

LA EMANCIPACIÓN DE HECHO DESDE EL ARTÍCULO 319 DEL CÓDIGO CIVIL

INMACULADA GARCÍA PRESAS

Contratada "Ánxeles Alvariño"

Universidad de A Coruña

Recepción: 15 de junio de 2011

Aprobado por el Consejo de Redacción: 15 de julio de 2011

RESUMEN: En este trabajo se parte del artículo 319 del Código Civil para analizar la situación del menor de vida independiente. Éste ha de tener dieciséis años cumplidos, disfrutar de una economía separada de la familia y contar con el consentimiento necesario para ser independiente. La patria potestad se suspende, los padres continúan ostentándola, pero están de acuerdo en no ejercerla en tanto consienten que el hijo menor haga vida independiente. Dicha suspensión termina en el instante en el que los padres revocan su consentimiento. El principal efecto es la ampliación de la capacidad de obrar –de la que carecía al ser menor de edad–. Al ser su capacidad como la del emancipado resulta de aplicación el artículo 323 del citado cuerpo legal. Nos encontramos ante una emancipación de hecho y no ante una verdadera emancipación cuyos supuestos se recogen en el artículo 314 del Código Civil.

PALABRAS CLAVE: Emancipación. Beneficio de la mayor edad. Capacidad de obrar. Capacidad jurídica. Vida independiente. Patria potestad. Tutela. Consentimiento. Revocación.

ABSTRACT: Following the article 319 of the Civil Code we analyze, in this work, the situation of the minor of independent life. The minor must be already sixteen years old, he must have an economy separated from the family and he must possess the necessary assent to be independent. The parental authority is suspended, the parents still have it, but they do not use it while they consent that the minor does independent life. The above mentioned suspension ends when the parents revoke his assent.

The main effect is the extension of the aptitude to act - that he was lacking while he was minor-. Therefore, being his capacity like that of the emancipated one it can be applied the article 323 of the Civil Code. Therefore, what we have is an emancipation of fact and not a real emancipation, which rules are gathered in the article 314 of the Civil Code.

KEY WORDS: Emancipation. Benefit of the major age. Aptitude to act. Juridical capacity. Independent life. Parental authority. Guardianship. Assent. Revocation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL ESTADO CIVIL DE EMANCIPADO. III. EL BENEFICIO DE LA MAYOR EDAD. IV. LAS CAUSAS DE EMANCIPACIÓN Y DEL BENEFICIO DE LA MAYOR EDAD. 1. Matrimonio. 2. Por concesión de quienes ejerzan la patria potestad. 3. Por concesión judicial. 4. Por mayoría de edad. V. LA EMANCIPACIÓN DE HECHO. 1. Precedentes. 2. Los requisitos. 3. La continuación de la patria potestad y de la tutela. 4. La ausencia de inscripción en el registro civil. 5. La revocación. 6. La ampliación de la capacidad de obrar. VI. LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR. 1. La capacidad jurídica y la titularidad. 2. La capacidad de obrar. A. La capacidad de obrar restringida. B. Las capacidades de obrar especiales. C. La capacidad de obrar plena. D. La incapacidad. VII. EL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO CIVIL. 1. Los efectos patrimoniales y personales. 2. El complemento de capacidad. 3. La comparecencia en juicio.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de este trabajo se tratará de abordar la situación del menor de vida independiente desde lo que dispone el artículo 319 del Código Civil, el cual indica que "Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de 16 años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento".

También resulta de interés lo dispuesto en el artículo 7.b del Estatuto de los Trabajadores. En virtud del mismo "podrán contratar la prestación de su trabajo (...) los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres y tutores o con autorización de la persona o institución que les tenga a su cargo" (supuesto paradigmático de vida independiente). Por su parte el artículo 44 de la Ley de Propiedad Intelectual establece que "los autores menores de dieciocho y mayores de dieciséis, que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo, tienen plena capacidad para ceder los derechos de explotación".

La emancipación por vida independiente presenta algunas notas peculiares que la alejan de los demás supuestos de emancipación. A modo de ejemplo se puede citar la posible revocación del consentimiento de los padres, la ausencia de forma solemne o de publicidad registral, y la no extinción de la patria potestad, pues en cualquier momento los padres pueden recuperar su ejercicio mediante la revocación del consentimiento prestado. Lo que permite dudar de que se esté ante un supuesto técnico de emancipación¹.

Con la finalidad de aportar un análisis más completo, sobre la situación del menor de vida independiente, también se abordarán brevemente otras cuestiones relacionadas con la temática central del mismo, entre ellas cabe destacar la emancipación de derecho, el beneficio de la mayor edad, la capacidad de obrar y la capacidad jurídica.

1 BLASCO GASCÓ, F. (coord.), *Derecho Civil. Parte general Derecho de la Persona*, (Valencia, 2003), pág. 232.

II. EL ESTADO CIVIL DE EMANCIPADO

La situación de menor emancipado es definitiva (en el sentido de que no puede ser luego revocada) y se halla tipificada legalmente, de manera que ni siquiera cuando tiene su origen en un acto voluntario dirigido a producirla puede este acto introducir determinaciones o condicionamientos que se aparten de lo establecido por la ley².

En sentido amplio, se entiende por emancipación la salida del menor de la patria potestad. En sentido estricto, la emancipación es un acto jurídico por el cual al menor se le constituye en un nuevo estado civil: el del menor emancipado³.

Así pues, en el Derecho español entre el estado de menor de edad y el de mayor de edad se comprende uno intermedio que se denomina emancipación y que se encuentra reservado, por razones históricas, a los menores sometidos a la patria potestad.

