

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

**EXCEPCIONES A LA INCAPACIDAD DE OBRAR
DEL *IMPUBER* Y DEL *MINOR SUI IURIS* Y SU
RECEPCION EN DERECHO ESPAÑOL.**

**EXCEPTIONS TO THE INABILITY TO ACT OF THE
IMPUBER AND *MINOR SUI IURIS* AND RECEPTION
IN SPANISH LAW.**

**Walenka Arévalo Caballero
Profesora Titular de Derecho Romano
Universidad de Alicante**

**I. Capacidad y responsabilidad del *impuber* y del
minor sui iuris en Derecho Romano.**

Iniciaremos el estudio refiriéndonos a los impúberes *sui iuris*, los cuales, ya fuesen varones o mujeres, estaban sometidos a tutela¹ y necesitaban la *auctoritas*

¹ Hay que señalar que el varón salía de la tutela cuando alcanzaba la pubertad, no así las mujeres que permanecían bajo tutela, dando lugar a una categoría especial de tutela –*tutela*

del tutor para que fuesen válidos los negocios jurídicos que realizaban; no obstante, atendiendo esencialmente a la edad y a las relaciones jurídicas que podían concluir, se dividió la impubertad, en distintas categorías: *infantes*, considerando como tal a todos aquellos *qui dari non possunt*² y, aunque no existió unanimidad legislativa ni jurisprudencial para establecer hasta que edad el menor era considerado *infans* –los juristas clásicos valoraron la situación caso por caso³–, Justiniano admitió los siete años para reconocerlos como *impueres infantia maiores*. Ahora bien, Solazzi⁴ ha defendido, basándose en las fuentes, que ya en época clásica se abandonaba la infancia a partir de los cinco años cumplidos.

A partir de la segunda mitad del siglo II a.C., la categoría de *impueres infantia maiores* se dividió en dos grupos, en primer lugar, los que estaban próximos

mulierum-.

² PUGLIESE, G., *Precedenti Romani della moderna legislazione sui minori*, en Atti dei Convegni Lincei, V, Franciosi, 1983, p.114, n. 4, establece que la referencia de los juristas romanos (D. 46, 6, 6, Gai. 27 ad ed.; D. 26, 7, 1, 2, Ulp. 35 ad ed.) a los niños *qui dari non possunt*, debe entenderse, no sólo a aquellos que no saben hablar, sino a aquellos que no sabían pronunciar las palabras de los actos jurídicos formales. ARANGIO RUIZ, V., *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1979, p. 493, manifiesta que son los que no pueden expresar sus pensamientos de forma razonable.

³ ARANGIO-RUIZ, V., *Istituzioni*, p. 493.

⁴ SOLAZZI, S., *L'età del infans*, en BIDR, 49-50, 1947, p. 345 ss (= Scritti di Diritto Romano, IV, Napoli, 1963, pp. 653 ss.); *Qui infanti proximi sunt*, en Labeo, 1955, I, p. p. 7. (= Scritti di Diritto Romano, IV, cit.).

a la infancia –*infanti proximi*– y, en segundo, aquellos que se acercaban a la pubertad –*pubertati proximi*⁵.

Los infantes eran considerados totalmente incapaces, así lo establece Gayo, en Instituciones 3, 109, ...*nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent...* y todos sus negocios jurídicos debían ser realizados por el tutor⁶, al ser equiparados a los *furiosi* que no pueden comprender los actos que efectúan. Esto es, era su tutor quien concluía los actos jurídicos supliendo a la persona del menor y, por consiguiente, su responsabilidad contractual era nula.

Sin embargo, los *pubertati proximi* o *infantia maiores*⁷ podían realizar negocios jurídicos siempre que

⁵ ANKUM, H., *Les infanti proximi dans la Jurisprudence classique*, en Estudios en homenaje al Profesor Hernandez Tejero, vol. 2, Madrid, 1994, pp. 53, ss.

⁶ D. 26, 7, 1,2, *Ulpiano* 35 ad ed. *Sufficit tutoribus ad plenam defensionem, sive ipsi iudicium suscipiant sive pupillos ipsis auctoribus, nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent. licentia igitur erit, utrum malint ipsi suscipere iudicium an pupillum exhibere, ut ipsis auctoribus iudicium suscipiatur: ita tamen, ut pro his, qui dari non possunt vel absint, ipsi tutores iudicium suscipiant, pro his autem, qui supra septimum annum aetatis sunt et praesto fuerint, auctoritatem praestent.*

⁷ SOLAZZI, *Qui infanti*, p.7, no está de acuerdo con ALBERTARIO sobre la teoría sostenida en su artículo *Infanti proximus e pubertati proximus*, en Studi di diritto romano, I, Milano, 1933, pp. 79 ss., sobre la tripartición de la infancia en: *infans*, *infanti proximus* y *pubertati proximus*, determinando que tiene su base en el derecho justinianeo que fija el límite de la infancia cuando se cumple la edad de siete años. SOLAZZI, rechaza el argumento

les fueran favorables⁸ y obligar a otras personas en su favor, así se establece en *Gai.* 3, 107⁹:

Gai 3,107, Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, uelut si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.

Por lo tanto, para los menores que habían cumplido la edad de siete años, no era necesaria la presencia ni el consentimiento del tutor si el negocio únicamente les producía beneficios, siendo necesario, como se puntualiza en *Gai.* 3, 109¹⁰, que para celebrar estos

exponiendo que, “Ma, a parte che il concetto di *pubertati proximi* non è postclássico, la classificazione di *infantes ed infanti proximi* avrebbe dovuto sparire dopo che tutti i minori di 7 anni sono stati assorbiti nella categoria degli *infantes* e la condizione degli *infanti proximi* è stata dalle l. 3.19.10 equiparata a quella dei *pubertati proximi*”.

