

RESTRICCIONES A LA REPRESENTACION LEGAL DE LOS HIJOS SOMETIDOS A LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ESPAÑOL Y EN EL DERECHO CHILENO

Solange Doyharçabal Casse

Profesora de Derecho Civil

El artículo 154 del Código Civil español fija claramente el contenido de la patria potestad: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, además de representarlos y administrar sus bienes. En cambio, el artículo 240 de nuestro Código Civil, al definirla como el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre legítimos sobre los bienes de sus hijos no emancipados, no da una idea precisa de las facultades que otorga, pero el mismo código se refiere más adelante a la administración y usufructo de los bienes de los hijos y, si bien se limita a regular ciertos casos aislados de representación judicial y extrajudicial, es evidente que considera implícita esta facultad. Conforme al criterio que siguió don Andrés Bello de distinguir entre autoridad paterna y patria potestad, la crianza, educación y corrección de los hijos son derechos y deberes que corresponden a la primera.

Circunscribiendo estos comentarios sólo a las restricciones a la facultad de representación, diremos que el poder de representación comprende todas las facultades concernientes a bienes, derechos y deberes de los hijos, salvo los que se encuentran expresamente exceptuados. En España será ejercido por ambos padres, en conjunto. En Chile, por el padre legítimo y, en subsidio, la madre.

El artículo 162 del Código Civil de España dice lo siguiente:

"Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan:

1° Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

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

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

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de éste si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158".

Antes de analizar estos casos digamos que actualmente en España la mayoría de edad y, en consecuencia, la plena capacidad de obrar se adquiere a los dieciocho años.

El sistema romano distinguió en relación a la capacidad de obrar entre infantes que eran absolutamente incapaces; los impúberes, próximos a la pubertad que actuaban válidamente si contaban con la auctoritas del tutor y los púberes que eran plenamente capaces si reunían las condiciones de ser varón, mayor de catorce años y sui iuris, capacidad que se fue restringiendo paulatinamente hasta que el derecho de la época de Diocleciano fija la mayoría de edad a los veinticinco años.

El Derecho histórico español recogió este sistema pero con modificaciones. Es evidente un cierto rechazo a diferenciar a las personas por edades sobre la base de presumir la capacidad a partir de la pubertad. El impúber no fue definido como un absolutamente incapaz y antes de la dictación del Código Civil sólo el infante era considerado incapaz de consentimiento, pero apenas salido de la infancia quedaba obligado a cumplir el contrato que contrajo con autorización de su tutor y aún sin esta autorización, si el contrato le había resultado útil. Una vez promulgado el Código Civil, su artículo 32-2 declaraba que la menor edad constituía "uno de los supuestos de restricción de la personalidad jurídica". Con el tiempo la mayoría de edad se rebajó a los veintitrés años, luego a los veintiuno y, a raíz de la última reforma, a los dieciocho, derogándose por Ley 13 de 24 de octubre de 1983 el mencionado artículo 32-2 del Código Civil.

Está claro que los individuos que no han cumplido la edad mencionada son menores de edad y no tienen capacidad para todos los actos de la vida civil, pero los juristas españoles discuten cual es la verdadera naturaleza jurídica de la minoría de edad: ¿implica una regla general de incapacidad con ciertas excepciones en que se reconoce al menor alguna capacidad de obrar, o el menor de edad es capaz pero tiene restricciones por su falta de independencia y de conocimiento natural, o bien el menor de edad tiene una capacidad de obrar potencial que paulatinamente va desarrollando y adquiriendo?

Cualquiera sea la posición que se adopte, el menor siempre tiene una esfera de capacidad, porque el derecho español atiende a la capacidad natural de obrar, que siendo nula al momento de nacer se va acrecentando de año en año.

Después de las reformas al Código Civil de 1981 y de 1983 queda de manifiesto el rechazo de la legislación española a considerar incapaz al menor. El artículo 200 sólo considera causas de incapacidad a las

enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma y el artículo 201 agrega que los menores de edad "podrán" ser incapaces cuando concurra una causal de incapacidad y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad.

Puesto que la capacidad de obrar de los menores está limitada, sus actuaciones deben realizarse autorizadas o representadas. Los padres, titulares de la patria potestad son los representantes legales de sus hijos menores y esta representación comprende todas las facultades concernientes a los bienes, derechos y deberes de los hijos, salvo como arriba dijimos, los que se encuentran expresamente exceptuados.