En efecto, debemos partir de la emancipación como institución que tradicionalmente ha respondido a la necesidad de solucionar de forma razonable las aspiraciones de autonomía de los menores con cierta madurez y, casi siempre, con cierta independencia económica y/o profesional. Al menos esa debe ser la tendencia actual de la figura, dada su escasa relevancia práctica, al haber quedado constreñida a la edad de entre 16 y 18 años (salvo caso de emancipación por matrimonio) y existir otros cauces para que un menor pueda gobernar en parte sus bienes sin necesidad de este status de emancipado.

Desde esta perspectiva resulta difícilmente tolerable que la adquisición del nivel de independencia del emancipado, sin duda el más elevado de todos cuantos afectan a los menores de edad, pueda depender, directa o indirectamente, de una decisión de los padres. Es obvio, que tanto la forma normal de emancipación (por concesión paterna) como la emancipación judicial, están condicionadas en mayor o menor medida por la conducta de los padres. Se pierde así de vista al sujeto destinatario, el menor, respecto del cual lo decisivo será su grado de madurez y de experiencia, y sus posibilidades de valerse por sí mismo en la vida social y económica.

Esta conclusión se reafirma si comparamos las formas de emancipación cuando el menor está sujeto a la patria potestad de sus padres con el llamado beneficio de la mayor edad, aplicable exclusivamente a los menores sujetos a tutela (artículo 322 del Código Civil). Para éstos, las posibilidades de lograr el nivel de autonomía propio del emancipado en teoría son mayores al depender de la apreciación judicial, en principio sin exigirse circunstancia especial. En cambio, cuando existe sujeción a la patria potestad, la emancipación depende de una concesión graciosa de los padres, o, caso de autorización judicial (artículo 320 del Código Civil), de hechos objetivos, externos al grado de capacidad del sujeto, como son los problemas de convivencia o, en general, las dificultades de ejercicio de la patria potestad.

Desde el punto de vista constitucional, esta dualidad de sistemas resulta difícilmente admisible, ya que, en igualdad de condiciones, se hace menos probable la obtención de la emancipación –y consiguientemente de la capacidad de obrar propia de ésta– para quienes

2 LACRUZ BERDEJO, J.L., *Parte General. Volumen Segundo. Personas*, (Madrid, 2000), pág.134.

3 RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, M., *Manual de Derecho Civil. Parte general*, (Madrid, 2008), pág. 243.

estaban sujetos a patria potestad. Sin duda alguna, existe un riesgo patente de lesión del principio de igualdad ante la ley (artículo 14 de la Constitución Española), sin que haya razón para la diferenciación (es irrelevante el sometimiento a patria potestad o tutela para fundamentar un régimen tan distinto en materia de emancipación).

Además, el principio del libre desarrollo de la personalidad puede quedar afectado, ya que la obtención de un mayor grado de autonomía jurídica, se hace depender, no de la aptitud del sujeto, sino de la voluntad paterna, o de una decisión judicial basada en otros factores ajenos a aquella.

La situación se agrava aún más si se comparan las tres formas de emancipación antes citadas, susceptibles de alcanzarse a partir de los dieciséis años, con la emancipación por matrimonio, para la que, excepcionalmente, bastan los catorce años. No es razonable, pensando en términos de aptitud natural para el autogobierno, que un sujeto, por el hecho de contraer matrimonio, vaya a tener un grado de madurez superior. No es tampoco acorde con el principio constitucional de igualdad ante la ley, recogido en el artículo 14 de la Carta Magna, permitir que el cauce matrimonial sirva para primar a unos sujetos sobre otros que no tengan intención de casarse, pero gocen de una madurez similar, máxime si se tiene en cuenta que la razón habitual para la concesión de la dispensa de la menor edad para contraer matrimonio es el embarazo de la menor. Es cierto, por el contrario, que en esta clase de emancipación, previamente a la dispensa (y, por lo tanto, al matrimonio del que nace la emancipación) ha habido un examen por la autoridad judicial de la causa justificativa de la petición de dispensa por razón de edad (artículo 48 del Código Civil), lo que separaría unos casos de otros. Pero como se ha señalado, en la práctica, la dispensa se concede en situaciones de embarazo, con un cierto objetivo de legitimar la prole, sin atender al nivel de madurez del sujeto⁴.

En última instancia, desde el punto de vista de grado de madurez y experiencia del menor, la que consideramos como verdadera emancipación es la llamada emancipación por vida independiente. En ella, un sujeto puede acreditar el hallarse en una situación personal que le permite el autogobierno con la garantía de una experiencia suficiente para desenvolverse socialmente (al menos así debería ser en pura teoría). Pues bien, curiosamente, en una manifestación más de la incoherencia del sistema, nuestro legislador deja en manos de los padres la revocación de su consentimiento –normalmente tácito o presunto– a esa situación, en principio sin necesidad siquiera de justificarlo. Si pensamos en términos de autonomía de los menores, y apoyamos su concesión en su nivel de madurez, no tiene ningún sentido dejar al arbitrio de los padres, y no de la situación personal del menor, la posibilidad de hacer cambiar de status. Esa facultad de revocar no es sino un residuo indeseado de una concepción absolutista de la autoridad paterna que no tiene hoy apoyo ni fundamento alguno en nuestro ordenamiento jurídico, y que, obviamente, raya en lo inconstitucional, por afectar directamente al principio del libre desarrollo de la

4 RUIZ-RICO RUIZ, J. M.; GARCÍA ALGUACIL, M. J., *La representación legal de menores e incapaces*, (Navarra, 2004), pág. 106 e ss.

personalidad del menor, al suponer un límite injustificado a ese derecho general establecido en el artículo 10, párrafo primero, de la Constitución Española-⁵.