⁸ BURDESE, A., *Sulla capacità intellettuale degli impúberes in diritto clasico*, en Archivio Giuridico Filippo Serafini, 1956, pp. 10 ss., opina que los impúberes, a los que se les reconoce una cierta capacidad intelectual, podían concluir negocios jurídicos obligatorios sin la *auctoritas tutoris*, aunque en este caso, el vinculo obligatorio sólo podía ser considerado una obligación natural.

⁹ l. 3, 19, 9, *Pupillus omne negotium recte gerit: ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.*

¹⁰ La misma regulación en, l. 3, 19, 10. *Sed quod diximus de pupillis, utique de his verum est qui iam aliquem intellectum habent; nam infans et qui infantiae proximus est, non multum a furioso distant, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent: sed in proximis infantiae propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, ut idem iuris habeant quod pubertati proximi. sed qui in parentis potestate est impubes nec auctore quidem patre obligatur.*

contratos el menor tuviese discernimiento, esto es, que comprendiese el acto que estaba realizando.

Gai 3, 109, Sed quod diximus de pupillo, utique de eo uerum est, qui iam aliquem intellectum habet; nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent. sed in his pupillis propter utilitatem benignior iuris interpretatio facta est.

Así, podemos señalar que, aunque limitada, los *infantia maiores* tenían capacidad de obrar por sí mismos y por consiguiente su responsabilidad también se encontraba restringida, en los negocios jurídicos que realizaba sin la *auctoritas* de su tutor.

Por lo que se refiere a los contratos que podían formalizar los *impuberes infantia maiores sui iuris*, debemos subrayar que, auxiliados por su tutor, lograban concluir cualquier clase de contrato, tal como establece Paulo en D. 50, 17, 5,

D. 50, 17, 5 Paulus 2 ad sab. In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui dari possunt, quamvis actum rei non intellexerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest.

El requisito de la intervención del tutor en los negocios del menor para su validez, estaba instaurada

como costumbre del pueblo romano; así lo manifiesta Ulpiano en D. 29, 2, 8:

D. 29, 2, 8 Ulpianus 7 ad sab. More nostrae civitatis neque pupillus neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt:..

Además, el *ius civile* imponía al pupilo la necesidad de contar con la *auctoritas* del tutor para contraer obligaciones, comprobándose esta exigencia en D. 2, 14, 28 pr., al establecer la invalidez de los pactos convenidos contra las reglas del derecho civil y se pone como ejemplo el *pactum de non petendo* concluido *sine tutoris auctoritate*:

D. 2, 14, 28, pr. Gaius 1 ad ed. provinc. Contra iuris civilis regulas pacta conventa rata non habentur: veluti si pupillus sine tutoris auctoritate pactus sit ne a debitore suo peteret, aut ne intra certum tempus veluti quinquennium peteret: nam nec solvi ei sine tutoris auctoritate potest. ex diverso autem si pupillus paciscatur, ne quod debeat a se peteretur, ratum habetur pactum conventum: quia meliorem condicionem suam facere ei etiam sine tutoris auctoritate concessum est.

No obstante, hay que destacar que en el fragmento, por el contrario, se da validez al pacto de no pedir formalizado por el pupilo cuando convenía la liberación de su obligación, porque, manifiesta Gayo, le

está permitido mejorar su condición, aun sin la *auctoritas* del tutor.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, el pupilo no podía realizar promesa por medio de *stipulatio*, aunque por razones de utilidad se admitió que pudiese intervenir válidamente en el contrato¹¹ en determinadas ocasiones.

Por ello, Gayo, refiriéndose a la *satisdatio rem pubilli salvam fore*¹², contempla la posibilidad de que no

¹¹ BURDESE, A., *Sulla capacità*, pp. 55 ss.; ANKUM, H., *Les infanti*, 55 ss., analizan el recurso a la *utilitas* para que el pupilo pueda en calidad de *stipulator* intervenir en el contrato, señalando todas las fuentes donde se establece la capacidad del pupilo para ser parte en la *stipulatio*, aun en el caso de que sea un *infans*.

¹² La obligación de prestar fianza por los tutores y curadores viene impuesta por el Pretor para preservar al pupilo del fraude o negligencia de los tutores con relación a la administración de su patrimonio, así se establece en *Gai*, 1, 199 *Ne tamen et pupillorum et eorum, qui in curatione sunt, negotia a tutoribus curatoribusque consumantur aut deminantur, curat praetor, ut et tutores et curatores eo nomine satisdant*. Fundamental para el pupilo era, que esta garantía se formalizase o antes o inmediatamente después de que el tutor iniciase su cargo. No obstante, no todos los tutores debían prestarla, según lo dispuesto en *Gai*, 1, 200, *Sed hoc non est perpetuum; nam et tutores testamento dati satisdare non coguntur, quia fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; et curatores, ad quos non e lege curatio pertinet, sed qui vel a consule vel a praetore vel a praeside provinciae dantur, plerumque non coguntur satisdare, scilicet quia satis honesti electi sunt*. TORRENT, A., *Manual de Derecho Romano Privado*, Zaragoza, 1995, p. 570, expone que esta *cautio* se prestaba voluntariamente por el tutor testamentario, pero que se imponía por el magistrado en dos hipótesis. Cuando se tratase de un tutor legítimo y cuando hubiera una situación de cotutela en que uno sólo de los cotutores asumiese la gestión efectiva.

sólo los *infantia maiores sui iuris* estipularan válidamente con su tutor la fianza para dejar a salvo sus bienes, sino que podía hacerlo el *infans* por sí mismo *–propter utilitatem–*, en el supuesto de que supiese hablar:

D. 46, 6, 6, 6 *Gaius 27 ad ed. provinc. Servum pupilli stipulari ita necesse est, si pupillus abest aut fari non potest: nam si praesens sit et fari potest, etiamsi eius aetatis erit, ut non intellegat quid agat, tamen propter utilitatem receptum est recte eum stipulari.*