- I. El primer caso de excepción en la legislación española, aborda los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por el mismo.

Se refiere a derechos personalísimos que no se ejercen mediante representación. Sin embargo, con frecuencia, los padres tomarán decisiones que conciernen derechos de la personalidad del hijo y autorizarán tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, o bien dispondrán el ingreso del menor a determinado centro de estudios etc. En todos estos casos, la doctrina es conteste en afirmar que los padres no están actuando como representantes sino en cumplimiento del deber de velar por sus hijos, impuesto por la ley.

¿En qué circunstancias puede el menor realizar estos actos por sí mismo? Si se dan dos requisitos copulativos: que se trate de un menor, púber o impúber, porque la ley no distingue, que posea suficientes condiciones de madurez y que exista un precepto legal que lo autorice.

La doctrina española clasifica los derechos de la personalidad en relativos a la esfera corporal o física, que incluyen el derecho a la vida, integridad física, libertad y los relativos a la esfera espiritual o moral de la misma, entre los que se cuentan el derecho al honor, intimidad, imagen propia y nombre.

Textos legales expuestos sobre edad necesaria para realizar determinados actos hemos encontrado en la reglamentación sobre trasplantes de órganos, protección al derecho al honor y al nombre.

El donante vivo de un órgano debe ser mayor de edad y en cuanto al donante fallecido, el artículo 5-2 de la ley dice que la extracción es posible realizarla cuando el fallecido no hubiere dejado constancia expresa de su oposición, la cual será respetada inexcusablemente cualquiera que sea la forma en que se haya expresado y cuando se trate de menores de edad o incapaces por enfermedad mental, la oposición podrá hacerse constar por quienes ostentan la patria potestad o tutela (art. 8 del Reglamento). En lo que respecta al beneficiario del órgano, es decir el receptor, tanto

los riesgos que corra como las probabilidades de éxito deben proporcionarse en el caso de los menores de edad e incapaces, a los padres y tutores (art. 12 Reglamento).

En cambio, la ley de 5 de mayo de 1982 que regula el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone en su artículo 3 que el consentimiento otorgado a un tercero para penetrar en la esfera íntima y reservada, liberándolo así del cargo de intromisión ilegítima, debe ser expreso y, si se trata de menores de edad e incapaces deberá prestarse por ellos mismos "si sus condiciones de madurez lo permiten de acuerdo con la legislación civil" con lo que está prácticamente repitiendo lo dicho en el artículo 162 del Código civil.

Si de lo que se trata es de cambiar o modificar apellidos por decreto, reglamentación que se hace extensiva a los cambios de apellido por determinación de filiación o por simple voluntad del interesado, el cambio o modificación afecta a los hijos sometidos a patria potestad y a los descendientes que expresamente lo consientan, consentimiento que debe otorgarse en el expediente de cambio o dentro de los dos meses siguientes a la inscripción de éste. (art.61 LRC art.217-2 RRC.) Si estos descendientes son menores ¿consienten por sí mismos? Conociendo estas disposiciones por referencias de la doctrina y sin tener el texto legal mismo a la mano, no es posible afirmarlo con certeza.

¿Qué sucede si el menor reúne las condiciones que exige la ley: texto legal y condiciones de madurez y sin embargo actúan los padres? Díez Picazo y Gullón opinan que habría que entender que el padre actúa como mandatario del hijo, o sea como un representante voluntario.

Los actos relativos a otros derechos que el menor puede realizar por sí mismo con o sin autorización pueden referirse tanto al derecho de familia, como a los derechos patrimoniales ya sea por acto entre vivos o por causa de muerte, y pueden resumirse en el siguiente esquema:

Sin límite de edad:

1. Adquirir la posesión de las cosas con todas las consecuencias jurídicas que de ello derivan como es la adquisición de frutos (443 Código Civil).
2. Aceptar donaciones que no sean condicionales ni onerosas (626 Código Civil).
3. Pedir el nombramiento de defensor judicial en los casos de los artículos 163 y 167 del Código Civil.
4. Pedir al juez medidas cautelares para asegurar la prestación de alimentos y proveer a las futuras necesidades del hijo en caso de incumplimiento de este deber por los padres (158 Código Civil).

5. Deben ser oídos en las decisiones que adopten los padres respecto de sus hijos, si éstos tuvieran suficiente juicio (154 Código Civil).
6. Debe oírseles en caso de separación, nulidad y divorcio, si tuvieran suficiente juicio y si son mayores de doce años debe escuchárseles siempre, antes de adoptarse medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos.

