

LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES EN EL ÁMBITO  
CONTRACTUAL

THE CHILD PROTECTION IN THE CONCLUSION OF THE  
CONTRACT

*Rev. boliv. de derecho* n° 22, julio 2016, ISSN: 2070-8157, pp. 80-97



Giovanni  
BERTI DE  
MARINIS

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 27 de febrero de 2016

**ARTÍCULO APROBADO:** 15 de abril de 2016

**RESUMEN:** El trabajo analiza el grado de libertad reconocido por el ordenamiento jurídico al menor en la conclusión de negocios patrimoniales. Se pone de manifiesto que el actual sistema normativo, que vincula a la capacidad de obrar la posibilidad de concluir contratos es demasiado rígido. Niega, así, al menor de edad cualquier posibilidad de celebrar contratos válidos, limitando de este modo la posibilidad de expresar su propia personalidad a través de esta vía.

**PALABRAS CLAVE:** Menor de edad; autonomía negocial; capacidad de obrar; anulabilidad.

**ABSTRACT:** The paper analyzes the level of freedom recognized by the minor in the stipulation of contracts. It is highlighted as the current regulatory framework is too rigid as it does not allow the child to stipulate valid contract. This legislation does not allow the the child to express his personality through the stipulation of contracts.

**KEY WORDS:** Minor; contractual autonomy; ability to act; invalidity.

**SUMARIO.-** I. El menor de edad como parte débil del contrato.- II. Límites extralegales a la falta de capacidad de obrar: los llamados “actos de la vida cotidiana”.- III. Contratos concluidos por menores y sanción invalidante: la anulabilidad como sanción protectora del patrimonio del menor.- IV. Engaños usados por el menor y excepción de la exigencia de protección.- V. Peculiares efectos restitutorios de la anulabilidad por falta de capacidad de obrar.- VI. El menor como sujeto de derecho: normas constitucionales y necesidad de una tutela “dinámica” del menor.- VII. (Continuación) necesidad de reconocimiento de todos los contratos a través de los cuales se realicen intereses, merecedores de protección, propios de la edad del menor.- VIII. Conclusiones: de la tutela “estática” a la tutela “dinámica”.

## I. EL MENOR DE EDAD COMO PARTE DÉBIL DEL CONTRATO.

El tema de la tutela de la parte débil del contrato es, sin duda, uno de los más actuales del Derecho civil<sup>1</sup>. De hecho, cada vez más frecuentemente, se insiste en la necesidad de prever mecanismos efectivos de tutela, para predisponer un sistema de principios y de preceptos, que, de alguna manera, protejan a los contratantes, cuya “debilidad” quede demostrada.

Esta tendencia es hoy particularmente evidente en todas las disposiciones que tratan de proteger al consumidor, al cliente de una institución crediticia, de un intermediario financiero o de una compañía de seguros.

Pero no debe pensarse que dicha tendencia nazca solamente de la evolución del mercado y de la mayor complejidad del tráfico jurídico, sino que la misma ya estaba presente, en cierto modo, en el Código civil italiano, al establecer este cuerpo legal un régimen de invalidez para el caso de contratos celebrados por menores.

Como es sabido, la validez de los actos de autonomía negocial está subordinada al hecho de que quien los realice tenga capacidad de obrar, la cual se alcanza al cumplirse dieciocho años, por lo que no es predicable de los menores<sup>2</sup>.

1 Sobre el tema, MARINELLI, F.: “La tutela civile dei soggetti deboli”, *Giustizia civile* (1994), II, pp. 155-171.

2 FALZEA, A.: “Capacità giuridica (teoria gen.)”, en AA.VV.: *Enciclopedia del diritto*. Milano (1960): Giuffrè, p. 25; RUPERTO, C.: “Età (dir. Priv.)”, en AA.VV.: *Enciclopedia del diriditto*. Milano (1967): Giuffrè, p. 85; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, I. Milano (2002): Giuffrè, pp. 236-238.

### • Giovanni Berti de Marinis

Es Abogado y Profesor Investigador de Derecho Privado en la Universidad de Perugia (Italia). Doctor por la Universidad de Camerino, en el Programa de Doctorado “Diritto civile nella legalità costituzionale”. Acreditado a Profesor Titular para el sector de Derecho de la Economía y de los mercados financieros. giobertidemarinis@libero.it

Así se deduce de la expresa disposición prevista en el art. 2 CC italiano, el cual establece que con la mayoría de edad “se adquiere la capacidad para realizar todos los actos para los cuales no sea establecida una edad diversa”. El menor tiene capacidad jurídica y, en consecuencia, podrá ser titular de un propio patrimonio, pero, al carecer de capacidad de obrar, no podrá disponer de él autónomamente, sino, exclusivamente, a través de quienes ejercitan la patria potestad o, en su defecto, mediante el tutor<sup>3</sup>.

Por lo tanto, con la excepción del menor emancipado y dejando a salvo lo dispuesto en las específicas normas del contrato de trabajo<sup>4</sup>, quienes no hayan cumplido dieciocho años de edad, no pueden expresar válidamente la propia voluntad negocial<sup>5</sup>. La razón de ello, según la doctrina, se explica por la naturaleza misma del acto negocial, que, además de exigir la voluntariedad de celebrarlo, requiere la comprensión de los efectos jurídicos que de él resultan y la voluntad de producirlos.

Otra cosa sucede en los llamados “actos jurídicos en sentido estricto”, cuya validez exige, exclusivamente, la mera voluntad del sujeto de realizarlos, pero cuyas consecuencias son predeterminadas por el legislador. Es, por ello, que, mientras para la conclusión de un negocio jurídico se requiere la capacidad de obrar, en cambio, para la realización de actos jurídicos, es suficiente la capacidad de entender y de querer, cuya concurrencia, respecto de los menores, determinará la plena validez de los actos por ellos realizados y la vigencia de los efectos que les sean propios.

La regla de la falta de capacidad de obrar del menor, comúnmente entendida como expresión de la necesidad de proteger su patrimonio, se basa en la presunción de que cuando se alcanza la mayoría de edad se llega a una maduración física y psicológica, plena e integral. Dicha presunción separa radicalmente en dos fases la vida del individuo: la mayoría de edad, que le permite concluir todo tipo de negocios jurídicos; y la minoría de edad, durante la cual no existen espacios de autonomía privada para el menor.

3 PERLINGIERI, C.: “Art. 2”, en AA.VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (coord. por G. PERLINGIERI), 3ª ed. Napoli (2010): ESI, p. 261, la cual evidencia que, mientras cuando se habla de capacidad jurídica se hace referencia a un concepto estático, al referirse a la capacidad de obrar se alude a un concepto dinámico, atinente al ejercicio de un derecho.