Se incide sobre el tema en D. 46, 6, 6, 2, de tal manera que si el pupilo era un infante de los *qui fari non possunt*, estipularía por él su esclavo y si no lo tuviese, ordenaba el pretor, que se le comprase uno; asimismo, en el caso de que no poseyera dinero para comprarlo o fuese difícil su compra, debía actuar en su nombre, ante el pretor, un esclavo público:

D. 46, 6, 2, *Ulpianus 79 ad ed. Si pupillus absens sit vel fari non possit, servus eius stipulabitur: si servum non habeat, emendus ei servus est: sed si non sit unde ematur aut non sit expedita emptio, profecto dicemus servum publicum apud praetorem stipulari debere:*

Por otra parte, el menor no podían efectuar válidamente negocios que implicaran disposición de su patrimonio sin la *auctoritas* del tutor, como ocurriría en

la enajenación de bienes¹³; ahora bien, se le permitió adquirir mediante *stipulatio*, siempre que recibiese lo convenido por simple *traditio*, sin que interviniese el tutor. Así lo establece Gayo en D. 26, 8, 9pr.:

D. 26, 8, 9pr. *Gaius 12 ad ed. provinc. Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest: adquirere autem sibi stipulando et per traditionem accipiendo etiam sine tutoris auctoritate potest: sed credendo obligare sibi non potest, quia sine tutoris auctoritate nihil alienare potest.*

El problema se presentaba cuando el menor disponía de su dinero realizando un mutuo –negocio en el que se transmitía la propiedad de las monedas entregadas¹⁴-. Al no tener el impúber capacidad para

¹³ *Gai*, 2, 80, donde se establece que el pupilo no puede enajenar *res Mancipi* ni *nec Mancipi* sin la autorización de su tutor y D. 26, 8, 9 pr. (*Gaius 12 ad ed pro.*).

¹⁴ La forma negocial del mutuo es la *datio*. El mutuante ha de realizar una disposición traslativa que pueda transferir la propiedad de las cosas mutuadas al mutuario. El contrato era gratuito y para que se cobraran intereses debía formalizarse una *stipulatio* que tuviera por objeto la usura correspondiente. Para conocer más sobre el tema, vid entre otros: SEGRE, G. *Mutuo e stipulatio nel diritto romano classico e giustiniano*, en Studi Simoncelli, 1917, pp. 331, ss.; VIARD, P.E., *Mutui datio, contribution a l'histoire du fundament des obligations a Roma*, I, Paris, 1939; D'ORS, A. *Creditum*, en AHDE, 33, 1963, pp. 345 ss.; GIUFFRÉ, V. *La datio mutui, prospettiva romana e moderne*, Napoli, 1989; YSÀS I SOLANES, M., *Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés*, en Revista crítica del derecho inmobiliario, 618, 1993, pp. 1365 ss.; RASCON, C., *Sobre los perfiles difusos de algunos contratos: a propósito de los intereses de los préstamos en la teología moral del siglo XIII*, en Revista General Derecho Romano, 10, 2008.

disponer de su patrimonio ni para transmitir la propiedad, señala el fragmento que, al realizar el préstamo, no obligaba al deudor, ya que se le prohibía enajenar cualquier bien de su patrimonio sin el consentimiento de su tutor. El mismo razonamiento aparece en *Gai* 2, 82¹⁵, donde se determina que si el pupilo prestaba una cantidad de dinero, no podía obligar al prestatario porque éste no adquiría la propiedad del dinero que tomaba, teniendo en cuenta la prohibición de enajenar *sine tutoris auctoritate*; no obstante, aunque el negocio fuese nulo el menor no sufriría una pérdida patrimonial, porque se le concedía la facultad de reivindicar la propiedad de las monedas entregadas¹⁶.

Además, constituido un crédito cuyo titular fuese el pupilo, si el deudor pagaba al impúber, no quedaba liberado de su obligación, porque según lo dispuesto en D. 2, 14, 28pr, ni siquiera era posible pagar válidamente al menor sin la presencia de su tutor. No obstante, el pupilo adquiría la propiedad del dinero recibido por simple *traditio*, pero no tenía capacidad para extinguir el crédito *iure civili*, sin la *auctoritas* del tutor, como manifiesta Gayo en Instituciones, 2, 84:

¹⁵ *Gai*, 2, 82, *At si pupillus idem fecerit, quia non facit accipientis sine tutoris auctoritate pecuniam, nullam contrahit obligationem: unde pupillus vindicare quidem nummos suos potest, sicubi extent, id est intendere suos ex iure Quiritium esse...*

¹⁶ La misma prohibición se recoge en: I. 2, 8, 2; D. 41, 1, 11 (*Marcianus 3 inst.*); D. 46, 3, 14, 8 (*Ulpianus 30 ad sab.*).

Gai 2, 84 Itaque si debitor pecuniam pupillo soluat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est; sed tamen si ex ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoueri potest.

Ahora bien, si, a pesar de haber cobrado y haberse enriquecido, el pupilo volvía a exigir el pago de la deuda, el obligado podía oponerle una *exceptio doli*.

La tutela del deudor con la *exceptio doli* queda reflejada, asimismo, en D. 44, 4, 4, 4:

D. 44, 4, 4,4, Ulpianus 76 ad ed. Si quis pupillo solverit sine tutoris auctoritate id quod debuit exque ea solutione locupletior factus sit pupillus, rectissime dicitur exceptionem petentibus nocere: nam et si mutuum acceperit pecuniam vel ex quo alio contractu locupletior factus sit, dandam esse exceptionem. idemque et in ceteris erit dicendum, quibus non recte solvitur: nam si facti sint locupletiores, exceptio locum habebit.¹⁷

¹⁷ Tutela establecida también en: e l. 2, 8, 2; D. 46, 3, 15 (*Paulus 6 ad sab.*); D. 46, 3, 47pr. (*Marcianus 4 reg.*).

