje se contrajera, o, por el contrario, mantenerle, atendidas las razones que pudieran aducirse*” (artículo 135 de la Ley de Contrato de Trabajo) (el subrayado es mío).

Si esta medida es aplicable simplemente al mayor de dieciocho años no emancipado, con mucha mayor razón podrá aplicarse al hijo no emancipado de vida independiente.

Por otra parte, la utilización que este artículo 135 de la Ley de Contrato de Trabajo hace de la figura del defensor es una clara muestra de la estrecha relación existente entre la esfera personal y la patrimonial del menor. El contrato de aprendizaje es una vía para la obtención de bienes, por lo que se constituye en tema patrimonial, pero al mismo tiempo, los bienes se adquieren en este caso a través de la actividad personal del menor, por lo que implica también el contenido de la patria potestad del que se ocupa el artículo 155 del Código civil. Queda pues aquí apuntado por qué, aunque el artículo 160 se refiere sólo a una independencia económica, hemos venido hablando de una modificación de toda la patria potestad —y no sólo de sus efectos patrimoniales— y de la capacidad que demuestra el menor de vida independiente para autogobernarse en general.

(76) “En estos casos podrán asimismo privar a los padres total o parcialmente del usufructo de los bienes del hijo, o adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses de éste.”

VII. CAPACIDAD DEL MENOR NO EMANCIPADO DE VIDA INDEPENDIENTE

Una vez trazadas las líneas generales que delimitan ya situación jurídica del hijo no emancipado de vida independiente, conviene concretar hasta dónde alcanza su capacidad patrimonial y su capacidad personal. Enlazando con lo apuntado al final del apartado anterior, parece oportuno insistir ahora sobre la necesidad de extender los efectos de la vida independiente a ambos campos, aunque tanto la colocación sistemática del artículo 160 como su propio tenor literal inducen a pensar en una alteración de la patria potestad reducida a sus efectos patrimoniales. Si embargo, de sobra es sabido que, de la misma forma que la libertad personal no es nada sin libertad patrimonial, lo mismo cabe decir con respecto a esta última frente a la primera (77). Lo que resulta directamente aplicable al supuesto que contemplamos. Por ello parece correcto entender que el artículo 160, segunda parte, afecta también al artículo 155 y no sólo a los artículos 159 y 160, primera parte, tal y como hemos venido haciendo hasta ahora. Es coherente pensar que el menor que está en condiciones para regirse económicamente con total autonomía, lo está también para gobernarse en general, sobre todo si se piensa que la vida independiente del menor surge, normalmente, sobre la base de su trabajo o industria. Todos los esfuerzos que hemos realizado para proteger al menor frente al arbitrio de los padres quedaría reducido a nada si limitásemos su autonomía al campo patrimonial; y ello precisamente, por esa íntima conexión del mismo con el personal, afirmado anteriormente.

Por lo que hace referencia al campo patrimonial, nos remitimos a lo argumentado en el quinto apartado de este trabajo para afirmar que todos los bienes del menor quedan sometidos a su administración, entendiendo ésta en un sentido amplio, limitado sólo por las restricciones del artículo 317 del Código civil. Por tanto, tendrá también amplios poderes de disposición sobre todos los bienes muebles. La referencia que se hace al dominio, usufructo y administración al final del artículo 160 debe relacionarse con la equiparación anterior del menor de vida independiente con el emancipado a efectos patrimoniales. No creo que ésto plantee dudas.

En cuanto a los bienes adquiridos a título lucrativo, pero cuya administración y usufructo no corresponda a los padres, parece que su

(77) SÁNCHEZ ROMÁN: "pero si tal parcial emancipación, en cuanto a los bienes, no nace sino del *domicilio* aparte del hijo respecto del padre, continuando sometido a la potestad de éste por lo que a su *persona* se refiere, ¿no es ésta una situación *artificial* y *precaria*, que el padre puede destruir en todo momento, revocando el permiso que diera al hijo de vivir fuera de su lado y volviéndole a su compañía, con lo cual habrá desaparecido ese concepto contingente y parcial de *emancipado*, y modificado o mejor perdido su capacidad civil, en cuanto a su derecho de pleno dominio en los bienes de los peculios?" Op. cit. Vid. pág. 1154. Nota 2.

régimen no se encuentra expresamente previsto en la segunda parte del artículo 160, puesto que ya hemos dicho que ésta se conecta con la primera parte del mismo, donde se mencionan los bienes del menor cuyo usufructo corresponde al titular de la patria potestad.

Para dichos bienes habrá que distinguir dos supuestos. Cuando la administración de los bienes en cuestión se encarga a otra persona, *en sustitución del titular de la patria potestad*, porque el ordenamiento (artículos 166, 761 y 857 del Código civil), el Juez (artículo 171 del Código civil) o un particular no se fía de ellos (artículo 162 del Código civil), parece lógico que el menor pase a administrarlos y usufructarlos en la forma descrita (78). Pero si el donante dispuso la administración por un tercero al margen de consideraciones relativas a la patria potestad y a la capacidad del menor, entonces, como es lógico, habrá que interpretar su voluntad para cumplirla "estrictamente" (artículo 162).

Queda pues eliminada totalmente la posibilidad de que el padre (o la madre) amplíen o restrinjan la masa patrimonial encomendada al hijo de vida independiente, según su voluntad, dado el tenor literal del artículo 160. El único medio con que cuenta para incidir en la capacidad patrimonial, que el artículo 160 concede al menor de vida independiente, es acabar precisamente con esa situación, revocando su consentimiento, puesto que subsiste la patria potestad. Aunque ya hemos apuntado cómo la reducción de su contenido consiste precisamente en la necesidad de justificar los actos que correspondan a su ejercicio. Sólo pues mediante una revocación justificada del consentimiento se puede acabar con la vida independiente del menor y, consecuentemente, con su plena (con los límites del artículo 317) capacidad patrimonial.