4 Todas las derogaciones del principio general de incapacidad del menor son consideradas por la jurisprudencia como normas excepcionales y, por consiguiente, de interpretación restrictiva. Véase, así, Cass., 4 dicembre 1971, n. 3490.

5 De modo preliminar, véase sobre este punto, FALZEA, A.: “Capacità giuridica (teoria gen.)”, cit., 25; RUPERTO, C.: “Età (dir. Priv.)”, cit., p. 85; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., pp. 236-237; GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, I. Padova (1999): CEDAM, p. 143-144; BESSONE, M., ALPA, G., D'ANGELO, A., FERRANDO G. y SPALLAROSSA M.R.: *La famiglia nel nuovo diritto*. Bologna (2003): Zanichelli, p. 261; BOCCHINI, F.: “L'interesse del minore nei rapporti patrimoniali”, *Rivista diritto civile* (2000), p. 277; BELVEDERE, A.: “L'autonomia del minore nei rapporti patrimoniali”, en AA.VV.: *L'autonomia del minore tra famiglia e società* (coord. por G. DE CRISTOFARO y A. BELVEDERE). Milano (1980): Giuffrè, passim; BUSNELLI F.D. y GIARDINA, F.: “La protezione del minore nel diritto di famiglia italiano”, *Giurisprudenza italiana* (1980), IV, p. 203; GIARDINA, F.: *La condizione giuridica del minore*. Napoli (1984): ESI, p. 69-70.

La circunstancia de que la personalidad del menor, por su temprana edad, no esté todavía plenamente definida, lo convierte en un sujeto que debe ser protegido en el ámbito negocial, por su inexperiencia, poco conocimiento del valor de los bienes y, en última instancia, por el riesgo que soporta de ser más fácilmente engañado por la otra parte contratante.

La solución enunciada, anticipando lo que después se dirá, parece excesivamente drástica. Hay que decir que el menor, a pesar de estar privado de capacidad de obrar, sin embargo, es un sujeto de Derecho, que, como tal, tiene el derecho a desarrollar la propia personalidad de la manera más plena, autónoma e integral posible. De igual modo, la ausencia de capacidad de obrar (presumida *iuris et de iure*) no quiere decir que el menor sea totalmente inconsciente de los actos que realiza y de las consecuencias que de los mismos se derivan.

Por el contrario, el menor, aunque su personalidad esté todavía en fase de formación, es un sujeto pensante, y no, un ser inanimado incapaz de relacionarse con el mundo exterior.

Esto hace que la situación del menor sea particularmente delicada, porque, de un lado, debe ser protegido de los eventuales daños que él mismo podría causar a su patrimonio; pero, de otro lado, deben dejársele espacios idóneos de libertad y de autodeterminación, que puedan permitir un desarrollo sano y autónomo de su propia personalidad<sup>6</sup>.

En un sistema jurídico constitucional en el que el centro del ordenamiento es el principio personalista descrito en el art. 2 de la Constitución italiana, el menor –como cualquier otro sujeto– tiene el derecho a realizar sus propios objetivos, perseguir sus propios intereses y, en definitiva, a desarrollar su propia personalidad. Parece evidente que dicho desarrollo sólo puede lograrse, dejando espacios de autodeterminación al menor, el cual, a través de actos que adquieran relevancia jurídica, pueda manifestar la peculiaridad del propio “yo”<sup>7</sup>.

6 Evidencia la necesidad de dejar al menor espacios idóneos de “libertad y de autodeterminarse”, ALPA, G.: “I contratti del minore, Appunti di diritto comparato”, *Contratti* (2004), p. 519. Pone de manifiesto la exigencia de cambiar la perspectiva de análisis del problema tratado en este trabajo, STANZIONE, P.: “I contratti del minore”, *Europa e diritto privato* (2014), p. 1238, quien afirma: “la aproximación al tema puede ser de tipo iusformalista, por lo que el menor no podrá realizar actos jurídicos, salvo en los casos previstos en la Ley (arts. 2.1 y 316.1 CC), siendo, pues, incapaz de obrar hasta los dieciocho años, o, por el contrario, es posible una perspectiva iusrealista, según la cual el menor puede realizar todos los actos jurídicos de carácter no patrimonial, con base en su capacidad de autodeterminarse”. Con anterioridad se había expresado en términos semejantes, GIORGIANNI, M.: “In tema di capacità del minore di età”, *Rassegna diritto civile* (1988), p. 104.

7 Sobre la posición que asume el menor en el sistema de valores establecido en la Constitución italiana, véase CAMPANATO, G.: “Il minore nella famiglia”, en AA.VV.: *La tutela giuridica del minore. Diritto sostanziale e processuale* (coord. por G. CAMPANATO, V. ROSSI y S. ROSSI). Padova (2005): CEDAM, pp. 65-66; RIDOLA, P.: “Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo”, en AA.VV.: *I diritti costituzionali* (coord. por R. NANIA y P. RIDOLA). Torino (2001): UTET, p. 54.

## II. LÍMITES EXTRALEGALES A LA FALTA DE CAPACIDAD DE OBRAR: LOS LLAMADOS “ACTOS DE LA VIDA COTIDIANA”.

Hay que tener en cuenta que, mediante la autonomía negocial, el individuo autoregula sus propias necesidades e intereses, creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas de acuerdo con sus preferencias<sup>8</sup>. De hecho, a través de la conclusión de negocios jurídicos, cada individuo expresa una parte de sí, expresa las propias necesidades y, en parte, intenta realizarlas.

La presunción de que el menor es siempre y comúnmente considerado como un sujeto privado de capacidad de obrar es particularmente rígida y no tiene en cuenta el hecho de que el proceso de desarrollo y de maduración de un individuo no puede ser determinado de manera tan precisa, sino que, por el contrario, es un “camino” de formación personal y gradual, que se concilia mal con generalizaciones.

Es, por ello, que aunque la orientación de nuestro Código civil sea la de considerar inválidos todos los negocios concluidos por el menor (en cuanto sujeto privado de capacidad de obrar), la doctrina ha propugnado correcciones extralegales, que le permitan celebrar, al menos, aquellos actos negociales definidos como “actos jurídicos de la vida cotidiana”<sup>9</sup>.

Se trata de todos aquellos negocios, habitualmente privados de particular relevancia económica, a través de los cuales se realizan los actos más básicos de la cotidianidad de cada cual y, que, en cuanto tales, también puedan ser concluidos por menores. En esta categoría de actos hay que situar las pequeñas adquisiciones habituales, la celebración de contratos de transporte local (autobús, metro, etc.), los pequeños gastos inherentes a aspectos lúdicos, recreativos o culturales (adquisición de una entrada para el cine o el teatro, la adquisición de tebeos, discos de música, etc.)<sup>10</sup>. Resulta claro que, aplicando el principio general que exige la capacidad de obrar para la celebración de negocios jurídico, los contratos de adquisición tales bienes y servicios por parte de los menores serían inválidos<sup>11</sup>.