El menor debía responder en la medida de su enriquecimiento en aquellos contratos que actuaba *sine tutoris auctoritate*; no podía ser perjudicado y no se obligaba a la conclusión del negocio, pero por un rescripto del Emperador Antonino Pío¹⁸, se le concedía acción al que contrataba con él, para exigir la devolución de todo aquello con lo que se hubiese lucrado, estableciéndose en D. 26, 8, 1pr. ...*divus pius antoninus rescripsit iure pupillam non teneri, sed in quantum locupletior facta est, dandam actionem*, que el impúber no se obligaba en derecho, pero que, a pesar de ello, era responsable por el enriquecimiento que hubiese podido obtener. Igualmente, en D. 26, 8, 5pr. ...*naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est: nam in pupillum non tantum tutori, verum cuivis actionem in quantum locupletior factus est dandam divus pius rescripsit*, Ulpiano vuelve a invocar el rescripto del emperador, al determinar que si se le hubiese entregado dinero en mutuo al pupilo, éste contraía una obligación natural¹⁹ y debía restituir el dinero con el que se enriqueció, quedado establecida claramente la responsabilidad del pupilo.

¹⁸ La información sobre este rescripto de Antonino Pío, de mediados del siglo II d.C., se encuentran en el Libro primero de los Comentarios *ad Sabinum* de Ulpiano, en D. 26, 8, 1pr. y D. 26, 8, 5pr,

¹⁹ BURDESE, A., *Sulla capacità*, pp. 10 ss., analiza la posibilidad de reconocer la capacidad del pupilo para contraer obligaciones naturales en los negocios cuando actúa sin la autoridad del tutor. *La naturalis obligatio*, en *Miscelanea Romanistica*, Madrid, 1997, pp. 202 ss.

Por la misma razón que era nula cualquier enajenación del pupilo sin la *auctoritas* de su tutor, el menor era incapaz para manumitir a su esclavo porque significaría una disminución de su patrimonio, prohibición que se concreta en D. 26, 8, 9,1:

*D. 26, 8, 9,1 Gaius 12 ad ed. provinc. Ex hoc autem, quod pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest, apparet nec manumittere eum sine tutoris auctoritate posse. hoc amplius licet tutoris auctoritate manumittat, debet e lege aelia sentia apud consilium causam probare.*²⁰

Por otra parte, los gravámenes constituidos sobre los bienes del pupilo, ausente el tutor, eran nulos, puesto que, como ya se ha indicado, al pupilo se le prohibía disponer de sus bienes y obligarse *sine tutoris auctoritate*²¹; pero es más, la irresponsabilidad del menor se mantenía aun después de alcanzada la pubertad. Así se dispone en C. 8, 39, 1:

*C, 8, 39, 1: Imperator Antoninus Ex stipulatione, in qua impubes sine tutore auctore spondisti, non es obligatus. * ant. a. paulino. * <a 215 pp. k. iul. romae laeto II et Cerale Conss.>*

²⁰ En el mismo sentido: D. 40, 2, 24 (*Paulus ad ner.*); D. 40, 5, 30, 3 (*Ulpianus 5 fideic.*).

²¹ D. 13, 5, 1, 2 *Ulpianus 27 ad ed. De pupillo etsi nihil sit expressum edicto, attamen sine tutoris auctoritate constituendo non obligatur.*

En cuanto a la responsabilidad del pupilo en los contratos que generan obligaciones bilaterales, cuando intervenía *sine tutoris auctoritate*, se limitaba únicamente a la validez del negocio y no a los perjuicios que pudiera causarle²². De esta forma, se delimita en l. 1, 21pr., la responsabilidad del pupilo en los contratos bilaterales –compraventas, arrendamientos, mandatos y depósitos–, prescribiendo el cumplimiento de las obligaciones contraídas por aquellos que contrataban con los menores, pero liberando al impúber de toda responsabilidad si actuó sin el consentimiento de su tutor:

l. 1, 21pr. Auctoritas autem tutoris in quibusdam causis necessaria pupillis est, in quibusdam non est necessaria. ut ecce si quid dari sibi stipulentur, non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis pupilli promittant, necessaria est: namque placuit, meliorem quidem suam condicionem licere eis facere etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter quam tutore auctore. unde in his causis ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt obligantur, at invicem pupilli non obligantur.

²² BURDESE, A., *Sulla capacità*, p. 54-55; ANKUM, H., *Les infanti*, p. 68; ALVAREZ, U. *Instituciones*, p. 173;

Refiriéndose únicamente a la compraventa, Ulpiano en D. 19, 1, 13, 29, estableció la validez del negocio para la parte que contrataba con el impúber sin la intervención del tutor; por el contrario, carecían de validez las cláusulas del contrato que pudieran perjudicar al menor, porque para él no surgían obligaciones²³:

D. 19, 1, 13, 29 *Ulpianus* 32 *ad ed.*
Si quis a pupillo sine tutoris
auctoritate emerit, ex uno latere
constat contractus: nam qui emit,
obligatus est pupillo, pupillum sibi
non obligat.

Por lo que respecta al comodato²⁴, se debe señalar el texto de Ulpiano, contenido en D. 13, 6, 1, 2, donde

²³ A estos contratos se les llama en terminología no romana *negotia claudicantia*.