Antes de pasar a considerar el ámbito puramente personal, resulta obligado hacer una previa referencia a actividades del menor directamente relacionadas con su patrimonio, en tanto en cuanto son determinantes de ingresos en el mismo.

Por lo que se refiere al trabajo por cuenta ajena del menor, cuando éste tenga los dieciocho años cumplidos, no se plantea ningún problema, puesto que se le considera con capacidad para contratar la prestación de sus servicios (artículo 11, apartado a) de la Ley de Contrato de Trabajo). Sólo la Ley de 19 de diciembre de 1951, sobre condiciones de trabajo en la marina mercante, exige en el párrafo 2.º de su Base 3.ª "el permiso de los padres o tutores para ser enrolados en embarcaciones que hagan la navegación costera fuera de las tres millas, la de gran cabotaje o la de altura". En cambio, para contratar el aprendizaje sin el concurso de representantes legales se requiere en principio la emancipación (artículo 135 de la Ley de Contrato de Trabajo).

(78) Sin perjuicio de que, revocada la independencia del menor, los bienes vuelvan a ser administrados por las personas en cuestión y no por el titular de la patria potestad.

Tanto el menor no emancipado con respecto al contrato de aprendizaje (artículo 135, párrafo 2.º) (79), como el menor de dieciocho años (artículo 11, apartado b) de la Ley de Contrato de Trabajo) (80), con respecto al contrato de trabajo tienen reconocida su capacidad si viven independientemente. Ahora bien, de la misma forma que el artículo 135 mismo prevé la posible oposición de sus representantes legales, si no han alcanzado la edad de dieciocho años, ésta también puede articularse indirectamente en el contrato de trabajo, ya que, según el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo, “para que un menor de dieciocho años pueda ser admitido al trabajo tendrá que acreditar: 1.º Permiso del padre o, en su defecto, de la madre, del tutor o del director del establecimiento en donde estuviere asilado”.

De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, entiendo que el método previsto en el artículo 135 para obviar una negativa injustificada del padre (o de la madre) al contrato de aprendizaje se puede extender a todos los demás supuestos (artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo y Base 3.ª, párrafo 2.º de la Ley de 19 de diciembre de 1951).

Con mayor razón, vencido ese obstáculo inicial, habrá que negar al representante legal la posibilidad que le ofrece el párrafo 1.º del artículo 58 de la Ley de Contrato de Trabajo:

“Será válido el pago hecho a la mujer casada de la remuneración de su trabajo, si no consta la oposición del marido, y al menor, si no consta la oposición del padre, de la madre y, en su caso, de sus representantes legales”.

Sin duda, puede utilizarse como argumento —por analogía— el contenido del párrafo 3.º del mismo artículo 58 mencionado (81).

En este mismo orden de actividades del menor de vida independiente se sitúa el ejercicio del comercio. Parece que el artículo 4.º del Código de comercio cierra toda posibilidad al reconocimiento de esta capacidad especial para quien no haya alcanzado la mayor edad. Lo que ha quedado confirmado por el artículo 70 del Reglamento.

(79) “El mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que no estuviere legalmente emancipado podrá contratar por sí cuando, con consentimiento de su padre, madre o tutor, viviera independientemente de éstos. En otro caso, podrá igualmente contratar por sí mismo, pero su padre, madre o tutor tendrán la facultad de oponerse por escrito a dicho aprendizaje, circunstancia que originará la ineficacia del contrato celebrado. En tal supuesto, el Juez municipal, que será quien, en definitiva, podrá alzar la prohibición de las personas que se opusieron con los consiguientes efectos en el contrato celebrado a que el aprendizaje se contrajere, o, por el contrario, mantenerle, atendidas las razones que pudieran aducirse.”

(80) “Podrán contratar la prestación de sus servicios: b) Los que hubieren contraído matrimonio y los mayores de catorce años y menores de dieciocho, solteros, que, con conocimiento de sus padres o abuelos, vivan independientes de ellos.”

(81) “En caso de separación legal o de hecho de los cónyuges, el marido no podrá oponerse a que la mujer perciba remuneración de su propio trabajo.”

del Registro Mercantil de 14 de diciembre de 1956 (82). Y, sin embargo, la cuestión no me parece tan clara como se plantea por la doctrina mercantilista más autorizada. Esta considera que la exigencia de veintinueve años contenida en el número 1.º del artículo 4.º del Código de comercio es insalvable, a pesar del espíritu que animó a la Ley de 13 de diciembre de 1943 y que, consecuentemente, ni siquiera el menor emancipado puede ser comerciante (en el sentido de ejercer personalmente el comercio) (83).