8 Véase, sobre este punto, BOCCHINI, F.: “L’interesse del minore nei rapporti patrimoniali”, *Rivista diritto civile* (2000), pp. 277–313.

9 La única referencia normativa que, si bien en un ámbito diverso pero afín, podría socorrer al intérprete en este punto es el art. 409. II CCI, que, al regular la “amministrazione di sostegno”, afirma que el beneficiario de la misma “puede en todo caso realizar los actos necesarios para satisfacer las exigencias de la propia vida cotidiana”. Sobre este punto véase MALAVASI, B.: “L’amministrazione di sostegno: le linee di fondo”, *Notariato* (2004), p. 321.

10 Para una reconstrucción de tales actos, véase CINQUE, M.: *Il minore contraente*. Milano (2007): Giuffrè, pp. 98-101.

11 STANZIONE, P.: “I contratti del minore”, cit., pp. 1237-1238, llama la atención sobre la generalización del uso de las nuevas tecnologías y la acentuación, cada vez, más marcada, del reconocimiento social de espacios de autonomía en la vida cotidiana, que se extiende progresivamente a una serie de operaciones económicas. Se refiere el autor a la compra de periódicos, tebeos, pequeños muñecos de plástico, libros, discos, videocasetes, materiales para escribir o de naturaleza informática, así como a la de artículos deportivos, vestuario, comida y bebidas.

La necesidad de atemperar este principio se encuentra, precisamente, en la exigencia de permitir al menor desarrollar su propia personalidad, también a través de la conclusión de contratos, pues, en caso contrario, no se le permitiría expresar y atender a sus propias necesidades. En los casos expuestos, es evidente que no concurre la exigencia de protección patrimonial, que es el fundamento de la entera disciplina de la capacidad de obrar, desde el momento en que se trata de actos que no exponen al patrimonio del menor o de los padres a un riesgo significativo. La corrección de esta solución, lejos de encontrar confirmación en expresos pronunciamientos jurisprudenciales, se confirma por la total ausencia de litigios sobre este punto, lo que testimonia que no existe discusión sobre la validez de este tipo de contratos, no obstante la frecuencia con que los mismos son celebrados.

La cuestión parece ser de gran actualidad, en particular, en relación con el Derecho español, en el que la Ley 26/2015, de 28 de julio, ha modificado el art. 1263 CC, introduciendo expresamente una derogación a la regla general de la falta de capacidad de obrar del menor en el ámbito contractual. La reforma confirma la imposibilidad general del menor de manifestar autónomamente su voluntad, sin embargo, le permite concluir válidamente “aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales”.

A través de esta intervención legislativa se reconoce, al fin, la falta de adecuación de las soluciones normativas excesivamente rígidas, que, con el pretexto de “proteger” al menor, acaban por limitar de manera drástica su capacidad de autodeterminarse en el campo negocial, con lo que se impide que pueda desarrollar de manera plena su propia personalidad.

La adopción de una solución normativa de este tipo –que como se tendrá ocasión de poner de manifiesto más adelante enlaza de modo significativo con los diversos intentos de codificación europea- es un primer indicio de la toma de conciencia del hecho de que la necesidad de “tutela” del menor debe ser también interpretada como la exigencia de dotar al mismo de todos los instrumentos necesarios para garantizarle un “crecimiento” progresivo y equilibrado. Un ordenamiento que pretende “proteger” al menor debe intentar introducirlo gradualmente en los actos de la vida civil a través de etapas que le permitan formarse una experiencia propia, evitando ponerlo en una situación que suponga un brusco y repentino tránsito al más complejo –y, a veces, para él difícilmente comprensible- “mundo de los adultos”<sup>12</sup>.

---

12 Sobre este punto, reciénente, véase Giustozzi, L.: “L'autonomia patrimoniale dei soggetti incapaci”, *Le Corti Umbre* (2015), en prensa.

### III. CONTRATOS CONCLUIDOS POR MENORES Y SANCIÓN INVALIDANTE: LA ANULABILIDAD COMO SANCIÓN PROTECTORA DEL PATRIMONIO DEL MENOR.

La finalidad protectora, propia del sistema normativo que caracteriza las relaciones contractuales creadas por un menor, se hace todavía más evidente, cuando se analiza el mecanismo sancionatorio establecido por el Código civil de 1942 en sede de invalidez. La elección del legislador ha sido la de considerar anulables los contratos concluidos por quienes carecen de capacidad de obrar<sup>13</sup>. Tal sanción, que también se aplica en el caso de contratos celebrados con vicios del consentimiento, parece acompañar de manera prevalente a todos aquellos supuestos negociales en los que existe una presunta alteración del elemento volitivo que está en la base de la celebración del contrato<sup>14</sup>.

El mecanismo sancionatorio asume una relevancia central a fin de permitir la realización de una plena e integral tutela de los sujetos protegidos. De hecho, éste siempre está estrechamente ligado a la función que la norma sustantiva violada pretende realizar. Si, como en el caso considerado, el objetivo es el de prever una adecuada tutela del menor, es claro que la sanción deberá ser tal, que permita realizar materialmente dicha finalidad.

La razón que hace que la sanción de la anulabilidad sea la más idónea para proteger al menor que celebra un contrato se encuentra, principalmente, en la delimitación de los sujetos, que, por expresa determinación del art. 1441 CC italiano, están legitimados para poner en marcha el mecanismo de tutela<sup>15</sup>.

En el supuesto que nos ocupa, la anulación del contrato podrá ser demandada, en nombre y por cuenta del menor contratante, por quienes ejercen la patria potestad o la tutela sobre el mismo. El menor estará legitimado autónomamente para hacer valer la anulación, obviamente, sólo después de haber cumplido dieciocho años.

Esta limitación de la legitimación activa confiere al sujeto protegido la posibilidad de elegir entre demandar la invalidez –quedando, en consecuencia, sujeto, a los

13 La posición del Código civil de 1865 era diversa, considerando nulo el contrato celebrado por un menor. Véase a este respecto TAFARO, L.: *L'età per l'attività*. Napoli (2003): ESI, pp. 227-248.

14 El Código civil italiano distingue de manera clara los dos tipos de invalidez (nulidad y anulabilidad) que pueden concurrir en los contratos, reservando a cada uno de ellos una disciplina específica y autónoma. Tal distinción está ausente en el Código civil español, pero ha sido elaborada por la doctrina. Cfr., por todos, sobre este punto, DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "La anulabilidad del contrato por vicios del consentimiento", en AA.VV.: *La terminación del contrato* (coord. por J.A. GAITÁN MARTÍNEZ y F. MANTILLA ESPINOSA). Bogotá (2007): Universidad de Rosario, p. 4.