²⁴ El comodato es un contrato en virtud del cual el comodante entrega al comodatario una cosa no consumible para que la use gratuitamente del modo convenido y después la restituya tal como se le entregó al que se la cedió. Sobre el tema vid entre otros: SEGRE, G., *Sull'età dei iudicia di buona fede di commodato e di pegno*, en *Studi Fadda*, 4, 1905, pp. 333 ss.; Milano; FERRINI, C., *Storia e teoria del contratto di commodato nel diritto romano*, en *Opera*, 3, 1929-30, Milano, pp. 235 ss.; PASTORI, F., *Il commdato nel diritto romano. Contributi allo Studio della responsabilità contrattuale*, Milano, 1954; SOLAZZI, S., *La responsabilità del comodatario*, en *IURA*, 6, 1955, pp. 139 ss.; ARIAS BONET, *La responsabilidad del comodatario en Partidas*, en *AHDE*, 31, 1961, pp. 473 ss.; APARICIO SERRANO, V.L., *La responsabilidad en el comodato romano a través de la casuística jurisprudencial*, en *Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias*, 1, 1988, pp. 459 ss.; CERAMI, P., *Il comodato*, en *Derecho Romano de Obligaciones, homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, 1994, pp. 301 ss.; DOMINGUEZ LOPEZ, E., *La gratuidad y la utilidad como factores determinantes de la responsabilidad del comodatario*, Comares edición digital, 2001.

se dispone la imposibilidad de interponer la *actio commodati* contra el pupilo cuando el contrato se realizó *sine tutoris auctoritate*:

D. 13, 6, 1, 2, *Ulpianus 28 ad ed. Impuberes commodati actione non tenentur, quoniam nec constitit commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate, usque adeo ut, etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione non tenetur, quia ab initio non constitit.*

Puntualiza el jurista que, en este caso, si después de haber alcanzado la pubertad hubiese el pupilo cometido dolo o culpa en el negocio, se le tiene por irresponsable, porque los efectos se retrotraen al momento de la conclusión del contrato y al ser menor y actuar sin la autoridad del tutor no nacería para él ninguna obligación.

Las soluciones anteriores contrastan, con la que aporta el jurisconsulto refiriéndose a un contrato de depósito²⁵ en D. 16, 3, 1, 15:

²⁵ Era un contrato en virtud del cual el depositante confiaba al depositario una cosa mueble para su custodia gratuita con la obligación de restituirla cuando éste se la requiriese. Sobre el tema vid., entre otros: DE RUGIERO, E., *Depositum vel commodatum*, Roma, 1907; ROTONDI, G., *Contributi alla storia del contratto de deposito nell diritto romano*, en Scritti, 2, Milano, 1922, pp. 1ss.; BURILLO, J., *Las formulas de la actio depositi*, en SDHI, 28, 1962, pp. 233 ss.; HERRERA CAMPOS, R., *La custodia como obligación singular del depositario en el contrato de depósito.*, en Estudios en homenaje al profesor Juan Iglesias. 3, 1988, pp.1407-1432; PARRA, M.D., *El Depósito de la cosa debida en los rescriptos de Diocleciano*, en Revista General de Derecho Romano, 12, 2009.

D. 16, 3, 1, 15, *Ulpianus 30 ad ed.*
*An in pupillum, apud quem sine
tutoris auctoritate depositum est,
depositi actio detur, quaeritur. sed
probari oportet, si apud doli mali
iam capacem deposueris, agi
posse, si dolum commisit: nam et in
quantum locupletior factus est,
datur actio in eum et si dolus non
intervenit.*

En este supuesto, Ulpiano establece la responsabilidad del menor cuando actúa con dolo en un contrato de depósito que concluye sin la *auctoritas* del tutor, admitiendo la posibilidad de interponer contra él la *actio depositi*, si el depositario podía probar que, al momento de la formalización del contrato, el impúber era *dolo capax*²⁶, basándose para conceder la acción, en la hipótesis de la responsabilidad del menor por el lucro obtenido, aun en el caso de que no mediase dolo.

²⁶ BURDESE, A., *Sulla capacità*, pp. 33 ss., Se pregunta qué impúberes pueden ser imputados como *doli capaces*, indudablemente no se refieren las fuentes a los *infantes* y entre los *infantia maiores* se distinguen aquellos que son capaces o incapaces de dolo, llegando a la conclusión de que son *doli capaces* los *pubertati proximi*, porque tienen un desarrollo intelectual suficiente para comprender la maldad del acto que realizan. El autor llega a este resultado después de analizar el texto del Libro 76 de los Comentarios de Ulpiano al Edicto, contenido en D. 44, 4, 4, 26, donde se establece que según Juliano son capaces de dolo los pupilos que están próximos a la pubertad y la misma opinión se expresa en *Gai* 3, 208, refiriéndose al *furtum* donde el ilícito se basa en la intención del agente, por ello, sólo los impúberes que están próximos a la pubertad serían responsables del delito.

Es posible, a nuestro juicio, que la diversa regulación entre los dos fragmentos se deba a que, en D. 13, 6, 1, 2, el dolo no estuvo presente en el momento inicial del contrato de comodato, sino que aparece después mientras que, en D. 16, 3, 1, 15, se puede suponer que el pupilo actuó ya con dolo al tiempo de la constitución del depósito y para ello, debía tener edad suficiente para que se le considerase *dolo capax*, esto es, poseer la capacidad de juicio adecuada para conocer el alcance del acto que estaba ejecutando y, a pesar de ello, persistir en el fraude para adquirir un beneficio.

Expondremos a continuación otros negocios jurídicos cuya realización se prohibía al menor al suponer disposición de su patrimonio o asunción de obligaciones.