A contar de los 14 años:

- a) Actos que puede realizar libremente:

Otorgar testamento, salvo el ológrafo que requiere mayoría de edad (art.663 Código Civil).

- b) Actos que exigen su consentimiento:

1. Enajenación de bienes, pues la petición ha de ser firmada por el menor, mayor de 14 años. (L.E.C. art.2012).
2. Adopción (173 Código Civil).

- c) Actos que deben realizar asistidos por los representantes legales:

1. Matrimonio, con dispensa oficial del impedimento de edad. (arts. 46 y 48 Código Civil) salvo que en las primeras se limite a pactar separación de bienes.
2. Otorgar capitulaciones matrimoniales y donaciones por razón de matrimonio con el asentimiento de sus padres (1329 Código Civil) salvo que en las primeras se limite a pactar separación de bienes.
3. Reconocer hijos no matrimoniales con el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación del juez con audiencia del ministerio fiscal y del progenitor legalmente conocido; salvo que lo efectúe en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento (arts. 121 y 124 Código Civil).
4. Aceptar emancipación de los padres (Art. 317 Código Civil).
5. Ser testigo en testamento en tiempo de epidemia (Art. 701 Código Civil).

- II. A continuación trataremos la excepción contenida en el último inciso del artículo 162 del Código Civil de España que exige el previo consentimiento del menor si tuviere suficiente juicio, para que sus padres puedan celebrar contratos que lo obliguen a celebrar prestaciones personales.

En concordancia con el sistema español que no distingue entre capacidad absoluta y relativa, el artículo 1263 dice que no pueden prestar consentimiento en los contratos los menores no emancipados.

Los contratos celebrados por el menor no son nulos de pleno derecho sino solamente anulables y se convalidan si el representante legal del menor o éste, al llegar a la mayoría de edad, los confirma o no ejercita la acción de nulidad dentro del plazo de cuatro años contados desde que cumplió los dieciocho, (1301 Código Civil) nulidad que no puede ser solicitada por el contratante mayor y que de ser declarada, obliga al menor a restituir a la otra parte sólo en la medida de su enriquecimiento (arts. 1302 y 1304 Código Civil).

Tal como lo señala el artículo 162, los contratos que obligan al menor a realizar prestaciones personales, por las cuales entendemos las obligaciones de hacer, que no se refieran a los derechos mencionados en el número 1 del mismo artículo y que ya comentamos, siguen un régimen especial. El contrato lo celebran los padres pero como la prestación la va a realizar el hijo, este último debe legitimarlos con su consentimiento. Diez Picazo y Gullón dicen que es por respeto a la personalidad del hijo. En efecto, es una medida que tiende a evitar la explotación de las habilidades tales como las artísticas por ejemplo, que pudiera tener un menor, en una edad en que aún no le está permitido administrar su peculio profesional, porque como la ley no distingue, puede tratarse perfectamente de un impúber siempre que demuestre el suficiente juicio.

En cuanto a qué sucedería en nuestro Derecho en las hipótesis vistas, recordemos que el Código Civil distingue entre absolutamente incapaces y relativamente incapaces y el artículo 1447 incluye entre los primeros a los impúberes y entre los segundos a los menores adultos. Siguiendo el sistema romano, los impúberes se dividen en infantes que son los que no han cumplido siete años y los simplemente impúberes que incluyen a los mayores de siete y menores de catorce años si es varón y menores de doce si es mujer. De los catorce y doce, respectivamente, hasta los veintiuno se es menor adulto, cuyos actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos, determinados por las leyes. Los actos de los absolutamente incapaces no producen ni aún obligaciones naturales y no admiten caución.

El padre o en subsidio la madre que ejerce la patria potestad los representará y también lo hará con los menores adultos aunque estos últimos pueden ser autorizados para actuar por sí mismos. El sistema español atiende entonces a la capacidad natural y el nuestro a una escala fija de edades. No hay en nuestro Código Civil una disposición que en términos generales diga que puede actuar el menor por sí mismo cuando tenga suficiente juicio y exista un texto legal que lo autorice, ya sea en actos que se refieran a derechos de la personalidad u otros, pero existen excepciones expresamente consagradas por la ley, que para los impúberes son los siguientes: pueden ser oídos por el juez de menores (art. 36 ley 16.618); su testimonio puede ser base de una presunción

judicial (art.357 n.I C.P.C.) y a contar de los siete años, adquirir la posesión de los bienes muebles (art. 723 Código Civil).