15 FARINA, V.: "Art. 1425", en AA.VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (coord. por G. PERLINGIERI). Napoli (2010): ESI, p. 1052; PELLEGRINO, G.M.: "Art. 1441", en AA.VV.: *Codice civile* (coord. por P. RESCIGNO), 7ª ed. Milano (2008): Giuffrè, p. 2674; FALABELLA, A.: "Art. 1441", en AA.VV.: *Codice civile commentato* (coord. por G. BONILINI, M. CONFORTINI y C. GRANELLI), 4ª ed. Torino (2012): UTET, p. 3289.

efectos restitutorios que de la misma derivan-, o a mantener en vida el contrato, beneficiándose de los eventuales efectos positivos que el mismo determine<sup>16</sup>.

Debe, no obstante, señalarse que la sanción de la anulabilidad, a pesar de ser la única expresamente prevista por la ley, no es la única aplicable en el caso de contratos celebrados por menores.

Hay que recordar que el art. 1325 CC considera que la presencia de la voluntad de las partes es uno de los elementos esenciales, cuya ausencia, por aplicación del art. 1418 CC, determina la nulidad radical del negocio. En consecuencia, la anulabilidad presupone la “realidad” o existencia de un auténtico consentimiento contractual, aunque el mismo esté “alterado”, es decir, no sea “íntegro”, por estar viciado o no ser la voluntad de quien lo expresa plenamente consciente (en el sentido amplio del término) para valorar su exacto significado y conveniencia para sus propios intereses, al proceder aquél de un menor o de un incapacitado.

Por cuanto concierne al consentimiento expresado por un menor, es evidente que la sanción de la anulabilidad, sólo será procedente, cuando estemos ante un sujeto, que, aunque carezca de capacidad de obrar, sin embargo, haya alcanzado un grado mínimo de madurez, que le permita tener capacidad natural para entender y querer el contrato que celebra. En caso contrario, el contrato no será anulable, sino nulo, por ausencia total de voluntad (faltará, no ya la “integridad”, sino la “realidad” del consentimiento, que, en puridad, será inexistente)<sup>17</sup>.

La exigencia de una voluntad que, por lo menos, sea suficiente para crear un vínculo negocial, se deduce claramente de la naturaleza misma de la sanción aplicable. De hecho, el contrato anulable, aunque inválido, produce íntegramente sus efectos hasta que recaiga una sentencia –que, precisamente, por esto tiene naturaleza constitutiva y no meramente declarativa, como la de nulidad- la cual, al tener carácter retroactivo, hace desaparecer *ex tunc* los efectos hasta entonces producidos. Todo ello presupone que el contrato, si bien ha sido estipulado por un sujeto privado de capacidad de obrar, está completo en sus elementos esenciales,

16 ALPA, G.: “I contratti del minore, Appunti di diritto comparato”, cit., p. 518, quien hace notar que la disciplina invalidatoria prevista respecto de los contratos celebrados por menores pretende permitir a la parte protegida mantener en vida los eventuales efectos positivos de los negocios celebrados por el incapaz. La circunstancia de que la anulación de tal contrato sólo pueda tener lugar a instancia de parte, en cuanto instrumento de protección de los intereses particulares de uno de los contratantes, parece estar en una evidente relación con las específicas regulaciones sancionatorias que en Italia son previstas en el ámbito de la tutela de los “nuevos” sujetos débiles (consumidores, clientes de instrumentos financieros o bancarios, etc.). En el seno de dichas regulaciones es, así, extremadamente frecuente el recurso a la sanción de la “nulidad relativa” como un remedio que, desde un punto de vista patológico, trata de garantizar a los sujetos protegidos un instrumento idóneo de reacción ante una lesión sufrida.

17 En la jurisprudencia, puntualiza la diferencia entre la ausencia de acuerdo que determina la nulidad y la prestación de un consentimiento meramente viciado que provoca la anulabilidad, Cass., 22 marzo 1993, n. 3378, *Giustizia civile* (1994), I, p. 1997.

por lo que puede producir sus efectos, aunque de manera no definitiva (en tanto no caduque la acción de anulación).

#### IV. ENGAÑOS USADOS POR EL MENOR Y EXCEPCIÓN DE LA EXIGENCIA DE PROTECCIÓN.

Como muchas veces se ha dicho, la norma que disciplina los contratos celebrados por menores tiene como finalidad principal la protección del patrimonio de un sujeto que, a causa de su edad, puede ser considerado como la parte débil. Su inexperiencia y el riesgo de que pueda ser fácilmente manipulado, podrían dar lugar a que concluyera contratos que le fueran perjudiciales. Es, pues, la condición psicofísica del joven la que lo sitúa en una situación de debilidad y, en consecuencia, impone la necesidad de prever instrumentos de protección a su favor:

Es, por ello, que la necesidad de protección del menor, carente de capacidad de obrar, encuentra su excepción, cuando es aquél quien, con su propia conducta maliciosa o engañosa, haya inducido a error a la parte contraria, haciéndole creer que era mayor de edad<sup>18</sup>.

En este sentido se expresa de manera extremadamente clara el art. 1426 CC, que excluye la posibilidad de que el menor pueda pedir la anulación, cuando, con sus engaños, haya ocultado su estado de incapacidad debido a la edad, especificando que “la simple declaración, hecha por él, de ser mayor, no es obstáculo para la impugnación del contrato”<sup>19</sup>.

Por lo tanto, lo que el Código civil exige es una conducta particularmente artera por parte del menor, que induzca a la otra parte a creer razonablemente que el sujeto con el que va a contratar tiene capacidad de obrar<sup>20</sup>. Si la exigencia de protección del menor deriva directamente de un estado de formación, todavía no desarrollado totalmente, que podría inducir a un tercero a aprovecharse de él, parece evidente que conductas de este tipo hacen desaparecer la exigencia misma de tutela. En consecuencia, quien viene a ser tutelado por el último inciso de la

18 Según una parte de la doctrina la razón de tal elección habría que encontrarla en la particular madurez demostrada por el menor que, al concluir un cierto contrato, emplea un engaño que induce a la otra parte a considerarlo mayor de edad. En este sentido TRABUCCHI, A.: “Dolo”, en AA.VV.: *Novissimo digesto italiano*, VI. Torino (1960): UTET, pp. 153-154. Por el contrario, según otro sector de la doctrina, la disposición comportaría una especie de sanción que el ordenamiento establece para el menor en razón de ser su comportamiento contrario a la buena fe. Así, PAVONE LA ROSA, A.: “Nullità ed annullabilità del contratto. Rassegne di giurisprudenza”, *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* (1949), pp. 441-446.