Yo entiendo que la incidencia de la mencionada Ley en el Código de comercio no puede realizarse con un método tan mecánico como es suprimir la referencia que el número 2.º del artículo 4.º contiene al "no estar sujeto a la potestad del padre o de la madre", en tanto en cuanto dicha sujeción resulta imposible ahora una vez alcanzados los veintinueve años, mientras que se mantienen intactos los demás requisitos exigidos en dicho artículo para ejercer el comercio. La integración de las nuevas normas en un ordenamiento implica una labor interpretativa en el sentido pleno de la misma y que, por consiguiente, no puede limitarse a una exégesis literal en la forma que la realiza la doctrina mercantilista en este caso. La Ley de 1943, al rebajar la mayor edad a los veintinueve años, pone en cuestión todo el contenido del artículo 4.º del Código de comercio, y no sólo uno de sus requisitos. El resultado correcto de este replanteamiento general de dicho precepto en su totalidad sólo puede venir dado por una interpretación histórica, sistemática y teleológica del mismo. En este sentido, la redacción del artículo 70 del Reglamento del Registro Mercantil no puede constituir un obstáculo a la libre interpretación del Código de comercio, dada su necesaria subordinación a una norma de categoría superior como es aquél. Más aún, si se tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento la inscripción en el Registro Mercantil no es requisito para adquirir la condición de comerciante (artículos 17 y 18 del Código de comercio). Sin embargo, no es este el momento para profundizar en este tema, por lo que habrá que aceptar (con la reserva esbozada) la conclusión mencionada a la que llegan nuestros mercantilistas.

Si, de acuerdo con dicha conclusión, el menor no emancipado no puede ejercer por sí mismo el comercio, con mucha mayor razón será aplicable esta limitación al menor de vida independiente, quien sólo a los efectos patrimoniales en principio, queda equiparado a un menor emancipado.

(82) "Sólo serán inscribibles en el Registro Mercantil en concepto de comerciantes o empresarios individuales: 1.º Los varones mayores de edad con plena capacidad civil. 5.º Los menores o incapacitados que, debidamente representados por sus tutores, y previa autorización del consejo de familia, continúen el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes."

(83) GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*. 5.ª ed. revisada, corregida y puesta al día por A. BERCOVITZ. T. I. Madrid, 1968. Vid. págs. 231-233; URÍA, *Derecho Mercantil*. 7.ª ed. Madrid, 1970. Vid. págs. 104-105.

Y sin embargo, parece injustificado negar a dicho menor todo acceso al mundo del comercio. Razón de fondo a la que se une la necesidad de dar un sentido a la palabra "industria" recogida en el artículo 160 para señalar un medio de obtener bienes distintos del trabajo.

Puesto que no parece razonable imponer al menor de vida independiente la liquidación de cualquier empresa mercantil incluida en su patrimonio y puesto que hemos rechazado la posibilidad de que el titular de la patria potestad conserve la administración de cualquier parte de dicho patrimonio, habrá que buscar la posibilidad de que el menor ejerza el comercio, aunque sea indirectamente, pero con independencia de sus padres (ya que esta es la situación que caracteriza su vida independiente). El artículo 5.º del Código de comercio parece brindar semejante posibilidad (84). En él se prevé la posibilidad de suplir la incapacidad de los guardadores (representantes legales).

"Los menores de veintiún años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes le suplirán en el ejercicio del comercio".

No veo ningún inconveniente para aplicar esta forma de completar la incapacidad de los guardadores directamente al menor de vida independiente, puesto que carece (a efectos patrimoniales) de tales guardadores y, sin embargo, no es capaz para el comercio. En tal caso, él nombrará a los factores y estos dependerán directamente de él.

El artículo 5.º del Código de comercio parte de un incapaz que no tiene la libre disposición de sus bienes, como muestra claramente la referencia a su representante legal, incluso utilizando la palabra especialmente expresiva de *guardador* (85). Por ello es lógico que el artículo se refiera únicamente a la *continuación* del comercio ejercido por los causantes del menor o incapacitado, impidiendo así que sean los representantes legales quienes decidan invertir el patrimonio de sus representantes en una empresa mercantil, dado el riesgo inherente a todas las actividades comerciales (86). Sin embargo, esta razón no subsiste cuando, como en el caso que nos ocupa, el menor tiene la libre disposición de sus bienes (con las limitaciones del ar-

(84) GARRIGUES: "Para *actuar* por sí mismo como comerciante, es decir, ejercer *personalmente* el comercio, se requiere la capacidad del artículo 4.º y la dedicación habitual al comercio. Mas para *ser* comerciante basta tener la capacidad jurídica general, sin necesidad de dedicarse personalmente al comercio." *Curso de Derecho Mercantil*. Vid. pág. 232.

(85) Con lo que queda omitida, en principio, la situación del menor emancipado. Creo que para él cabe la misma solución dada para el menor de vida independiente.

(86) Vid. el artículo 269, número 4.º del Código civil.

título 317 del Código civil). Por ello, no veo tampoco inconveniente en extender el régimen más arriba señalado a supuestos en los que el menor de vida independiente decida dedicarse al comercio, creando una empresa o adquiriendo otra ya existente a título oneroso. El artículo 5.º del Código de comercio no tiene una redacción restrictiva (como sería: “podrán sólo continuar”). Se limitan a enunciar una posibilidad y no excluye su aplicación analógica a casos similares. Por otra parte, aunque la palabra “causantes” del artículo 5.º del Código de comercio haya sido referida al causante a título gratuito y, en especial *mortis causa*, dada su equiparación con los padres del interesado y dada la redacción del número 4.º del artículo 269, no hay que olvidar que así enunciada genéricamente abarca a todos los antecesores en la titularidad de la empresa de cuya continuación se trate y de quien el interesado haya recibido su título, incluso si es *inter vivos* y a título oneroso. Para aceptar semejante interpretación, el número 4.º del artículo 269 del Código civil no constituye obstáculo, puesto que es lógico que el tutor no pueda hacer todo lo que se permite al titular de la patria potestad, quien normalmente detenta un usufructo especial que incluye hasta la posibilidad de enajenar libremente los bienes muebles del menor. Una vez aceptado ese sentido amplio de la palabra *causante*, no hay razón para que el padre pueda adquirir una empresa a título oneroso con el patrimonio de su hijo (y, por tanto, en nuestro caso, el menor de vida independiente con su propio patrimonio) y no pueda, en cambio, crear una empresa comercial *ex novo*.