No podía el menor realizar testamento²⁷, ni siquiera contando con la autoridad de su tutor, así se dispone en I. 2, 12, 1:

²⁷ Sobre el testamento, vid entre otros: BONFANTE, P., *Il testamento nel diritto comparato*, en Scritti, 1, Torino, 1916, pp. 324 ss.; SOLAZZI, S., *Una data per la storia del testamento romano*, en IURA, 4, 1953, pp. 149 ss.; SCHERILLO, G., *Il testamento*, I, Milano, 1965, II, 1967; AMELOTTI, M., *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, Firenze, 1966; BIONDI, B., *Impostazione del testamento nella giurisprudenza romana, nei codici e nella dommatica moderna*, en *Antologia giuridica*, 1, 1968, pp. 245 ss.; GARCÍA-GALLO DE DIEGO, A., *Del testamento romano al medieval. Las líneas de su evolución en España*, en *Estudios de Historia del Derecho Privado*, 1982, pp. 273 ss.; OBARRIO, A., *El testamento nuncupativo*, Valencia, 2002.

l. 2, 12, 1. Praeterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi iudicium est; item furiosi, quia mente carent. nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes factus aut furiosus postea compos mentis factus fuerit et decesserit. ...

La base para negarle la capacidad de testar era su falta de juicio, impedimento apreciado igualmente en *Tituli ex corpore Ulpiani*, 20, 12:

Ulp. 20, 12: Impubes, licet sui iuris sit. Facere testamentum non potest, quoniam nodum plenum iudicium animi habet.

No se entiende, manifiesta Burdese²⁸, que se le niegue a los impúberes la capacidad de testar, sin distinguir entre *infantes* e *infantia maiores*, por su carencia de *animus iudicum* cuando a los *infantia maiores* se les permite realizar cualquier clase de negocio *tutore agente*; por ello, señala el autor, que deben tenerse en cuenta otras razones para considerar la incapacidad absoluta de testar del pupilo y esto se explicaría solo sí, “accanto al limitato sviluppo psichico del pupillo, se tiene conto pure dell’originaria affinità tra testamento e adozione e della particolare natura personale del negozio testamentario che esclude possa sopperire l’*interpositio auctoritatis* da parte del tutore.” Estamos de acuerdo con el autor en que no era posible

²⁸ BURDESE, A., *Sulla capacità*, pp. 52-54

el otorgamiento del testamento con la autoridad del tutor al ser un acto personalísimo que no admitía representación. Pero también debe tenerse en cuenta, a nuestro juicio, que, al ser este contrato un acto de disposición de sus bienes –aunque lo sea para después de su muerte–, requeriría necesariamente la intervención del representante legal para su validez y, al ser el testamento un negocio unilateral y personal en el que se veta la intervención del tutor o de cualquier otra persona, ésa sería la causa por la que se privaba al pupilo de la capacidad para testar, ya que el negocio sería nulo.

Sin embargo, a pesar de que la adición de herencia era también un acto personal²⁹, se permitía al pupilo aceptarla con la *auctoritas* del tutor, así se determina en C. 6. 30. 6:

C. 6. 30. 5: *Imperatores valer., gallien. Potuit pupillus pro herede tutore auctore gerendo consequi successionem, sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria. nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit adquirere. * valer. et gallien. aa. paulo. * <a 257 pp. xvi k. iul. ipsis iiii et iii aa. cons. >*

²⁹ La aceptación de la herencia en Roma sólo era necesaria para el supuesto de herederos voluntarios, puesto que los denominados *heredes necessarii* y *heredes sui et necessarii*, (Gai, 2, 152) adquirirían la herencia *ipso iure*, sin necesidad de acto alguno de aceptación, para conocer más sobre el tema vid: CALZADA, A., *Adttio nuda voluntate: La aceptación de la herencia en Derecho Romano*, Zaragoza, 1995.

No obstante, prohíbe la constitución que el tutor pudiese obtener la herencia sin la intervención del pupilo y adquirirla por sí sólo para el menor, esto es, debía constar la voluntad del tutelado para la validez de la aceptación.

La *interpositio auctoritatis* era necesaria para aceptar la herencia, incluso en el supuesto de que fuese lucrativa, de esta manera se expresa Gayo en D. 26, 8, 9, 3:

D. 26, 8, 9, 3, *Gaius 12 ad ed. provinc. Hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest, quamvis lucrosa sit nec ullum habeat damnum.*

Ahora bien, cuando la aceptación de la herencia, evidentemente por el *heres voluntarius*, estaba condicionada a la realización de una *cretio*³⁰, debemos

³⁰ La *cretio* era una forma verbal y solemne de aceptar la herencia que exigía la presencia de testigos y que en época clásica sólo era necesaria si la imponía el testador, para conocer más sobre el tema, vid entre otros: SOLAZZI, S., *I modidi accettazione dell'eredità nel diritto romano*, Pavia, 1914; *Heredes institutio cum creditio* en SDHI, 21, 1955, pp. 314 ss; BIONDI, B., *Degenerazione della cretio ed accettazione expresa non formale*, en Studi Solazzi, Napoli 1949, pp. 66 ss.; BIONDI, B., *Diritto ereditario romano, Parte generale*, Milano, 1954, pp 267 ss.; WATSON, A., *The law of sucesión in the later roman republic*, Oxford, 1971, pp. 188, ss.; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano, VI Le Successioni*, Milano, 1974, pp. 232 ss; BEDUCHI, C., *Hereditatis Aditio. I. L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza romana classica*, Milano, 1976, pp. 55 ss.; VOLTERRA, E., *Instituciones de Derecho Privado*, Madrid, 1986, pp. 710 ss.; DOMINGO R., *Aditio hereditatis auctoritate tutoris*

preguntarnos si los impúberes podrían llevarla a cabo, pues para que fuese válido un acto verbal y solemne como la *cretio* era requisito indispensable que el heredero aceptante fuese plenamente consciente del acto que estaba realizando e igualmente era necesario que comprendiese todos los elementos del negocio que formalizaba, puesto que en caso de error en la forma o en el fondo la *cretio* sería nula³¹. Pues bien, a pesar de lo anteriormente indicado, el jurista Paulo estableció que si el menor podía expresarse correctamente, aunque no comprendiese el alcance del acto que realizaba, debía concedérsele el favor de poder adquirir la herencia con la *auctoritas* del tutor:

D. 29, 2, 9 Paulus 2 ad sab. Pupillus si fari possit, licet huius aetatis sit, ut causam acquirendae hereditatis non intellegat, quamvis non videatur scire huiusmodi aetatis puer (neque enim scire neque discernere talis aetas potest, non magis quam furiosus), tamen cum tutoris auctoritate hereditatem adquirere potest: hoc enim favorabiliter eis praestatur.

non gerentes (sobre la supuesta antinomia entre Pomponio, D. 26.8.4 y Juliano-Africano, D. 29.2.49), en RIDA, 35, 1988, pp. 131 ss.; FUENTESECA, P., *Derecho privado Romano*, Madrid, 1978, pp. 561 y ss.; ANKUM, H. *Les infanti proximi Dans la jurisprudence classique*, en Estudios en homenaje al Profesor Hernández Tejero, II, Madrid, 1994, p. 63 ss.; TORRENT, A. *Manual de Derecho Privado Romano*, Aragoza, 1995, p. 598; PANERO, R. *Derecho Romano*, Valencia, 2008, p. 727 y nt. 32.

³¹ BIONDI, B., *Diritto*, p. 257

A nuestro juicio, no se entendería que los jurisconsultos romanos hubiesen realizado una interpretación restrictiva de la *cretio* prohibiendo la aceptación de la herencia al pupilo por carecer de suficiente juicio, cuando se permitía al menor concluir cualquier clase de negocio jurídico con la intervención de su tutor, e incluso por sí sólo mejorar su posición en determinadas circunstancias. Entendemos que no hubiera sido justo negarle la adición de la herencia, por estarle prohibido realizar un negocio verbal y solemne, eso sí, por el que se convertía en heredero al pronunciar las palabras requeridas por la ley con todas sus consecuencias, pero que supondría para él, si era lucrativa, un aumento de sus bienes y, por ello, se exigía el consentimiento de su representante legal encargado de velar por el patrimonio de su tutelado.

En último lugar, por lo que se refiere a las donaciones³², los *infantia maiores* podían aceptarlas *sine tutoris auctoritate* mediante *traditio* y adquirir la propiedad posteriormente por usucapión³³.

³² Sobre el tema vid entre otros: BIONDI, B, *Sucesión testamentaria y donación*, Barcelona, 1960; TALAMANCA, M.; *Donazione possessoria e donazione traslativa*, en BIDR, 64, 1961, pp. 249 ss.; DUPONT, *Les donations Dans les constitutions de Constantin*, en RIDA, 9, 1962; MONTES SALGUERO, J.M., "De Donationibus": *aportación al estudio de la polisemia jurídica en la Edad Moderna*, Madrid, 1987.; ESPAÑA, L., *La donación constantiniana*, Gaceta numismática, 158-159 2005, pp. 23-42.

³³ La posibilidad de comenzar la posesión por los *infantia maiores* sin la *auctoritas tutoris*, queda establecida en D. 41, 2, 1, 3, *Paulus 54 ad ed. Furiosus, et pupillus sine tutoris auctoritate, non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent*,

C. 7, 32, 3: *Imperator dec. Donatarum rerum a quacumque persona infanti vacua possessio tradita corpore quaeritur. quamvis enim sint auctorum sententiae dissentientes, tamen consultius videtur interim, licet animi plenus non fuisset adfectus, possessionem per traditionem esse quaesitam: alioquin, sicuti viri consultissimi papiniani responso continetur, ne quidem per tutorem possessio infanti poterit adquiri. * dec. a. rufo. * <a 250 pp. v k. april. decio a. ii et grato cons.>*

Ahora bien, en el supuesto de que la *res donata* presentara cargas o estuviera sujeta a condición, la aceptación de la donación sería nula, ya que el pupilo, para obligarse, debía necesariamente contar con la autorización del tutor y, por lo tanto, la carga o la condición no supondrían responsabilidad para el pupilo y se entenderían como no aceptadas.

licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat. sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. ofilius quidem et nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant. Y la usucapión le esta permitida en D. 41, 3, 4, 2 Paulus 54 ad ed., Pupillus si tutore auctore coeperit possidere, usucapit: si non tutore auctore possideat et animum possidendi habeat, dicemus posse eum usucapere.

Otro apartado a examinar es el de los *puberes* y *minores* y, al respecto, debe señalarse que los jurisconsultos dieron soluciones diversas para establecer el momento en que un *civis* alcanzaba la pubertad en Roma³⁴.

Como es sabido, la edad púber se computaba de distinta manera en los varones y en las mujeres; pues si bien a las féminas, desde tiempos antiguos, se las consideraba púberes a los doce años, respecto a los varones debía constatarse la capacidad para procrear mediante una *inspectio corporis*; opinión que fue mantenida por la Escuela Sabiniana en época clásica; por el contrario, los Proculyanos consideraron la necesidad de implantar una edad determinada y la limitaron en los catorce años³⁵. Este criterio fue acogido por Justiniano, que consideró la *inspectio corporis* una práctica indecorosa, para ambos sexos, comprobándose su justificación en C. 5, 60, 3: ³⁶

³⁴ Para conocer más sobre el tema vid: TAFARO, S., *La pubertà a Roma*, Bari, 1993.