19 Véase, sobre este punto, MIRABELLI, G.: “Dei contratti in generale”, en AA.VV.: *Commentario al codice civile*, Torino (1980): UTET, pp. 525-526; FRANZONI, M.: “Il contratto annullabile”, en AA.VV.: *Trattato diritto privato* (coord. por M. BESSONE), XIII. Torino (2002): UTET, pp. 191-192; SACCO, R. y DE NOVA, G.: “Il contratto”, en AA.VV.: *Trattato di diritto civile* (coord. por R. SACCO). Torino (2004): UTET, pp. 413-414; GIARDINA, F.: “Art. 1426 c.c.”, en AA.VV.: *Dei contratti in generale* (coord. por E. NAVARRETTA y A. ORESTANO), en AA.VV.: *Commentario al codice civile* (coord. por E. GABRIELLI). Torino (2011): UTET, *passim*.

20 FARINA, V.: “Art. 1426”, en AA.VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (coord. por G. PERLINGIERI). Napoli (2010): ESI, p. 1057. En jurisprudencia, v. Cass., 21 julio 1954, n. 2616. *Foro italiano* (1954), I, p. 335.

norma no es ya el menor; sino, por el contrario, el otro contratante que, llevado a engaño, ha confiado legítimamente en la válida conclusión de un contrato, cuya eficacia, por ello mismo, no podrá ser ya discutida<sup>21</sup>.

El legislador realiza, así, una operación de valoración de los intereses contrapuestos. Si, normalmente, tal valoración lleva al ordenamiento a tutelar de manera plena e integral al menor; en el caso de que se demuestre que éste —a causa de una conducta inapropiada y artera— no merece un trato de favor; lo que se protege es, precisamente, la legítima confianza del otro contratante en la validez del contrato.

Por último, debe precisarse que esta disposición es considerada por la jurisprudencia como una norma que tiene naturaleza excepcional, en la medida en que deroga el principio general, según el cual los actos realizados por el incapaz de obrar son inválidos. Por ello, los Tribunales niegan la posibilidad de extender la aplicación del precepto a los casos, en verdad, más frecuentes, en que los engaños proceden, no de un menor de edad, sino de un sujeto incapacitado<sup>22</sup>.

Así ha sucedido en un supuesto en el que un incapacitado, con la finalidad de concluir un contrato, había presentado a la otra parte una copia falsa de una sentencia de revocación del estado de incapacitación. No obstante la conducta maliciosa del incapacitado, la Corte de Casación ha confirmado la necesidad de interpretar de manera estricta y rigurosa el art. 1426 CC, decantándose, en consecuencia, por la invalidez del contrato concluido, mediando el engaño del incapacitado<sup>23</sup>.

## V. PECULIARES EFECTOS RESTITUTORIOS DE LA ANULABILIDAD POR FALTA DE CAPACIDAD DE OBRAR.

La especificidad de la tutela del patrimonio del menor en el ámbito de la autonomía negocial se deja sentir en la regulación, por parte del art. 1443 CC, de los efectos de la sentencia de anulación, concretamente, en lo atinente a la restitución de las prestaciones del contrato invalidado<sup>24</sup>.

Según ya se ha dicho, el contrato celebrado por un sujeto carente de capacidad de obrar produce sus efectos *medio tempore*. La demanda de anulación, de ser

21 FRANZONI, M.: "Dell'annullabilità del contratto", en AA.VV.: *Commentario al Codice Civile* (coord. por P. SCHLESINGER), 2ª ed. Milano (2005): Giuffrè, pp. 207-208; GENOVESE, A.: "Art. 1426", en AA.VV.: *Codice civile Commentario* (coord. por G. BONILINI, M. CONFORTINI y C. GRANELLI). Torino (2012): UTET, pp. 3256-3257.

22 En la doctrina, tiende a considerar no susceptible de extensión tal disposición a los casos de incapacitación e inhabilitación, FEDELE, A.: "Dell'annullabilità del contratto", en AA.VV.: *Commentario al Codice civile* (coord. por M. D'AMELIO y E. FINZI). Firenze (1948): Barbera editore, p. 702; *Id.*: *L'inefficacia del contratto*. Torino (1983): UTET, p. 102; PELLEGRINI, G. M.: "Art. 1426", en AA.VV.: *Codice civile* (coord. por P. RESCIGNO), 7ª ed. Milano (2008): Giuffrè, p. 2656.

23 Cass., 4 julio 2012, n. 11191, <http://www.dejure.it>.

24 FARINA, V.: "Art. 1443", en AA.VV.: *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (coord. por G. PERLINGIERI). Napoli (2010): ESI, pp. 1098-1099.

estimada, tendrá como consecuencia, hacer desaparecer retroactivamente los efectos producidos por el contrato celebrado hasta el momento en que recaiga la sentencia que ponga fin al procedimiento (se dice, por ello, que los efectos producidos por un contrato anulable son "claudicantes").

Como regla general, las prestaciones ejecutadas en cumplimiento de un contrato posteriormente anulado quedan desprovistas de un título justificativo, legitimando a quienes las habían realizado para poder obtener la restitución íntegra de lo pagado, que, en puridad, es indebido (el contrato que les sirve de base era inválido).

Sin embargo, esta regla general tiene una limitación en los casos en que la causa de anulación sea la falta de capacidad de obrar de una de las partes, como sucede en el supuesto de los menores de edad<sup>25</sup>. Así, el mencionado art. 1443 CC establece que el contratante incapaz "no está obligado a restituir al otro la prestación recibida, sino dentro de los límites en que le haya resultado ventajosa"<sup>26</sup>.

Parece, pues, evidente, que el precepto prevé la obligación restitutoria del incapaz en la medida en que se haya producido un enriquecimiento de éste<sup>27</sup>, por lo que, si no lo ha obtenido, podrá retener la prestación recibida, que no le haya sido ventajosa<sup>28</sup>.

La *ratio* de la norma se explica por la necesidad de establecer una tutela completa del patrimonio del incapaz, que, en cuanto parte débil, podría sufrir los efectos de un contrato, cuya oportunidad no pudo apreciar debidamente, y no haber utilizado en su propio provecho la prestación ejecutada a su favor<sup>29</sup>. Así mismo, el art. 1443 CC tiene un efecto disuasorio para quienes pretendan celebrar un negocio con un sujeto incapaz, porque, en caso de anulación del contrato, no tienen asegurada la restitución de la prestación por ellos ejecutada<sup>30</sup>.

25 Sobre el alcance de la disposición y la amplitud de su ámbito de aplicación, véase Cass., 8 marzo 1968, n. 681.

26 Cfr. la similar disciplina del art. 1304 del Código civil español. En la doctrina, EVANGELIO LLORCA, R.: *Los contratos celebrados por incapaces naturales*. Madrid (1997): McGraw-Hill, pp. 132-140.