Un último tema a caballo entre lo patrimonial y lo personal es el de los bienes de la personalidad, especialmente en los que se refieren a la propiedad intelectual y a la propiedad industrial. Es doctrina extendida la que mantiene que el menor es quien tiene la administración de tales bienes, lo que coincide con el respeto debido a su persona. Yo creo que el principio que se defiende con esta doctrina es, sin lugar a dudas, sumamente positivo. Pero también creo que choca directamente con los poderes concedidos al padre (o a la madre) en el artículo 155 sobre la persona del hijo. Sobre todo, dado el régimen de arbitrariedad con que hemos visto que aquél puede actuarlos (87). Si un padre tiene a su cargo la educación e instrucción de su hijo, junto con el deber de representarle en todo lo que pueda resultarle provechoso, ¿cómo negarle la decisión sobre la comercialización de las creaciones del mismo, cuando ésta puede ser decisiva para la formación artística, literaria o científica del hijo, así como para su triunfo en dichos campos? Si a ello unimos que el hijo recibe alimentos del padre (o de la madre), que vive en su compañía y que

(87) El Código civil italiano trata de articular ese principio, pero a partir del momento en que el menor alcance los dieciocho años de edad: “L'autore che ha compiuto diciotto anni ha capacità di compiere tutti gli atti giuridici relativi alle opere da lui create e di esercitare le azioni che ne derivano” (artículo 2.580, párrafo 2.º).

éste puede corregirle y castigarle en la forma ya descrita de amplísima discrecionalidad, cabe concluir que resulta difícil concebir cualquier resistencia legalmente eficaz por parte de aquél hijo frente al padre, por lo que se refiere a decisiones sobre los mencionados bienes. De nuevo aquí, sólo cuando las extralimitaciones del padre sean graves y manifiestas se puede poner coto a su libre arbitrio.

En cambio, la vida independiente del hijo sí que le sitúa en situación —tal y como nosotros la concebimos— de regir realmente su persona y, por tanto, de administrar todos sus bienes de la personalidad. Culquier intento del padre (o de la madre) por actuar al respecto no podrá estar distorsionado por fines económicos mientras subsista la vida independiente del menor, puesto que éste administra todo su patrimonio. En todo caso, tendrá que estar justificado si el hijo se opone al mismo. Y no se olvide que en éste, como en los demás temas, el hijo de vida independiente se encuentra *objetivamente* en condiciones adecuadas para tener un propio criterio.

Hemos estudiado en el apartado V, el sentido equívoco que inicialmente tuvo en nuestro ordenamiento la referencia al no estar en compañía de los padres como requisito caracterizador de la vida independiente del menor hasta que el Código civil prescinde del mismo, a pesar de la referencia residual a dicha idea contenida en el artículo 160. Toda la doctrina reconoce unánimemente que el seguir viviendo o no en compañía de los padres no tiene nada que ver con la independencia del hijo no emancipado, puesto que ésta hace referencia al autogobierno económico del mismo (88). Así pues, el hijo puede gozar de la situación del artículo 160, parte segunda, aunque siga viviendo con su padres. Sin embargo, frecuentemente la independencia económica se verá acompañada y, en cierto modo, confirmada y afianzada, con un domicilio del hijo distinto del de sus padres.

En este último caso, dicho domicilio habrá de ser respetado en principio por los padres y reconocido legalmente como tal a todos los efectos. Es cierto que los incapaces carecen *a priori* de propio domicilio, atribuyéndoseles el de sus representantes legales (artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a una mayor valoración del domicilio real (*de facto*), frente al legal (derivado del que tenga el representante legal), cuando aquél se base en una renuncia expresa o tácita de dicho representante para imponer la unidad de domicilio (89). Sólo cuando el padre (o la madre) justifique pues adecuadamente su voluntad de reincorporar al hijo no emancipado al propio domicilio, podrá llevarlo a cabo en contra de la voluntad de aquél (90).

(88) Vid. Nota 59.

(89) DE CASTRO, *Derecho civil...* Vid. pág. 465.

(90) MANRESA: "En su *Cuestionario de Código civil* presenta el Sr. Navarro Amandi la hipótesis de que un padre que ha conseguido que su hijo tenga un establecimiento público comercial con independencia de él, reclame que viva en su compañía cuando vea que aquél goza de prosperidad. Esta

Si, por el contrario, el hijo de vida independiente permanece en el domicilio familiar, pueden plantearse dos tipos de conflictos. El primero cuando el hijo pretenda abandonar dicho domicilio en contra de la voluntad de sus padres. Sólo cuando su permanencia en el mismo sea perjudicial para su economía y no haya otra razón que, a pesar de ello, la justifique, podrá el menor vencer la oposición de sus padres. De lo que se deduce un principio que se puede extender a todas las consecuencias personales de la vida independiente del menor. Será la parte que desee alterar la situación fáctica ya creada y existente, la que tenga que probar la especial bondad y justificación del cambio que desea hacer (el hijo) o que desea imponer (el padre), puesto que cabe entender *a priori* que, dentro de las condiciones preexistentes, la independencia del hijo se desarrollaba adecuadamente.

El segundo tipo de conflictos se refiere al cambio domiciliar de los padres cuando éstos desean imponérselos también al hijo. Aplicando el principio arriba mencionado, serán entonces ellos los que tengan que probar que dicho cambio no perjudica a la economía del menor o que, en su caso responde a una justa causa, aunque produzca alguna dificultad en aquélla.