Más numerosas son las excepciones que favorecen a los menores adultos. Desde los doce o catorce años según su sexo podrá libremente proponer al juez la persona de su curador (arts. 437 Código Civil); reconocer un hijo natural (opinión unánime de la doctrina por tratarse de un acto moral esencialmente personal); testimoniar en juicio; otorgar testamento (art. 261 y 1005 del Código Civil) administrar su peculio profesional (con ciertas restricciones) (246 Código Civil), hacer pedimentos o manifestaciones mineras (art. 24 Código Minero).

Desde los 18 puede testimoniar en todo tipo de actos.

Requieren autorización de su representante legal o de la persona que la ley designa para contraer matrimonio y celebrar capitulaciones matrimoniales.

Pueden celebrar contratos autorizados por su representante legal y si no contaron con ella, el acto está afectado de nulidad relativa, rescisión por causa de incapacidad que sólo podrá ser solicitada por la parte incapaz. El acto podrá sanearse por ratificación o por el transcurso del tiempo, cuatro años, desde que llegó a la mayoría de edad. No existe un régimen especial para los contratos que obliguen al menor a realizar prestaciones personales. Digamos que el mayor de 14 años que cumple con la obligación escolar y autorización que exige el Código del Trabajo o el mayor de quince cumpliendo con estas autorizaciones, pueden contratar la prestación de sus servicios y lo que obtengan por ello tendrá la calidad de peculio profesional, pero los impúberes son absolutamente incapaces de contratar. En consecuencia, si el padre acepta que su hijo pose o trabaje para un comercial de televisión, será él quien celebre el contrato por el cual se obliga a un niño a realizar una prestación personal que podrá consistir en exhibir pañales, probar alimentos, bailar etc. etc. Lo mismo sucedería si contrata una gira artística en virtud de la cual el hijo menor deberá dar conciertos, por ejemplo. En estos casos, el menor que sin duda tendrá uso de razón, si tiene más de siete años, no podría reclamar, salvo que por algún motivo llegara el asunto al juez de menores porque el artículo 36 de la ley 16.618 dispone que los menores deben ser oídos por el juez en aquellos asuntos que conozcan y tengan interés.

- III.** Otra restricción a la representación de los padres, en el derecho español, atañe a los actos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo. El Código no precisa que clase de interés, por lo que hay que entender que no se restringe a los económicos, aunque con toda probabilidad estos serán los casos más frecuentes.

Esta circunstancia provoca el nombramiento de un defensor judicial, que de acuerdo a las normas generales del Código Civil español podrá ser nombrado por el juez en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, de

oficio o a petición del Ministerio Fiscal o de cualquiera otra persona capaz de comparecer en juicio, eligiendo a quien resulte más idóneo para el cargo con las atribuciones que el juez le conceda y debiendo rendir cuentas a éste. Si el conflicto de intereses sólo existe entre un progenitor y el hijo, la ley dice que la representación corresponde de derecho al otro, pero la doctrina opina que esta disposición sólo se aplica si ambos padres ejercen la patria potestad, pero procedería el nombramiento de defensor si existiera conflicto entre el hijo y el progenitor que ejerce la patria potestad con exclusión del otro.

Si no obstante el conflicto de intereses, los padres representan al hijo menor, prescindiendo del nombramiento de defensor judicial, la jurisprudencia ha estimado que no hay representación y el acto es nulo absolutamente porque entre la protección a los terceros que podrían ignorar el conflicto y los menores, la ley debe mayor protección a estos últimos.

Atendiendo a que sucede en nuestra legislación, don Andrés Bello no se puso en el evento de un padre que litiga contra su hijo y Claro Solar dice que producido el problema "naturalmente el padre no puede seguir representando al hijo y deberá pedir al juez que nombre al hijo un curador para la litis". Pero la hipótesis contraria, es decir el hijo que litiga contra su padre ha sido resuelta en el artículo 257 del Código Civil, que dispone que deberá obtener la venia del juez, y éste, al otorgarla, le dará un curador para la litis. Claro Solar insiste en que la venia del juez no es un simple trámite sino que deberá otorgarse con conocimiento de causa.

IV. Finalmente el derecho español excluye de la representación de los padres los actos que afectan a los bienes del hijo, excluidos de la administración paterna y que son los siguientes:

1. "Los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos".