27 Considera la última disposición citada una especificación del principio general del art. 2039 CCI concerniente al enriquecimiento injusto, MESSINEO, F.: "Annullabilità (dir. Priv.)", en AA.VV.: *Enciclopedia del Diritto*, II. Milano (1958): Giuffrè, p. 480.

28 Sobre el concepto de "ventaja" al que se refiere la norma analizada, MANZINI, C.: "Il vantaggio dell'incapace", *Rivista diritto civile* (1980), I, pp. 649-682.

29 De CUPIS, A.: "Il favor nel diritto civile per gli incapaci", *Riv. dir. civ.* (1982), II, pp. 763-766; GALGANO, F.: *Il negozio giuridico*. Milano (1988): Giuffrè, p. 346. La misma finalidad ha sido encontrada por la doctrina española en el art. 1304 del Código civil español. Así, DELGADO ECHEVERRÍA, J.: "Comentario a los artículos 1303-1314 del CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2. Madrid (1981): Edersa, p. 297.

30 Explica los instrumentos protectores establecidos por el legislador en favor del menor, también como instrumentos encaminados a disuadir a la otra parte de concluir el contrato, CALÒ, E.: "Appunti sulla capacità di agire dei minori", *Diritto famiglia persone*. (1997), p. 1611.

## VI. EL MENOR COMO SUJETO DE DERECHO: NORMAS CONSTITUCIONALES Y NECESIDAD DE UNA TUTELA “DINÁMICA” DEL MENOR.

La regulación expuesta evidencia que el legislador del Código civil de 1942 sintió la necesidad de establecer un sistema de protección del menor; que vetara la posibilidad de que el mismo, por su propia voluntad, pudiera celebrar negocios jurídicos. Sin embargo, hay que preguntarse si la rigidez de esta sistema resulta adecuada en la actualidad o, si por el contrario, es necesaria una reformulación de la materia<sup>31</sup>.

Es sabido que, por cuanto concierne a los aspectos de naturaleza familiar; el Código civil parte de una concepción patriarcal de la familia, en la cual los progenitores –y, en particular, el padre– ejercitaban un poder incondicionado sobre el resto de los componentes de la misma. Por lo que se refiere a los hijos, hasta que alcanzaban la mayoría de edad (que entonces estaba fijada en los veintiún años<sup>32</sup>), estaban sujetos al poder del padre. Esta potestad incondicionada no sólo recaía sobre la educación del menor; sino que también proyectaba sus efectos sobre el patrimonio de éste, porque, aunque fuera titular del mismo, no obstante, no podía realizar actos de disposición sobre él de manera autónoma, sino, exclusivamente, a través del padre<sup>33</sup>.

La eliminación de cualquier espacio de actuación del menor en el ámbito negocial encontraba justificación en la necesidad de evitar cualquier tipo de restricción al poder del padre de controlar y planificar la familia.

Al igual que en España, en Italia ha evolucionado la concepción de la familia<sup>34</sup>, la cual ha dejado de ser un grupo estático, ya que su función primordial no es ya la conservación del orden social, sino el desarrollo de la personalidad de sus componentes<sup>35</sup>, sean mayores o menores de edad<sup>36</sup>.

Por ello, hay que preguntarse si se debe seguir potenciando una orientación que sitúa en primer plano la protección estática del menor; a través de la conservación

31 Se plantea el mismo interrogante STANZIONE, P.: “I contratti del minore”, cit., p. 1239, cuando afirma: “existe la alternativa de dejar absolutamente invariado el sistema actualmente en vigor o, por el contrario, de iniciar un proceso de modificación de las normas, que puede llevar a soluciones diversas; ampliar el régimen de las excepciones a las incapacidades legales, rebajar la edad mínima necesaria para concluir ciertos tipos de contratos, atenuar la sanción prevista para el caso de incumplimiento de las prescripciones legales”.

32 La mayoría de edad fue reducida de 21 a 18 años por la Ley de 8 de marzo de 1975, n. 39.

33 En tal sistema los padres eran considerados los sujetos más idóneos para atender los intereses de los hijos. Sobre este punto, véase GIORGIANNI, M.: “Della potestà dei genitori”, en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. por G. CIAN, G. OPPO y A. TRABUCCHI), IV. Padova (1992): CEDAM, p. 292.

34 DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CHAPARRO MATAMOROS, P.: “La responsabilità civile nell’ambito delle relazioni familiari in Spagna”, *Diritto famiglia persone* (2014), pp 390-391.

35 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionali secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed. Napoli (2006): ESI, pp. 919-950.

36 Se evidencia que el menor pasa de ser un objeto de derechos ajenos a un sujeto titular de derechos, STANZIONE, P. y SCIANCALEPORE, G.: *Minori e diritti fondamentali*. Milano (2006): Giuffrè, pp. 45-46.

de su patrimonio o si, por el contrario, se debe iniciar una nueva aproximación a la materia, drigida a fomentar el desarrollo de la personalidad de los miembros de la familia<sup>37</sup>.

Es obvio que la postura que se adopte, de modo necesario, repercutirá sobre el juicio que debe hacerse de la solución plasmada en el Código, que, según se ha dicho repetidamente, de manera clara, excluye la capacidad de obrar del menor.

Al analizar las instituciones del Derecho civil, no puede olvidarse el impacto que sobre la estructura del ordenamiento jurídico ha tenido la Constitución italiana de 1948, la cual ha situado en el centro de éste al ser humano, en cuando portador de intereses y valores fundamentales. Dicho impacto también se extiende al Código civil, que tradicionalmente ha sido considerado como un conjunto de normas que tienden, de manera prevalente, a la regulación de los aspectos patrimoniales del individuo y que, sin embargo, hoy debe ser reinterpretado a la luz de los principios fundamentales del ordenamiento y, en particular, del principio personalista. Precisamente, en virtud de tal planteamiento, todas las instituciones del Derecho civil tienen que ser revisadas, volviéndose a estudiar y a analizar en función de su capacidad para realizar materialmente los principios expresados en la Constitución.

Las normas sobre la capacidad de obrar no pueden ser la excepción: el principio rector de la interpretación del Derecho civil debe ser la necesidad de garantizar el espacio más amplio posible y el correcto desarrollo de la personalidad de los seres humanos<sup>38</sup>.

## VII. (CONTINUACIÓN) NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO DE TODOS LOS CONTRATOS A TRAVÉS DE LOS CUALES SE REALICEN INTERESES, MERECEDORES DE PROTECCIÓN, PROPIOS DE LA EDAD DEL MENOR.