La articulación de la situación del menor de vida independiente con respecto a las facultades que, frente a él, sigue teniendo el titular de la patria potestad, adquiere una especial complejidad al abordar los temas de vecindad civil y de nacionalidad (91). La facilidad con la que se puede admitir la separación de domicilio con respecto a sus padres desaparece al tratarse de materias relacionadas con el estado civil de las personas (orden público), y una de ellas, concretamente, también con la soberanía nacional. Se trata además de una faceta del estado civil especialmente vulnerable al fraude legal.

cuestión la resuelve el citado comentarista de acuerdo con el Sr. García Goyena y con el buen sentido, sosteniendo que debe quedar a la prudencia del Juez el decidir si el padre procede o no por codicia." *Comentarios...* Vid. página 29. SÁNCHEZ ROMÁN: "... es racionalmente derecho del hijo a que se le respete la independencia de domicilio que, por circunstancias especiales, hayan creado hechos consentidos o provocados por el padre o que sean producto de necesidad legal.

Ejemplo de la primera clase serán aquellos que sean resultado del ejercicio de cargos, desempeño de oficio, práctica de profesión o establecimiento de industria, que el padre hubiera consentido respecto del hijo de cierta edad, pero sometido todavía a la patria potestad, en cuya hipótesis algún fundamento puede aconsejar que no deba rectificarse por la simple voluntad del padre, sin justificación alguna, si con ello se causa evidente perjuicio al hijo. En este caso, ya por la racionalidad del mismo, ya por el concepto expreso del *deber de tenerlo en su compañía*, que respecto de los hijos impone el Código al padre, parece que la solución procedente sería la que se derivara de la resolución judicial, con el debido conocimiento de causa". Op. cit. Vid. pág. 1138.

(91) En contra DE CASTRO: "El hijo no emancipado, aunque tenga vida independiente, tiene la nacionalidad (art. 18) y sigue la condición del padre avendado en territorio de Derecho común o foral (art. 15)." *Derecho civil...* Vid. pág. 197. Nota 5.

De ahí las precauciones del legislador, que se plasman, por lo que a nuestro caso atañe, en el principio de unidad familiar que nuestro Código civil aplica tanto a la vecindad como a la nacionalidad. Es un obstáculo insalvable que impide a los hijos cambiar de nacionalidad por su cuenta antes de alcanzar la emancipación. Hasta entonces conservan pues la nacionalidad y la vecindad que les corresponda por nacimiento (*ius sanguinis*) y sólo pueden cambiarla de manera derivada al adquirir otra el titular de la patria potestad (es un cambio derivado) (artículos 15, párrafo 3.º, 19, párrafo 3.º, 23, número 5.º).

Así pues, por muy justificado que pueda estar hipotéticamente el cambio de vecindad o de nacionalidad deseado por el hijo de vida independiente, no resulta posible, puesto que habría que acudir a su emancipación y nuestro ordenamiento no acepta con carácter general la judicial (sólo en el supuesto del artículo 168 del Código civil) (92).

Pero como contrapartida a esta limitación personal absoluta al hijo de vida independiente, también cuesta imaginar supuestos en los que la aplicación del cambio de vecindad y, sobre todo, de nacionalidad del padre (o de la madre) no afecte directa o inmediatamente al régimen patrimonial de aquél. Sobre todo cuando el cambio se fundamente en una alteración de residencia del titular de la patria potestad que el hijo no emancipado no haya seguido, precisamente en base a su independencia.

Ahora bien, el principio de unidad familiar no permite dar cauce directamente a la voluntad del hijo de evitar ese cambio. Habrá que pasar previamente por la eliminación de la patria potestad para que el hijo de vida independiente pueda conservar su nacionalidad o su vecindad. El único cauce posible es el de la *dureza excesiva* del artículo 171 (interpretado en el sentido amplio que hemos expuesto). De esta forma, el hijo de vida independiente dejará de estar sometido a la patria potestad (aun en su forma disminuida) y pasará a depender de una tutela, constituida normalmente, de acuerdo con los requisitos del Código civil, y cuyo contenido también estará disminuido, de forma análoga a lo que ocurría con la patria potestad. Sobre la compatibilidad de la tutela con la vida independiente del menor no hay lugar a dudas, como se verá en el próximo apartado.

El último tema de esta faceta personal de la situación jurídica del menor de vida independiente se encuentra en la mayor autonomía que cuenta para contraer matrimonio al margen de la licencia regulada en los artículos 45 y siguientes del Código civil. La doctrina se refiere normalmente a la vida independiente del menor al comentar la sanción contenida en la regla segunda del artículo 50. Se considera que, puesto que el matrimonio determina la emancipación, ese menor contemplado en el mencionado precepto disfrutará de una vida inde-

(92) Sólo sería posible la habilitación de la mayor edad, para lo que habría de constituirse previamente el consejo de familia (Vid. artículo 322 del Código civil).

pendiente y, por consiguiente, gozará de los efectos derivados de ella (93). Con lo que se palía el alcance de la sanción. Naturalmente, para ello se parte de la interpretación restrictiva del artículo 160, puesto que para mí —tal y como lo he expuesto— el disfrute de dicha situación implica la administración de todo el patrimonio y ésto es precisamente lo que prohíbe la sanción contemplada. Admito que el menor casado sometido a élla tendría la administración de los bienes que adquiriera con su industria y trabajo, y nada más. Pero ello constituye un régimen distinto (menos *independiente* patrimonialmente), que el del artículo 160. Lo que se justifica, puesto que la vida independiente alcanzada por el menor no emancipado previamente a través del matrimonio es otra que la prevista en el artículo 160. Por la sencilla razón que mientras ésta se basa en el consentimiento (al menos el inicial) de los padres, aquélla es una vida independiente impuesta a los padres, (94). De ahí que sus consecuencias económicas sean inferiores a las del artículo 160.