III. EL BENEFICIO DE LA MAYOR EDAD

Tal como, en cierta medida, ya se ha expuesto, existe una institución, equivalente a la emancipación, respecto a las personas de corta edad que están sujetas a tutela; se trata del beneficio de la mayor de edad⁶.

Es importante recordar que se defiende la aplicación analógica de la figura de la emancipación por vida independiente, a los menores sometidos a tutela, que pese a las dificultades dogmáticas que presenta resulta razonable y equitativa, a más de estar contemplada en la normativa laboral⁷.

El precepto 323 del Código Civil, objeto de estudio, dice expresamente que "lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad".

IV. LAS CAUSAS DE EMANCIPACIÓN Y DEL BENEFICIO DE LA MAYOR EDAD

La emancipación y el beneficio de la mayor edad son situaciones en las que no se encuentran todos los menores, sino tan solo algunos de ellos. Es decir, en las personas de escasa edad ha de concurrir alguna de las causas del artículo 314 del Código Civil –matrimonio, concesión judicial, concesión de los titulares de la patria potestad...- para que puedan gozar de este nuevo estado civil y, en consecuencia, de las ventajas que el mismo conlleva.

1. Matrimonio

Según el artículo 316 del Código Civil, "el matrimonio produce de derecho la emancipación", esto es, automáticamente, *ipso iure*. Siempre y cuando haya dispensa judicial y tenga al menos catorce años.

Los efectos de esta clase de emancipación –es decir, la capacidad restringida que comporta- la señala el artículo 324 del Código Civil.

2. Por concesión de quienes ejerzan la patria potestad

Según el artículo 317 del Código Civil para que se produzca esta clase de emancipación es necesario que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro.

5 RUIZ-RICO RUIZ, JM; GARCÍA ALGUACIL, M. J., *La representación*, cit. pág. 108.

6 DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Curso de Derecho Civil I. Derecho Privado de la Persona*. (Madrid, 2008), pág. 423.

7 MORENO QUESADA, B. (coord.), *Curso de Derecho Civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, (Valencia, 2000), pág. 101.

No existe control alguno acerca de las razones que justifican la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad. No se exige, en ningún momento, un control individualizado de si el hijo que ya ha cumplido la citada edad tiene la suficiente madurez para hacer frente a la ampliación de su capacidad de obrar que supone la emancipación.

Sin embargo, el mayor de dieciséis años sometido a tutela, no puede ser emancipado por concesión del tutor, sino que ha de serlo a través de una resolución judicial.

3. Por concesión judicial

La emancipación por concesión judicial se recoge en el artículo 320 del Código Civil. Es preciso contar con, al menos, dieciséis años y que haya una previa audiencia de los padres. Además el juez no actúa de oficio, sino a instancia del menor que tenga la citada edad.

La emancipación debe estar justificada por la concurrencia de determinadas causas:

- Cuando quien ejerce la patria potestad contraiga nupcias o conviva maritalmente con persona distinta del otro progenitor.
- Cuando los padres viven separados (sean extramatrimoniales o matrimoniales y, tanto si se trata de separación de hecho como de nulidad, separación o divorcio).
- Cuando concorra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad. Está abierto a todo supuesto de entorpecimiento físico (lejanía, enfermedad) o moral (mala conducta, vicio).

El precepto siguiente contempla la posibilidad de que el juez conceda el beneficio de la mayor edad al sujeto sometido a tutela mayor de dieciséis años. La emancipación del tutelado por concesión judicial no está vinculada a la concurrencia de causas determinadas resultando necesario que el menor de edad la solicite.

A pesar de que se requiere un previo informe del Ministerio Fiscal, la autoridad judicial no está vinculada en su decisión por el contenido del mencionado informe y resolverá siempre atendiendo fundamentalmente al interés del menor.

De este modo se extingue la tutela, el menor obtiene el beneficio de la mayor edad y, precisará curatela para aquellos actos que necesiten complemento de capacidad.

4. Por mayoría de edad

No es una emancipación, que implica una capacidad de obrar restringida, a pesar de que el artículo 314 del Código Civil lo diga e incluya la mayoría de edad como una de las causas de emancipación. Lo que es erróneo, aunque el efecto extintivo de la patria potestad o de la tutela se produce tanto con la mayoría de edad como con la emancipación o el beneficio de la mayor edad.

Ahora bien los dieciocho años producen el estado civil de la mayoría de edad y, por ende, conllevan la capacidad de obrar general o plena. En este sentido se pronuncia el artículo 322 del Código Civil: "El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales". Por lo tanto, tiene plena capacidad de obrar

en contraposición con el emancipado, que se ve afectado por limitaciones importantes de la capacidad de obrar.

La mayoría de edad determina el momento en el que una persona ha alcanzado en principio la madurez suficiente para que su actuación social sea considerada totalmente eficaz y responsable. En ese momento se pasa de ser un ciudadano en proceso de formación y aprendizaje social a ser una persona adulta.

Según el artículo 12 de la Constitución Española del año 1978 "Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años". Dicha idea la reitera el artículo 315, párrafo primero, del Código Civil.

V. LA EMANCIPACIÓN DE HECHO

Junto a los supuestos de emancipación mencionados en el artículo 314 del Código Civil, se contempla en el artículo 319 otra causa de emancipación que presenta unos perfiles muy característicos, en cuanto que el supuesto en el que se asienta corresponde a una situación fáctica de independencia del menor, que no ha sido constituida por ninguno de los medios oficialmente previstos en el artículo 314 del citado texto legal, por lo que recibe la denominación de emancipación de hecho⁸.