Desde la óptica señalada, parece oportuno que la necesidad de conservar el patrimonio ceda a la exigencia de garantizar un pleno desarrollo de la personalidad del menor<sup>39</sup>.

37 STANZIONE, P.: "I contratti del minore", cit., p. 1241, según el cual "se asiste al tránsito de una perspectiva "negacionista", basada en una rígida dicotomía capacidad-incapacidad a otra, de "desarrollo progresivo", que contempla la incapacidad como un supuesto excepcional, destinado a situaciones residuales en relación con el crecimiento de la madurez del menor".

38 En este sentido, TOLDRÀ ROCA, M<sup>a</sup>. D.: *La anulabilidad por causa de incapacidad*. Valencia (2006): Tirant lo Blanch, p. 86: "El tema de la capacidad del menor debe contemplarse desde la visión del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). En este sentido, se impone resaltar el valor práctico del concepto de la capacidad de obrar ligado estrechamente al reconocimiento de la libertad de la persona y de su debida autonomía". Véanse en sentido análogo las consideraciones de GUARDINI, R.: *Le età della vita. Vita e pensiero*. Milano (1992): Giuffrè, p. 102, que resalta la circunstancia de que "el niño no existe sólo para llegar a ser adulto, sino, al contrario, en primer lugar, para ser él mismo, esto es, un niño en cuanto tal, ser humano en tanto que persona viva y ya, en cada fase de su vida, un hombre [...] Así el verdadero niño no es menos persona que un verdadero adulto".

39 CALÒ, E.: "Appunti sulla capacità di agire dei minori", cit., pp. 1610-1611, quien afirma que "la relación entre capacidad del menor y derechos fundamentales o inviolables no debe excluir necesariamente la actividad negocial, la cual constituye una parte no desdeñable de la misma".

Si, como se ha dicho al inicio de este trabajo, la personalidad del individuo también se manifiesta externamente a través de la conclusión de negocios jurídicos, resulta evidente la incidencia de las normas constitucionales sobre la capacidad de obrar; en cuanto que la misma es presupuesto de la autonomía negocial, condicionando su ejercicio.

Es cierto que no se debe descuidar la necesidad de proteger al menor, pero no se le puede impedir expresar sus propias exigencias y necesidades a través de la posibilidad de celebrar actos negociales válidos.

Según ha sido evidenciado, ya la doctrina ha elaborado mecanismos de corrección dirigidos a considerar válidos los llamados “actos de la vida cotidiana”<sup>40</sup>. Esta misma solución ha sido también acogida en el Proyecto de Código europeo de los contratos, cuyo art. 150.III afirma expresamente que no son anulables los negocios “usuales de la vida cotidiana que comporten un desembolso modesto y sean efectuados con dinero o medios procedentes de actividades laborales permitidas al incapaz o puestos lícitamente a su disposición a fin de que pueda disponer de ellos libremente”<sup>41</sup>. Del mismo modo, también el legislador español, como se ha tenido ocasión de evidenciar anteriormente, no ha sido indiferente a la exigencia de reconocer un cierto grado de autonomía al menor en la celebración de los contratos.

Esta corrección –que reconoce la validez de las pequeñas adquisiciones cotidianas-, aunque sea oportuna, no obstante, es insuficiente, por lo que debiera ser ampliada a todos los actos conectados con el desarrollo y la realización de los normales intereses que el menor, de acuerdo, con su edad y madurez, pueda realizar<sup>42</sup>.

Por lo tanto, el criterio de discriminación debiera ser, más que el de la naturaleza del acto de autonomía- y, en consecuencia, su mayor o menor relevancia desde el punto de vista económico-, el interés que a través del acto se pretende realizar; de modo que, si dicho interés es merecedor de protección y puede ser encuadrado entre aquellos, cuya conclusión permiten desarrollar correctamente la personalidad

40 CALÒ, E.: “Appunti sulla capacità di agire dei minori”, cit., p. 1610, que observa que tal reconocimiento puede ser considerado un derecho inviolable del menor.

41 Se trata de la tentativa de elaborar un Código europeo de los contratos por parte de la Academia de iusprivatistas de Pavía. Ha de tenerse en cuenta que la disposiciones en él contenidas, fruto de las reflexiones de autorizados estudiosos europeos, no tienen carácter vinculante, sino que representan exclusivamente una contribución espontánea de dichos estudiosos a la elaboración de un Derecho común de los contratos a nivel europeo. Sobre la particular disciplina de la anulabilidad del contrato adoptada como propia por tal Código, véase MORALES MORENO, A. M.: “Anulabilidad del contrato”, en AA.VV.: *Código europeo de contratos* (coord. por C. VATTIER, J. M<sup>o</sup>. DE LA CUESTA y J. M<sup>o</sup>. CABALLERO), II. Madrid (2003): Dykinson, pp. 575-577.

42 TAFARO, L.: *L'età per l'attività*, cit., pp. 227-248.

del sujeto, el respectivo acto negocial, aunque celebrado por un menor, debería ser considerado válido<sup>43</sup>.

En realidad, la capacidad no es algo que pueda ser determinado de manera general y abstracta, sino que ha de ser valorada en función del específico acto celebrado y de la función que a través del mismo se pretenda realizar<sup>44</sup>.

Por otro lado, en el ámbito de las situaciones jurídicas no patrimoniales ya ha sido sostenida de manera autorizada la necesidad de superar la dicotomía entre capacidad jurídica (atinente a la titularidad de la situación jurídica)<sup>45</sup> y la capacidad de obrar (atinente al aspecto dinámico del ejercicio del derecho), desde la consideración de que privar al titular de un derecho de la posibilidad de ejercitarlo equivale, de hecho, a vaciarlo de contenido. En este ámbito extrapatrimonial, la evolución resulta evidente en el ordenamiento jurídico italiano, desde el momento en que el menor es llamado a expresar su propia opinión, incluso aunque contraste con la de sus padres, en el sometimiento a ciertos tratamientos terapéuticos, en la interrupción voluntaria del embarazo o, en general, en las decisiones que atañan a ámbitos de la propia esfera personal e íntima del menor:

Estas consideraciones, con las debidas adaptaciones, podrían también ser utilizadas por cuanto concierne a las situaciones jurídicas patrimoniales.

En la medida en que una situación jurídica patrimonial se demostrara ser idónea para realizar el desarrollo de la personalidad del menor (art. 2 de la Constitución), debería reconocerse al titular de la misma (aspecto estático) la posibilidad de ejercitarla válidamente (aspecto dinámico).

Deberían, así, ser considerados válidos, aunque no entren dentro del concepto de “actos de la vida cotidiana”, por ejemplo, la adquisición hecha, con los propios ahorros, de una bicicleta, de un instrumento musical, de un telescopio para mirar las estrellas, si, a través de ellos, el menor manifiesta externamente la propia personalidad e intenta desarrollarla, incluso, contra la “voluntad” de los padres<sup>46</sup>.