Pero lo que más me importa señalar es que, frente a la aquí combatida interpretación restrictiva del artículo 160, la propuesta por mí implica también, como indicaba, una mayor libertad personal del menor frente al matrimonio. Resultado que, sin duda, me parece hoy en día positivo.

En efecto, adoptando la interpretación restrictiva del artículo 160, segunda parte, tanto antes como después del matrimonio el menor administra los bienes adquiridos con su industria o trabajo. Pero con interpretación aquí defendida, se plantea el problema de saber si se aplicará la sanción del artículo 50, regla segunda, puesto que el menor de vida independiente administra ya antes del matrimonio todo su patrimonio. Con la primera interpretación la sanción implica que la independencia del menor no aumenta (en el terreno patrimonial); con la segunda, la sanción implicaría una disminución de su independencia. Precisamente porque el menor no ha alcanzado su independencia a través del matrimonio, *imponiéndosela* a sus padres, sino anteriormente y *con su consentimiento*, parece que el supuesto de aplicación de esa sanción no es el del hijo de vida independiente anterior al matrimonio. No responde ni a los principios orientadores de la situación del hijo de vida independiente (tal como cabe deducirlos del estudio hasta aquí realizado), ni a las razones que justifican las sanciones del artículo 50, la aplicación de la regla segunda del mismo a aquél.

(93) ALBALADEJO, Op cit. Vid. pág. 123; DE CASTRO, *Derecho civil...* Vid. pág. 235; *Compendio...* Vid. pág. 211.

(94) DE CASTRO: "El radio de acción de la regla (segunda del artículo 50) comprende sólo al menor que queda emancipado por el matrimonio contraído violando alguna de las prohibiciones del artículo 45. No merece obtener el beneficio de la emancipación en todo su alcance quien lo consigue mediante una infracción legal. La disposición tiene, pues, una clara finalidad punitiva." *Derecho civil...* Vid. pág. 234.

Pero es que además, la misma interpretación literal del precepto abona esta solución, ya que dicha regla establece que el menor “no recibirá la administración de sus bienes hasta que no llegue a la mayor edad”. Y aquí esta posibilidad no existe porque el menor *ya tiene* la administración de sus bienes.

Así pues, de mi interpretación no sólo deriva una mayor libertad del menor de vida independiente para contraer matrimonio, sino también una mayor amplitud de los efectos de la emancipación alcanzada con su matrimonio.

VIII. CAPACIDAD DEL MENOR DE DIECIOCHO AÑOS DE VIDA INDEPENDIENTE

A nadie escapa que el menor de vida independiente será normalmente un mayor de dieciocho años, dado el desarrollo de la personalidad necesario para llegar a un autogobierno económico, así como si se tienen en cuenta las posibilidades económicas, sociales y jurídicas existentes en España con respecto a los menores de dieciocho años. Sin embargo, ya hemos señalado en repetidas ocasiones que el artículo 160 no contiene ningún límite de edad. Este vendrá determinado por la propia realidad, determinante de la posibilidad o imposibilidad *en cada caso* de una vida independiente del menor. Por ello se plantea el problema de decidir si, al igual que en la emancipación, cabe hacer un distingo entre los mayores y los menores de dieciocho años.

Normalmente, los que han equiparado el artículo 160, segunda parte, a una emancipación tácita han optado por la distinción (95). En cambio, la doctrina más autorizada defensora de la interpretación restrictiva del artículo 160 ha optado por la solución contraria, aunque, eso sí, ha considerado que eran de aplicación los límites contenidos en el artículo 317 del Código civil (96).

Los primeros tratan de evitar las consecuencias más graves a que podría llevar una emancipación sin un mínimo de edad. Los partidarios de la segunda orientación tratan, por el contrario, —al rechazar la distinción— de imponer la necesidad de restringir el alcance del artículo 160 (tal y como ellos propugnan), puesto que puede aplicarse igualmente tanto a un menor de veinte años, como a un menor de catorce años.

Yo creo que si el artículo 160 establece que el menor se reputará *como emancipado*, habrá que acudir a los casos de emancipación más parecidos (por sus requisitos materiales) a los posibles supuestos del

(95) MANRESA lleva la distinción a un punto que considero excesivo, al negar que el artículo 160 pueda aplicarse a los menores de dieciocho años. Vid. Nota 5.

(96) ALBALADEJO, Op. cit. Vid. pág. 124; DE CASTRO, *Derecho civil...* Vid. pág. 197; RAMOS, Op. cit. Vid. pág. 155; SANTAMARÍA, Op. cit. Vid. página 352.

artículo 160 para ver el alcance de la independencia concedida en ellos al menor. Por ello, entiendo correcto que se considere que la emancipación del artículo 160 no es la que corresponde al mayor de edad, sino la que corresponde tanto al mayor de dieciocho años (artículo 317 del Código civil), como la que corresponde al menor de dieciocho años (artículo 59, párrafo 2.º del Código civil). No se trata de atender a una emancipación especial por matrimonio para interpretar el artículo 160, sino al único supuesto en que el Código civil prevé la emancipación de un menor de dieciocho años y que, por esa razón, ha de funcionar de módulo para todos los supuestos similares.