En el supuesto objeto de análisis, tal como se ha indicado anteriormente, no nos encontramos ante una verdadera emancipación, de ahí que nos podamos referir a él bajo la denominación de "emancipación de hecho".

Sin embargo en este sentido se pronuncian diversos autores dando lugar a opiniones divergentes⁹. Así pues Díez Picazo y Gullón consideran que se trata de una emancipación de hecho, ya que a esa edad el hijo podría estarlo de derecho con el consentimiento de los padres y de él mismo. En cambio Albaladejo piensa que aunque se estime que no es seguro que se trate de verdadera emancipación, sí lo es que alcanza la misma capacidad que un emancipado menor. Por otra parte Lacruz opina que nos encontramos ante otra clase de emancipación equiparada por el legislador a la que se alcanza por concesión de quienes ejercen la patria potestad, con los efectos genéricos de toda emancipación, si bien añade que la peculiaridad de los hechos de que deriva y a cuya permanencia está ligada, así como la revocabilidad del consentimiento, introducen importantes peculiaridades.

Según Lete del Río, es discutible que se trate de una verdadera y propia emancipación, a pesar de que el supuesto se haya traído a esta sede y de la literalidad del precepto legal que actualmente regula la vida independiente del menor; y ello, fundamentalmente, porque la emancipación es un estado civil. Pues, como es sabido, el estado civil está regulado por normas imperativas y de orden público, y siguiendo a De Castro, "este significado se manifiesta en el número cerrado de los estados reconocidos, de las causas que los crean y modifican; pero, sobre todo, en la intervención directa del Estado, preestableciendo su

8 BLASCO GASCO, F. (coord.), *Derecho Civil. Parte general Derecho de la Persona*. (Valencia, 2003), pág. 232.

9 LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de la Persona*, (Madrid, 2000), pág. 103 e ss.

prueba, imponiendo su inscripción en el Registro y en la necesaria asistencia del Ministerio Fiscal en los pleitos sobre estado civil"¹⁰.

De ahí que la emancipación por concesión de los padres requiera escritura pública o comparecencia ante el Juez encargado del Registro e inscripción para que pueda producir efectos frente a terceros, así como que no quepa revocación de la misma, características que, desde luego, no se producen respecto del menor de vida independiente, situación en la que basta el consentimiento de los padres.

Por lo tanto, si bien el ámbito de la vida independiente del menor ya no se restringe respecto de determinados bienes, sino que resulta notablemente ampliado, abarcando incluso la esfera personal, no existe una verdadera y propia emancipación, sino que simplemente hay una equiparación en cuanto a eficacia de la vida independiente del menor a la situación del emancipado.

1. Precedentes

El derogado artículo 160 del Código Civil constituye el precedente del actual artículo 319 del citado texto legal. Decía aquel precepto que "los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o a la madre que le tengan en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración".

Se discutía, a propósito de este artículo 160 del Código Civil, la extensión que había de tener la independencia patrimonial y, por lo tanto, si se trataba o no de una verdadera emancipación. Las interpretaciones eran fundamentalmente tres:

Una era aquella que entendía que el supuesto contemplado en el artículo 160 del Código Civil constituía un caso de emancipación tácita. El sector doctrinal que avalaba esta postura se apoyaba básicamente en la expresión legal "se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado", considerando que producía los mismos efectos que la emancipación de derecho.

Otro sector doctrinal opinaba que el artículo 160 no contenía un nuevo supuesto o forma de emancipación del menor, y que dicho precepto solamente ampliaba la capacidad de obrar del menor respecto de unas determinadas masas patrimoniales.

Una tercera interpretación es la de Bercovitz, que plantea la asimilación de la vida independiente del menor no emancipado con una situación jurídica intermedia entre la emancipación y la sumisión normal a la patria potestad. Así, "el hijo no queda emancipado y por ello sigue sometido a la patria potestad. Pero ésta se ejerce ya de otra manera, de acuerdo con los principios a los que debe responder. Por ello ya no subsiste con el contenido típico de los artículos 155, 159 y 160 del Código Civil. Ésta subsiste solo virtualmente,

¹⁰ LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho*, cit. pág. 103 e ss.

puesto que justificando debidamente la medida, los padres pueden revocar eficazmente su consentimiento, eliminando la situación de independencia"

2. Los requisitos

Aunque el artículo 319 del Código Civil no lo exige, es preciso señalar que, se ha de entender que la emancipación se producirá siempre que la situación de independencia no sea el resultado del incumplimiento por parte de los padres de los deberes inherentes a la patria potestad –artículo 154 del citado texto legal–, esto es, en cuanto sea conveniente al interés del menor –artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996–¹¹.

El Código Civil explicita, al respecto, lo siguiente:

1) La vida independiente del menor:

Se entiende por vida independiente la vida económica separada de la familia "el ejercitar una profesión, empleo, oficio o comercio o industria, que es administrada por sí y para sí".

La independencia considerada es la económica, no necesariamente acompañada de la independencia de domicilio.

En efecto, la vida independiente no hay que relacionarla necesariamente con la circunstancia de que el menor tenga domicilio propio y diferente del de sus padres, sino a que goce de autonomía económica respecto de éstos (por ejercer una profesión, comercio o industria, tener empleo...), aunque conviva con ellos.

Desde este punto de vista, un menor de vida económica independiente, que siga viviendo en la casa de sus padres, tiene la consideración de emancipado en virtud del artículo 319 del Código Civil, mientras que un menor que vive fuera de la casa paterna, pero dependiendo económicamente de sus padres –por ejemplo, porque estudia en una ciudad distinta–, no puede ser considerado como emancipado, a los efectos del citado artículo 319¹².