43 BUSNELLI F.D. y GIARDINA, F.: “La protezione del minore nel diritto di famiglia italiano”, cit., pp. 196-200.

44 GIARDINA, F.: *La condizione giuridica del minore*, cit., p. 67; Id.: “Minore (diritto civile)”, en Aa.Vv.: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Roma (1990): Edizioni del Foro italiano, pp. 1-5; Id.: “I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia”, *Rivista trimestrale diritto e procedura civile* (1977), pp. 1352-1390.

45 PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Napoli (1972): ESI, pp. 137-142; STANZIONE, P.: “Costituzione, diritto civile e soggetti deboli”, *Famiglia diritto* (2009), p. 312.

46 No es obstáculo el hecho de que procediendo de este modo se imponga al menor el cumplimiento de una prestación desde el momento en que no hay por qué excluir que el menor venga obligado a responder de una obligación, cuando la misma nazca de un “acto jurídico en sentido estricto”. Así sucede, por ejemplo, con las obligaciones que derivan de un hecho ilícito cometido por un menor. El sistema de responsabilidad civil descrito por los arts. 2043 y ss. CCI vincula la imputabilidad del sujeto responsable a su capacidad natural para entender y querer, y no a su capacidad legal de obrar; de ello se deduce que un menor, capaz de entender y de querer, que cause a un tercero un daño injusto, podrá ser condenado personalmente a resarcirlo.

## VIII. CONCLUSIONES: DE LA TUTELA “ESTÁTICA” A LA TUTELA “DINÁMICA”.

En conclusión, todo lo dicho debería llevar a contemplar las normas en materia de capacidad de obrar de manera distinta y menos rígida, a pesar de que el tenor de las mismas sea clara, al negar aquélla al menor de edad.

Esta idea se apoya en la convicción de que la incapacidad de un individuo no puede ser determinada de manera universal para todos. Negar, de manera absoluta, márgenes de actuación a sujetos, que, aunque sean menores, estén en grado de realizar autónomamente sus propios intereses es, seguramente, el modo más idóneo de proteger estáticamente el patrimonio de tales sujetos, pero no es el cauce más adecuado para fomentar su desarrollo personal<sup>47</sup>.

La maduración de un individuo es un proceso progresivo que el ordenamiento jurídico debe estimular<sup>48</sup>, lo cual sólo puede conseguirse atribuyendo también al menor gradualmente todas aquellas facultades que, una vez que sea completamente maduro, podrá ejercitar de manera plena y absoluta.

Desde este planteamiento, el mismo contrato debe ser visto como un instrumento que permite al individuo desarrollar la propia personalidad y, como tal, su utilización debe ser potenciada.

El hecho de que la conclusión por parte del menor pueda causar un daño a su patrimonio no es razón suficiente para eliminar de manera drástica la posibilidad de celebrarlo.

Ciertamente, la necesidad de prever sanciones invalidantes persiste. Lo que sucede es que, necesariamente, debe ampliarse el margen de autonomía reconocido al menor para concluir negocios válidos.

Si el principio personalista se coloca en el centro del ordenamiento jurídico con valor axiológico, se debería fomentar la posibilidad de que un menor, incluso perdiendo dinero, pudiera actuar sus propios intereses, con tal de que los mismos fuesen legítimos y merecedores de protección en razón a la edad del mismo.

En otro caso, sería, por el contrario, oportuna la aplicación de la sanción prevista por el Código civil, a fin de invalidar un contrato que no se demostrase estar en función del desarrollo de la personalidad del menor.

47 STANZIONE, P.: “I contratti del minore”, cit., p. 1247, quien hace notar que “es evidente que el fundamento de la capacidad de obrar, comúnmente situado en la exigencia de protección del menor y considerado de manera presunta idóneo para tutelar sus intereses, produce un resultado diametralmente opuesto. Por una especie de heterogénesis de los fines, de hecho, la norma del art. 2 CCI deja de ser un mecanismo de protección y se transforma en un instrumento de marginación: el menor, como el incapacitado, se convierte en el incapaz”.

48 Sobre este tema, DELL’UTRI, M.: “Il minore tra “democrazia familiare” e capacità di agire”, *Giurisprudenza italiana* (2008), p. 1568.

Por consiguiente, resulta necesario abandonar concepciones paternalistas del Derecho y afirmar que el menor es un individuo que debe ser considerado como un sujeto capaz de celebrar válidamente actos encaminados a alcanzar intereses merecedores de tutela en relación con su edad, a través de los cuales pueda ir desarrollando progresivamente su personalidad<sup>49</sup>.

Un exceso de tutela “estática”, que valore al máximo la protección del menor desde la perspectiva puramente patrimonial, es hoy anacrónica y poco idónea para potenciar su crecimiento personal; y ello, no sólo, porque precluye la posibilidad jurídica de que pueda celebrar contratos válidos, sino, porque, de hecho, disuade a los terceros de concluirlos con él.

Por el contrario, debiera privilegiarse una tutela “dinámica” del menor; que, de un lado, protegiese su patrimonio respecto de la posible celebración de contratos extraños a sus propios intereses; pero, de otro, le permitiera manifestar externamente sus necesidades y satisfacerlas, teniendo la posibilidad económica de hacerlo, a través de la conclusión de contratos válidos.

De aquí la necesidad de que, finalmente, tenga lugar un reconocimiento normativo de lo que frecuentemente acontece en la realidad y, en consecuencia, que los menores puedan expresar su propia voluntad en la conclusión de negocios que les atañan en primera persona y, a través de éstos, poder manifestar las peculiaridades de la propia personalidad e intentar desarrollarla<sup>50</sup>.

49 Sobre este punto RUSCELLO, F.: “Potestà genitoria e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia”, *Vita notarile* (2000), p. 73, el cual evidencia como “el acto, también de naturaleza negocial y patrimonial, podrá ser realizado por el menor con capacidad de discernimiento, en la medida en que sin su conclusión quedaría privado de un concreto ejercicio la situación existencial que [...] en todo caso debe ser garantizada”.

50 ALPA, G.: “I contratti del minore, Appunti di diritto comparato”, cit., p. 526, quien afirma: “desde un punto de vista realista es fácil constatar que los menores de hoy en día concluyen contratos de intercambio que no son inválidos. En la vida real el menor elige, contrata, concluye muchas relaciones negociales que, no siendo anulables o no pudiendo ya serlo por razones de prescripción, producen efectos. De ahí la alternativa de proseguir como si nada sucediese o de iniciar una discusión sobre la necesidad de modificar la disciplina legal”.