Lo que me parece contradictorio es aplicar el artículo 317 al menor de vida independiente y no aplicar, en su caso (menor de dieciocho años) el artículo 59, párrafo 2.º. Las mismas razones existen para la aplicación analógica del uno y del otro. Por ello sospecho que, tal y como señalo más arriba, esta línea de conducta frente al artículo 160 responde más a la defensa o afianzamiento de la interpretación adoptada para el mismo que a una integración correcta del sistema del Código civil sobre la materia.

Naturalmente, la aplicación del artículo 59, párrafo 2.º, determinará una margen de independencia mucho más reducido para el menor y, paralelamente, una mayor intervención del titular de la patria potestad, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial del menor. Si embargo, creo que, a pesar de los cambios cuantitativos derivados de esta disminución y aumento respectivo de poderes, sigue inalterado *cualitativamente* el esquema trazado anteriormente con carácter general:

- Todo el patrimonio del menor pasa a ser administrado por él (ahora conjuntamente con el titular de la patria potestad).
- El ejercicio de la patria potestad deja de ser arbitrario y pasa a estar controlado concretamente, con necesidad de justificar cada alteración del *status* existente *de facto* (cierto que ahora las razones alegables por el padre serán mucho más numerosas).

IX. EL MENOR DE VIDA INDEPENDIENTE SOMETIDO A TUTELA

Aunque la vida independiente del menor se encuentra regulada en el Código civil con referencia a la patria potestad, no plantea ninguna duda en la doctrina su extensión al menor de edad sometido a tutela (97). Sin embargo, se suele descuidar un tratamiento específico del caso, aunque evidentemente la aplicación a la tutela de los

(97). ALBALADEJO, Op cit. Vid. pág. 124; DE CASTRO, *Derecho civil...* Vid. pág. 199.

requisitos y del régimen del menor de vida independiente no puede ser mecánica y, además, plantea una propia problemática. No pretendo tratar con detalle dicha problemática. Pero sí que considero oportuno esbozarla y apuntar las soluciones que parecen más atendibles, puesto que existe un vacío doctrinal total al respecto. Para ello habrá que atender a los dos casos principales en los que la independencia del menor pueda incidir sobre la tutela.

El primero de ellos se produce cuando la vida independiente del menor nace una vez constituida la tutela. Conviene hacer algunas puntualizaciones, tanto sobre dicho nacimiento, como sobre el régimen y contenido de la tutela a partir de ese momento.

Dada la redacción que el Código civil utiliza para fijar los deberes del tutor (artículo 264, números 1.º y 4.º) y su sumisión al consejo de familia en la adopción de cualquier decisión importante que afecte directamente a la vida del pupilo (artículo 269, números 1.º, 2.º y 3.º), cabe deducir que la independencia del menor no puede nacer sólo en base al consentimiento del tutor. Será necesaria la autorización del consejo de familia, respaldando dicho consentimiento (98). Ciertamente podrá entenderse concedida la autorización cuando la independencia fáctica del menor se desarrolla con conocimiento (aunque sea casual) de los miembros del consejo de familia y sin que medie oposición por su parte.

En cuanto al contenido de la tutela, éste sufre una importante reducción análoga a la que hemos visto en la patria potestad. Los plenos derechos y deberes del tutor, del protutor y del consejo de familia subsisten potencialmente, en tanto en cuanto pueda concluir por una justa causa la independencia del menor. Pero, en la actualidad, desaparecen los patrimoniales y quedan profundamente debilitados los personales.

Conviene resaltar que, por lo que se refiere al patrimonio, la administración del menor no implica una adquisición de su usufructo, puesto que ya lo tenía con anterioridad (99); pero sí desaparece la retribución del tutor. Los párrafos 2.º y 3.º del artículo 276 evidencian que dicha retribución se relaciona con la administración de los bienes del pupilo.

Puesto que las funciones patrimoniales del tutor quedan actualmente suspendidas, parece lógico aplicar al caso lo previsto en los artículos 279 a 287 acerca de las cuentas generales de la tutela, permitiendo así al tutor cancelar totalmente la fianza (artículo 259) (100). Naturalmente, sin perjuicio de su reconstitución, junto con todas las formalidades previstas para la constitución de la tutela, en el caso de que concluyese la independencia del menor. También se incluye

(98) También será necesaria para su revocación.

(99) Incluso cuando se asignan al tutor los frutos por alimentos (artículo 279 del Código civil).

(100) Lo que se puede aplicar también a los casos del artículo 166 del Código civil.

en esta misma línea de pensamiento, basada en la capacidad del menor de vida independiente para autogobernarse, la eliminación de la prohibición contenida en el número 4.º del artículo 275, salvo cuando se trate de bienes inmuebles, dada la intervención que en tal caso ha de tener el tutor (artículo 317), o cuando el menor tenga menos de dieciocho años (artículo 59, párrafo 2.º).

En este caso no plantea problemas actuar la defensa del menor, dado que "el protutor está obligado: 2.º A sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor" (artículo 236). La diferencia frente a su posición normal en la tutela estriba en que su defensa del menor no dependerá sólo de su iniciativa, sino más bien de la del propio menor de vida independiente.

El segundo caso que pretendemos contemplar es aquél en que la vida independiente del menor ha nacido antes de que se constituya la tutela, es decir, cuando el menor se encontraba sometido a la patria potestad. En principio, podría pensarse que, una vez extinguida la patria potestad, habría llegado el momento adecuado para confirmar definitivamente la independencia del menor con la emancipación. Sin embargo, semejante posibilidad no existe en nuestro ordenamiento, ni aún cuando el menor haya alcanzado la edad de dieciocho años. La emancipación judicial no existe en nuestro ordenamiento más que con carácter excepcional (artículo 168). Sólo el consejo de familia podría adoptar eficazmente dicha decisión (artículos 322 y siguientes).