La vida independiente debe tener una manifestación objetiva y externa, de manera que pueda ser conocida por los terceros¹³.

Por autonomía económica no debe entenderse simplemente la posibilidad de hacer frente a los propios gastos con los propios bienes –por ejemplo procedentes de la herencia paterna o de donaciones que el menor haya recibido–. Eso demuestra únicamente que el menor tiene patrimonio, pero no que sepa gobernarlo. Más bien debe entenderse como la adquisición de autonomía económica por el menor, que pueda hacer frente a sus gastos con sus propios ingresos –que bien pueden proceder, naturalmente, de una acertada gestión de la herencia paterna o de las donaciones recibidas–¹⁴.

11 CARRASCO PERERA, A., *Derecho Civil. Introducción. Derecho de la Persona. Derecho Subjetivo. Derecho de Propiedad*, (Madrid, 2004), pág. 117.

12 DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Curso*, cit. Pág. 428.

13 LETE DEL RÍO, JM: *Derecho*, cit. pág. 105.

14 DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.): *Curso*, cit. p. 427.

2) El consentimiento de sus padres o tutores:

El artículo 319 del CC pide que la vida independiente del menor cuente en todo momento con el consentimiento de sus padres.

Consentimiento o autorización de los padres (que ejerzan la patria potestad), siempre que dicho consentimiento no implique dejación o renuncia (que no es admisible) de la patria potestad.

Se requiere el consentimiento de los dos progenitores o, al menos, del que ejerza la patria potestad, sin que el mismo esté sujeto a forma solemne, por lo que puede prestarse incluso tácitamente¹⁵.

En el artículo 319 del Código Civil solo se contempla la emancipación de hecho del menor sometido a la patria potestad, lo que ha provocado a la doctrina cuestionarse la posibilidad de su aplicación al menor bajo tutela decantándose, la mayor parte de los autores, por una solución afirmativa –entre otros se puede citar a Puig Ferriol, Gete Alonso, Díez-Picazo y Gullón-. Así pues, tratándose de un menor sometido a tutela, parece que cabe también esta figura, y que el consentimiento a la vida independiente debe proceder del tutor.

Apoyan a esta interpretación tanto el artículo 7.b del Estatuto de los trabajadores –que reconoce capacidad para contratar a los mayores de 16 años “que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores”–, como el artículo 44 de la Ley de Propiedad Intelectual, que aún va más lejos, concediendo la capacidad para ceder derechos de explotación sobre sus obras a “los autores menores de dieciocho años que vivan de forma independiente con consentimiento de sus padres o tutores o con autorización de la persona o institución que los tengan a su cargo”.

En contra de esta interpretación se debe tener en cuenta que, en el caso de los padres, parece que lo que se hace es permitir a quien puede conceder la emancipación directamente –artículo 317 del Código Civil–, que lo haga también de manera indirecta y revocable, a través del consentimiento a la vida independiente. Frente a esto, resulta que el tutor no puede conceder por sí al menor el beneficio de la mayor edad, por lo que podría ser incoherente permitir que el tutor emancipe al tutelado indirectamente, a través de su consentimiento a la vida independiente, cuando no tiene facultades para hacerlo por la vía directa de la concesión¹⁶.

Es decir, el tutor –a diferencia de los padres que ejercen la patria potestad–no tiene facultad para emancipar al menor, ya que ésta corresponde al juez, tal como se desprende del tenor literal del artículo 321 del Código Civil: “También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare”.

Por lo que respecta al consentimiento a la vida independiente, éste puede ser tanto expreso como tácito. La doctrina entiende que concurre consentimiento tácito cuando los padres o el tutor conocen la vida independiente del menor y no se oponen expresa y formalmente.

15 CARRASCO PERERA, A., *Derecho*, cit. pág. 117.

16 DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.): *Curso*, pág. 428.

Este consentimiento no supone, en ningún caso, la extinción de la patria potestad, ni de la tutela sobre el menor que continúa sometido a ellas, sino solo la suspensión de la dependencia personal y patrimonial mientras la situación se mantenga igual¹⁷.

Tal y como se explicará a lo largo de este trabajo, el citado consentimiento puede ser revocado por los padres o tutores.

3) Haber cumplido 16 años:

Se exige que el menor haya alcanzado los 16 años, que es la edad a partir de la cual se tiene capacidad para celebrar un contrato de trabajo. A pesar de encontrarse en plena adolescencia es obvio que sigue siendo un menor de edad ya que todavía no ha alcanzado los dieciocho años.

Con la exigencia de esta edad se produce la concordancia con la legislación laboral, pues es la misma que el Estatuto de los Trabajadores, de 10 de marzo de 1980, requiere para que el menor pueda contratar la prestación de su trabajo (artículo 7 del Estatuto de los Trabajadores). Otra norma paralela se contiene en el precepto 44 de la Ley de Propiedad Intelectual.

A partir de los dieciséis años, además de poder alcanzar la emancipación "de hecho" por vida independiente, podrán administrar los bienes que hubiesen adquirido con su trabajo o industria –artículo 164, párrafo tercero, del Código Civil–, consentir la enajenación o gravamen de sus bienes en los términos a los que se refiere el artículo 166, párrafo tercero, del Código Civil.