Recordemos que la reforma de 1981 suprimió el usufructo legal que el padre tenía sobre los frutos de los bienes de sus hijos, pero impuso a éstos la obligación de contribuir equitativamente según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia, mientras conviva con ella (art.165-1 y 155-2).

2. "Los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado".

El criterio del legislador español es que si la ley o el testador tuvieron

motivos para excluir a una persona de una herencia, no puede permitírsele que los bienes vayan a caer bajo su administración por haberlos heredado su hijo, lo que sería un claro ejemplo de ley inoperante o de burla a la ley. Los bienes serán administrados por quien designe el testador; en su defecto por el otro progenitor y si esto tampoco es posible por quien designe el juez.

3. "Los de los hijos adoptados en forma simple, cuando así lo hubiese acordado el Juez que hubiere aprobado la adopción".

La regla general es que los adoptantes administren los bienes del adoptado hasta su mayoría de edad, pero el juez que aprueba la adopción tiene la facultad de excluir de su administración todos o determinados bienes del menor.

4. "Los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella".

El hijo es libre para los actos de administración ordinaria, pero los que excedan de ella requieren el consentimiento de los padres.

En el derecho chileno tampoco el padre representará al hijo en los actos que se refieran a los bienes excluidos de su administración. La regla general la encontramos en el artículo 247, modificado por ley 18.802 que dispone que aquel de los padres a quien la ley da el usufructo de los bienes del hijo tendrá su administración. Es lógico que ya que la ley otorga el usufructo al padre o madre que ejerce la patria potestad, quiera que este usufructo legal y la administración vayan en una sola mano.

Quien ejerce la patria potestad representa al hijo en los actos de administración, salvo en los que atañen a bienes que son administrados por el hijo o por un curador.

Lo normal será la administración del padre, administración que pasa a la madre cuando a ésta le corresponde el usufructo legal de los bienes del hijo si está separada de bienes y lo que ocurre en los siguientes casos, cuando las herencias o legados hayan pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre, o por haber sido éste desheredado, y cuando el donante o testador ha dispuesto que el padre no tenga el usufructo de los bienes del hijo.

Son administrados por el hijo los bienes de su peculio profesional o industrial pero para enajenar o hipotecar los bienes pertenecientes a este peculio necesita autorización del juez con conocimiento de causa (arts. 246 y 255 Código Civil).

Son administrados por un curador los bienes del hijo en los siguientes

casos:

1. Cuando la suspensión de la patria potestad afecta a ambos padres.
2. Cuando ambos han sido privados de la administración por dolo o grave negligencia habitual.

En estos casos como el usufructo vuelve al hijo, la propiedad plena se consolida en sus manos.

3. Cuando el donante o testador impone al padre y a la madre la condición de no administrar y éstos en conformidad a la ley quedan privados del usufructo o cuando les impone la condición de no usufructuar y la ley lo priva por esa razón de la administración (art.248 Código Civil) consolidándose también la propiedad plena en el hijo. Si el donante no privó expresamente del usufructo al padre o madre sino que dispuso que éste lo tuviera el hijo, el padre o madre retendrá la administración.
4. Aunque la ley no lo resuelve, debería administrar un curador los bienes que adquirió el hijo por haber sido desheredado el padre, y cuyo usufructo no puede tener la madre porque está casada en sociedad conyugal. También la propiedad plena se consolidará en el patrimonio del hijo en este caso.

En cuanto a los hijos adoptivos las leyes 7.613 y 18.703 los sujetan a la patria potestad del adoptante en las mismas condiciones que los hijos legítimos.

BIBLIOGRAFIA

Código Civil español. Editorial TRIVIUM S.A. 1986.

Código Civil chileno. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión. Décima edición. Enero 1992.

Claro Solar Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Vol II De Las Personas. Ed. Jurídica de Chile. 1979.

Díez-Picazo Luis y Gullón Antonio. Sistema de Derecho Civil. Vol. IV. Editorial Tecnos. 1985.

Garnham Analía. La mayoría de edad. Memoria de prueba, Universidad Gabriela Mistral, 1991.

Lete del Río José. Derecho de la Persona. Editorial Tecnos S.A. 1986.

Schmidt Claudia. Comentario acerca de la ley 18.802 en Revista Temas de Derecho Universidad Gabriela Mistral, Año IV, N° 2, 1989.