El problema principal que plantea este segundo caso es el de saber si vale la pena cumplir los complicados requisitos exigidos por el Código civil para la constitución de la tutela. Un tema parecido es el del menor emancipado, no sujeto a tutela (artículos 200, número 1.º, y 278, número 1.º), y, sin embargo, necesitado de la intervención del tutor (artículos 59, párrafo 2.º y 317). Pero hay una diferencia importante, y es que el menor de vida independiente no está emancipado y, consecuentemente, sigue sometido plenamente (en potència) a la tutela. Hasta el punto de que, mediando justa causa, puede verse negada su independencia y sometido actualmente al contenido normal de la tutela. De ahí que parezca insalvable en este caso la constitución de la misma. Ahora bien, reducida en principio a un ejercicio tal y como lo hemos descrito para el caso anterior. Con la consecuencia de eliminar de dicha constitución todos los requisitos relacionado con la protección del patrimonio del menor (fundamentalmente, la realización de su inventario —artículos 264 y siguientes— y la constitución de una fianza —artículos 252 a 260—).

X. CONSIDERACIONES FINALES

Mantener la interpretación que hemos defendido para acotar la situación jurídica del menor de vida independiente, como resulta del

artículo 160 del Código civil, no supone rechazar la viabilidad legal y la utilidad (tanto para el desarrollo personal del menor, como para la seguridad del tráfico) de supuestos en que la actuación del menor sea plenamente eficaz en base a autorizaciones (reales o presuntas) más o menos amplias de sus representantes legales. Con esta construcción deben conectarse en verdad muchas de las normas especiales que vienen a potenciar la capacidad del menor en determinado sector, pero, como ya indicábamos al comienzo, dicha construcción puede fundamentarse directamente en la teoría general de la representación legal. No es preciso acudir al artículo 160, que hace referencia a un supuesto distinto. Ciertamente que la doctrina más autorizada, partidaria de una interpretación restrictiva del mismo, distingue la situación del menor de vida independiente frente a la situación del menor que actúa en base a una autorización concreta. Pero, de acuerdo con dicha doctrina, no cabe distinguir más que una diferencia *cuantitativa* entre ambos casos (101) (si hacemos caso omiso del usufructo de los bienes (102)). En cambio, para mí, de acuerdo con lo expuesto, la diferencia es *cualitativa*.

Ya hemos argumentado por qué la construcción que tratamos de defender sobre la vida independiente del menor nos parece sustancialmente preferible a las dos otras construcciones existentes hasta el presente en nuestra doctrina. Como decíamos, responde a una mejor defensa de los intereses, tanto patrimoniales como personales, del menor. Hasta el punto de que la amenaza del fraude, con frecuencia esgrimida por los autores en este tema, resulta especialmente disminuida con ella. En primer lugar, conviene insistir en que la vida independiente del menor se monta sobre una situación fáctica cuya apariencia no es fácil de alcanzar artificialmente. En segundo lugar, la misma importancia jurídica de sus efectos (reducción drástica de los poderes propios del representante legal) harán sumamente problemática su manipulación con fines fraudulentos. En tercer lugar, aunque no sea una situación revocable según el arbitrio del representante le-

(101) En efecto, aunque DE CASTRO distinga ambos supuestos, tanto en su *Compendio* (Vid. Nota 35) como en el *Derecho civil de España*, al estudiar la autorización del *representante legítimo* (Vid. pág. 200) como una causa distinta (a la vida independiente del hijo menor de edad) de ampliación de la capacidad de obrar del menor (Vid. pág. 193), él mismo admite que las disposiciones especiales que amplían la capacidad del menor se basan en el artículo 160 y que ello debe constituir un argumento en contra de una interpretación amplia del mismo (Vid. la consideración 5.^a en la Nota 14). Más adelante añade: "no se ha creado un cambio de estado o definitivo en la condición jurídica del hijo, sino una ampliación de su poder y de su responsabilidad sobre un conjunto de bienes, cuya naturaleza se aproxima más a una autorización general tácita que a una verdadera emancipación" (Vid. página 196). Para mí, la única diferencia con dicha autorización general tácita estará, en su caso, en la extinción del usufructo legal del titular de la patria potestad.

(102) Frecuentemente, la autorización concreta se acompaña de una renuncia tácita al usufructo de los bienes sobre los que recae. Argumento ex artículo 161 del Código civil. Vid. las Notas 31 y 34.

gal, tampoco tiene carácter irreversible; por lo que no cabe una desprotección del menor.

Otro dato importante hace referencia a la vigencia social de este instituto. Me atrevo a asegurar que la emancipación es una institución con una vigencia mucho más reducida, practicada fundamentalmente en ambientes sociales elevados. Con frecuencia se ha dicho que el Derecho civil permanece alejado de las clases populares. Quizá en este caso se pueda predicar lo mismo de la emancipación de los menores. No, en cambio, de su vida independiente. Esta, basada en una situación fáctica, cumple sin duda la función de aquélla en la mayor parte de las capas sociales.

Dicho ésto, concluyo preguntándome hasta qué punto esta vida independiente del menor no es una institución superior a la emancipación. Desde luego, presenta dos caracteres que parecen concederle ciertas ventajas: se trata de una situación que se basa *necesariamente* en una capacidad real de autogobierno por parte del menor y, además, no tiene carácter definitivo, puesto, que puede y *debe* ser revocada mediando justa causa (no olvidemos que los deberes del representante legal subsisten virtualmente en su plenitud y actualmente también, aunque debilitados).