Resulta de gran interés indicar de qué manera se computa la edad. En este sentido se pronuncia el artículo 315, párrafo segundo, del Código Civil. Según el citado precepto, y teniendo en cuenta que la edad es el tiempo que transcurre desde el nacimiento de un ser humano hasta un momento determinado de su vida, para el cómputo de la edad se incluye completo el día del nacimiento, cualquiera que sea la hora en que el mismo tenga lugar.

3. La continuación de la patria potestad y de la tutela

Por lo que respecta al menor de vida independiente, una de las consecuencias de que no se trata de una emancipación en toda regla, es que no se extingue la patria potestad ni la tutela. Esto es, el menor de vida independiente continúa sometido a la patria potestad o a la tutela, según cual fuera la institución bajo la cual previamente se encontraba.

De hecho, tal como indica Puig Ferriol, se produce un supuesto de suspensión de la patria potestad, caracterizado por la nota de que los padres continúan ostentándola, si bien están de acuerdo en no ejercerla en tanto consienten que el hijo menor haga vida independiente, suspensión que termina en el instante en el que los padres revocan el consentimiento.

En efecto, hay que tener presente que no implica la extinción de la patria potestad, tan solo su suspensión por voluntad de los padres, si bien se mantiene el deber personal de los

17 PUIG I FERRIOL, L., GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., GIL RODRIGUEZ, J., HUALDE SANCHEZ. J. J., *Manual de Derecho Civil. Introducción y Derecho de la Persona*, (Madrid, 2001), pág. 185.

padres de velar por los hijos y procurar el desarrollo de la personalidad de éstos, obligación implícita en la facultad revocatoria que les concede la ley¹⁸.

Teniendo presente, por un lado, que el menor emancipado y el menor de vida independiente no son dos figuras idénticas y, por otro, que el menor de vida independiente continúa bajo la guarda de sus padres, se puede concluir que éstos no van a quedar liberados siempre de la responsabilidad extracontractual derivada del ilícito cometido por dicho menor¹⁹.

En otro orden de cosas, la emancipación y el beneficio de la mayor edad traen consigo la desaparición de la representación legal –esto es, de la patria potestad y de la tutela- y, su sustitución, cuando es preciso, por un sistema de complemento de capacidad –asistencia paterna, curatela–²⁰.

En este sentido se pronuncia el artículo 169 (2) del Código Civil "la patria potestad se acaba: 2) por la emancipación" y el precepto 276 (4) de citado texto legal "La tutela se extingue: 4) por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad".

4. La ausencia de inscripción en el registro civil

Esta emancipación no formal no puede ser inscrita en el Registro Civil al no implicar un cambio en el estado civil del menor²¹.

Al tratarse de una situación fáctica revocable, a diferencia de la emancipación formal –que es estable y permanente-, no se requiere constancia oficial de la misma –no existe inscripción en el Registro Civil–²².

La emancipación por vida independiente resulta de difícil constatación y prueba, solo tendría acceso al Registro por la vía de una declaración, con simple valor de presunción, realizada en virtud de expediente gubernativo –artículo 96 de la Ley del Registro Civil-, lo cual hace incierta la situación²³.

5. La revocación

En primer lugar se ha de dejar patente que es revocable, no la emancipación, ya que no hay verdadera emancipación, sino el consentimiento para la vida independiente, requisito para esta ampliación de la capacidad²⁴.

Cabe exigir que esa revocación esté debidamente justificada por el propio interés del menor.

18 DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.), *Comentarios al Código Civil*, (Madrid, 2010), pág. 443.

19 LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor* (Madrid, 2001), pág.235.

20 DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.), *Curso*, cit. pág. 423.

21 DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.) , *Comentarios*, cit. pág. 442.

22 PUIG I FERRIOL, L., GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., GIL RODRIGUEZ, J, HUALDE SANCHEZ. J. J., *Manual*, cit. pág. 185.

23 ROGEL VIDE, C., *Manuales Básicos. Derecho de la Persona*, (Barcelona, 2002), pág.48.

24 O' CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, sexta edición, (Las Rozas, 2008), pág. 379.

El consentimiento puede ser revocado en cualquier momento –artículo 319 del Código Civil y Ley 66 de la Compilación de Navarra-. A partir de la revocación tornará la situación de minoría de edad –no será reputado emancipado-. La revocación debe ser expresa para permitir que la conozcan todos aquellos a quienes afecta, no es suficiente la oposición aislada a algún acto concreto. En ningún caso debe de ser una revocación arbitraria –contraria a los principios que rigen la patria potestad y la tutela–²⁵

Es importante subrayar que como especialidad de esta figura frente al régimen general de la emancipación, está la circunstancia de que el consentimiento de los padres es revocable, y aunque el artículo 319 nada dice de las circunstancias en que ello ha de producirse, se suele excluir –por los autores que se han ocupado de la cuestión- la aparente discrecionalidad que pudiere resultar de su texto, invocando bien al artículo 5 de la Compilación de Aragón y su sentido de exigir una justa causa²⁶; bien a la Ley 66 de la Compilación de Navarra que también exige la concurrencia de "justa causa" para que los padres puedan revocar el consentimiento; o al artículo 163 del Código Civil y la necesidad de un defensor judicial en caso de intereses contrapuestos de padres e hijos; o los diversos preceptos –arts. 158, 216 y 232 del Código Civil- que prevén la intervención protectora del juez.

En este sentido se puede aplicar, igualmente, la norma contenida en el artículo 7, número segundo, del Código Civil, que proscribía el abuso del derecho. Por consiguiente, actuarían con evidente abuso los padres que arbitrariamente y sin causa o motivo que lo justificase revocaran el consentimiento concedido al menor. La revocación deberá ser expresa, es decir, con posibilidad de que puedan tener conocimiento de ella los terceros a quienes pueda afectar.

En efecto, a diferencia de toda clase de emancipación que es irrevocable tal como indica el precepto 318 del Código Civil "Concedida la emancipación no podrá ser revocada", la situación del menor de vida independiente no es definitiva ya que los padres o el tutor pueden revocar su consentimiento.

El derogado artículo 160 del Código Civil no decía nada en orden a la revocabilidad de la situación de vida independiente del menor, pero la doctrina mayoritaria estimaba que dicha situación podía quedar sin efecto en el momento en que los padres retirasen al hijo el consentimiento para hacer vida independiente, no obstante, algunos autores opinaban que "solo cuando existía una causa justificada (en las circunstancias o en la propia conducta del menor de vida independiente) parece legítimo permitir una incidencia de los padres en la autonomía concedida"

En todo caso, el menor puede aun revocada esta situación de hecho, seguir administrando sus propios salarios o productos de su trabajo –artículo 165 del Código Civil-, y si tiene la edad y demás requisitos exigidos por la ley, solicitar judicialmente la emancipación negada por sus padres –artículo 320 del Código Civil–²⁷

25 PUIG I FERRIOL, L., GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., GIL RODRIGUEZ, J, HUALDE SANCHEZ. J. J., *Manual*, cit. pág. 185.

26 MORENO QUESADA, B.: (coord.): *Curso*, cit. pág. 101.

27 VAZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Civil. Comentarios, notas y jurisprudencia*, (Madrid, 2007), pág. 328.

6. La ampliación de la capacidad de obrar

Además es importante hacer hincapié en que el menor de vida independiente tiene ampliada su capacidad de obrar, de la que carecía al ser menor de edad.

En este sentido el artículo 319 del Código Civil indica que "se reputará para todos los efectos como emancipado".

Tal como ha quedado patente el efecto es la ampliación de la capacidad "como emancipado": es decir, no es emancipado, ni se ha extinguido la patria potestad, pero su capacidad es como la del emancipado, aplicándosele el artículo 323 del Código Civil²⁸.

Por lo tanto, el menor de vida independiente tiene la misma capacidad de obrar que cualquier menor emancipado.

Pues bien llegado a este punto se ha de realizar un breve análisis acerca de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar:

VI. LA CAPACIDAD JURÍDICA Y LA CAPACIDAD DE OBRAR

1. La capacidad jurídica y la titularidad

Mientras que la capacidad jurídica se puede definir como la aptitud genérica para ser titular de derechos y de obligaciones, esto es, la mera posibilidad de tener derechos y obligaciones, la titularidad supone la tenencia efectiva de los mismos, es decir, la situación de pertenencia de un derecho o de una obligación.

Ni la capacidad jurídica ni la titularidad son suficientes para que quien las posee pueda ejercitar los derechos o cumplir los deberes de que es titular. De ahí el concepto de capacidad de obrar.

2. La capacidad de obrar

La capacidad de obrar o de ejercicio es la aptitud para actuar con eficacia jurídica, para que los actos realizados por una persona puedan ser considerados como jurídicamente válidos. Por ello es la aptitud concreta para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones de que una persona es titular.

Ahora bien, si la capacidad jurídica la tiene todo hombre y con la misma amplitud, la capacidad de obrar ni la tiene todo hombre, ni es igual para todos los que la tienen.

En efecto mientras que la primera no es graduable, se tiene o no se tiene, la segunda sí que lo es ya que, es perfectamente posible que una persona tenga más capacidad de obrar que otra. Esto es, según cuales sean sus circunstancias un individuo puede tener capacidad de obrar plena, capacidad de obrar restringida o incluso incapacidad.

²⁸ O' CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código*, cit. pág. 379.

A. La capacidad de obrar restringida

La capacidad de obrar del menor emancipado, a pesar de ser más amplia de la que le corresponde a alguien de su edad que no haya alcanzado la emancipación, no llega a ser plena para todos los actos jurídicos, sino tan solo para algunos de ellos.

En efecto se considera que tiene una capacidad de obrar restringida, menos plena, limitada o incompleta y, en virtud de ella, actúa por sí mismo en el mundo jurídico –como el capaz-, ejercita personalmente sus derechos y obligaciones –no tiene representante legal que actúe en su nombre- pero para algunos actos jurídicos precisa complemento de capacidad. En esta misma situación también se encuentran el pródigo y el incapacitado parcial.

B. Las capacidades de obrar especiales

De hecho ha de tenerse presente que, a pesar de que el que ha cumplido dieciocho años tiene capacidad plena o general para actuar en el mundo jurídico, sin embargo no puede adoptar ya que para ser adoptante la legislación española exige una edad mínima de veinticinco años. De la misma manera que aún alcanzada la mayoría no se puede adoptar, en otras ocasiones ocurre lo contrario ya que, tal como indican los preceptos 662 y 663 del Código Civil español, no es necesario llegar a ella para otorgar testamento –salvo el ológrafo-. En ambos casos estamos en el campo de las llamadas capacidades de obrar especiales.

C. La capacidad de obrar plena

La capacidad de obrar plena, tal como señala el artículo 322 del Código Civil, permite realizar todos los actos de la vida jurídica que no exijan una capacidad distinta. Cuentan con esta capacidad los mayores de edad no incapacitados

D. La incapacidad

Es el grado inferior de la capacidad de obrar. Al carecer de aptitud para el ejercicio de sus derechos y obligaciones, es otra persona quien los ejercita en su nombre, que es el representante legal.

El representante legal actúa en el mundo jurídico del incapaz ya que él no puede hacerlo.

Son casos típicos de incapacidades la de los menores de edad o las de los incapacitados judicialmente por padecer enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que les impidan gobernarse por sí mismos.

VII. EL ARTÍCULO 323 DEL CÓDIGO CIVIL

Es conveniente analizar el artículo 323 del Código Civil ya que el menor de vida independiente tiene la misma capacidad de obrar que el menor emancipado. El citado precepto dispone que "La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador.

El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio.

Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad".

1. Los efectos patrimoniales y personales

Es importante afirmar que el menor emancipado para la mayoría de los actos actúa por sí mismo y, también, por sí solo. En este sentido el artículo 323 del código civil español dice que "la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor", no le convierte, por lo tanto, en mayor de edad, sino que le concede, como regla general, la capacidad de obrar que corresponde al mayor de edad.

Sin embargo dicha regla presenta significativas excepciones en las que no basta el consentimiento del menor emancipado sino que, igualmente se requiere, la asistencia de sus padres o del curador. Por ello ante actos concretos el emancipado seguirá actuando por sí mismo pero ya no por sí solo. Al respecto se pronuncia el citado precepto de la siguiente manera "hasta que llegue a la mayor edad no podrá... tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador".

Así pues las limitaciones del artículo 323 del Código Civil tienen carácter patrimonial. En efecto se establecen un conjunto de actos que, por comprometer gravemente su patrimonio, no puede llevar a cabo en solitario ya que necesita el asentimiento de sus padres o del curador.

Sin embargo no acontece lo mismo con los efectos personales y familiares puesto que, en este caso, el menor emancipado tiene plena capacidad. Así sucede, a modo de ejemplo, con el reconocimiento de hijos no matrimoniales, la adquisición de domicilio, nacionalidad y vecindad, el ejercicio de la patria potestad y matrimonio.

No obstante, al no tener plena capacidad de obrar, el menor emancipado no puede ser tutor ni curador (art. 241 y 291 del Código Civil), ni tampoco defensor de un desaparecido ni representante del declarado ausente (art. 181 y 184 del Código Civil). Tampoco puede otorgar testamento ológrafo (art. 688 del Código Civil), ni constituir por sí solo arrendamientos rústicos (art. 12.1 LAR), ni, pese a la generalidad del artículo 178.3 RH, consentir una cancelación que se deba a una causa distinta de la extinción de la obligación asegurada. Al no tener la libre disposición de sus bienes, el menor emancipado tampoco puede aceptar por sí solo una herencia (art. 992 del CC).

2. El complemento de capacidad

Tal como ya se ha indicado el emancipado precisa complemento de capacidad para tomar dinero a préstamo, enajenar o gravar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

Es preciso matizar que el hecho de que el menor no pueda tomar dinero a préstamo no quiere decir que no pueda dar dinero en préstamo, o recibir en préstamo otras cosas

fungibles distintas al dinero. De hecho la norma, en cuanto a limitación, debe interpretarse restrictivamente²⁹.

La enajenación o gravamen de establecimientos mercantiles o industriales requiere un breve comentario sobre el significado de estos términos. Parece que va más allá de la base física en que se asienta el comercio o la industria, pues no tendría entonces sentido la distinción que hace el citado artículo entre inmuebles y los susodichos establecimientos. Mas bien es la enajenación o gravamen del "todo" que constituya la explotación mercantil o industrial, pero la enajenación de alguno o algunos elementos que comprometan la existencia o sustancia económica de la explotación debe de estar sujeta a la restricción. El "todo" es un conjunto de elementos organizados que componen una unidad patrimonial dirigida al comercio o a la industria³⁰.

Ahora bien a pesar de que se haya extinguido la patria potestad o la tutela, cuando el emancipado necesite el complemento de capacidad para ciertos actos jurídicos, se lo darán los anteriores titulares de la patria potestad –es decir, sus padres- o bien un curador nombrado al efecto –esto es, no el ex tutor, sino un curador nuevo-

Dicha asistencia deberá ser prestada individualmente para cada acto y puede ser, por un lado, expresa o tácita, y, por otro, anterior, simultánea o posterior (confirmación) al acto de que se trate.

¿Qué consecuencias produce el negocio celebrado sin el consentimiento complementario de la capacidad? Teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del emancipado, debe ser tratado por la vía de la anulabilidad, en otras palabras, aplicando por analogía la normativa de los contratos celebrados por los menores de edad. Sería una incongruencia que si el menor de edad celebra un contrato merezca la calificación de anulable, es decir, productor de sus efectos normales hasta que se ejercite la acción de anulabilidad y, en el caso del emancipado, estado civil mucho más amplio que el de la menor edad, fuese nulo absolutamente *ab initio*³¹.

3. La comparecencia en juicio

El artículo analizado se ocupa de aclarar que el menor emancipado puede comparecer en juicio por sí solo, aclaración no del todo innecesaria, habida cuenta de que, hasta la reforma del Código Civil de 1981, la regla era exactamente la contraria.

De este modo el menor emancipado tiene plena capacidad procesal, pues puede comparecer en juicio por sí solo, incluso aunque se trate de procesos judiciales relacionados con actos y contratos para los cuales el menor necesitaría complemento de capacidad³².

29 LASARTE ALVAREZ, C., *Parte general y Derecho de la Persona. Principios de Derecho Civil I.*, (Madrid, 2010), pág. 193.

30 DIEZ-PICAZO, L; GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, (Madrid, 2005), pág.233.

31 DIEZ-PICAZO, L; GULLÓN, A., *Sistema*, cit. pág.234.

32 CARRASCO PERERA, A.: *Derecho*, cit. pág. 119.