³⁵ Gai, 1, 196. *Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur: Puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum, qui generare potest; sed in his, qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt; sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant, qui XIII annos explevit.* *

³⁶ Recogido en I. 1, 22: *Pupilli pupillaeque cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. nostra autem maiestas dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis*

C. 5, 60, 3.- *Imperator Justinianus Indecoram observationem in examinanda marum pubertate resecantes iubemus: quemadmodum feminae post impletos duodecim annos omnimodo pubescere iudicantur, ita et mares post excessum quattuordecim annorum puberes existimentur, indignatione corporis inhonesta cessante. * iust. a. menae pp. * <a 529 d. viii id. april. constantinopoli decio vc. cons.>*

Cuando un varón *sui iuris* llegaba a la pubertad se liberaba de la tutela³⁷, por consiguiente, en principio, se consideró que lograba la plena capacidad de obrar³⁸ y era responsable de todos sus actos.

Sin embargo, los jurisconsultos advirtieron que la concesión de la plena capacidad de obrar a personas tan jóvenes más que un beneficio suponía una carga para ellos³⁹. Sobre todo si se tiene en cuenta el cambio

impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideo sancta constitutione promulgata pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum illico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.

³⁷ *Gai*, 1, 196; I. 1, 22. Sólo si era varón, puesto que la mujer continuaba bajo tutela después de alcanzada a pubertad. La *tutela mulierum* fue abrogada por Claudio; posteriormente volvió a instituirlo Constantino

³⁸ BURDESE, A., *Sulla capacità*, p. 62, ALBANESE, B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, pp. 514 y ss.;

³⁹ ALBANESE, B., *Le persone*, p. 514-515, ALVAREZ SUAREZ, U., *Instituciones*, p. 175.

económico que sufrió Roma después de las Guerras Púnicas, al convertirse en el centro comercial del mundo mediterráneo.

El desarrollo de las relaciones comerciales originó vínculos jurídicos cada vez más complejos; contratos, en los que el adolescente, por la falta de experiencia en los negocios podía ser estafado; para evitar estos fraudes se vio la necesidad de adoptar medidas protectoras, que si bien, por un lado, implicaban una disminución en su la capacidad de obrar, por otro, lo protegía de eventuales perjuicios. Al parecer, con este fin, se dictó, en los primeros años del siglo II a.C⁴⁰., una *Lex Plaetoria* (o *Laetoria*) “*de circumscriptione adolescentium*”⁴¹, que salvaguardaba los intereses de los jóvenes hasta que cumplían los veinticinco años⁴².

⁴⁰ COSTA, E., *Della data della Lex Plaetoria de circumscriptione adulescentium*, en BIDR, 2, (1889), pp. 72, ss”, en BIDR, 2, (1889), pp. 72 ss.

⁴¹ Para conocer más sobre el tema, entre otros: FERRARA, F. *La “Lex Plaetoria” e la “cura minorum”*, en Il Filangieri, 9, (1899), pp. 1 ss.; DEBRAY, L., *Contribution à l’étude de la loi “Plaetoria” relative à la protection du mineur de vingtinq ans*, en Mélanges Girard, 1, (1912), pp.265 ss.; DUQUESNE, J., *L’action de la loi “Plaetoria”*, en Melanges Cornil, 1, (1926), pp 217 ss.; DI SALVO, S., *Lex Laetoria*, Napoli, 1979.

⁴² PUGLIESE, G., *Precedenti romani della moderna legislazione sui minori*, en Atti dei Convegni Lincei, V. Franciosi, 1983, pp. 121. ss.; *Appunti*, p. 480; en contra de este argumento DI SALVO, S., *Lex Laetoria*, pp. 149 ss., manifiesta que el plebiscito propuesto por Laetorio, trataba no especialmente de proteger a los jóvenes en los contratos, sino que su fin era apartarlos de las actividades comerciales y financieras para que no abandonaran la agricultura base de la estructura gerontocrática romana.

Los negocios concluidos por los menores de veinticinco años, en cuanto púberes, eran válidos según el *ius civile*, aunque le ocasionaran perjuicios y, por lo tanto, plenamente responsables, incluso si eran estafados por terceras personas por su inexperiencia en los negocios –*circumscriptio*⁴³–; no obstante, la *Lex Plaetoria*, concedía al menor directamente y a cualquier otra persona interesada indirectamente, una *actio legis Plaetoriae*⁴⁴, contra aquellos que incitaban al menor a realizar un contrato con la intención de engañarlos, imponiéndoles una pena pecuniaria. Esta disposición indujo al pretor a tomar bajo su protección a los adolescentes⁴⁵ dictando una serie de medidas que impidiesen el resultado previsto por quien realizaba la *circumscriptio*⁴⁶.

Las disposiciones del *ius honorarium* tenían una doble vertiente: en primer lugar, el pretor concedió una excepción –*exceptio legis plaetoriae*–, al menor de

⁴³ Sobre el tema de la *circumscriptio* y su diferencia con el *dolus malus* vid. DI SALVO, S., *Lex Laetoria*, pp. 117 ss.

⁴⁴ ALBANESE, B., *Le persone*, p. 516, menciona que la *actio Legis Plaetoriae* se caracterizaba por ser una acción popular, además de penal e infamante.

⁴⁵ D. 4, 4, 1 pr. *Ulpianus 11 ad ed. Hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscipit. nam cum inter omnes constet fragile esse et infirmum huiusmodi aetatium consilium et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum: auxilium eis praetor hoc edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem.*

⁴⁶ Opinión que comparten ALBANESE, B., *Le persone*, p. 117-118; PUGLIESE, G., *Appunti*, p. 481-482 y *Precedenti*, p.121-122.

veinticinco años, oponible contra el contratante que había actuado fraudulentamente y que invocaba en juicio el cumplimiento del contrato concluido⁴⁷; en segundo lugar, autorizó la anulación del negocio formalizado por el menor otorgándole una *restitutio in integrum*⁴⁸, cuando tenía efectos adversos, aun en el caso de que ya hubiese cumplido con sus obligaciones⁴⁹.

La protección otorgada por el pretor a los menores de veinticinco años y sobre todo la *restitutio in integrum*, que por un lado les favorecía, por otro, constituía un obstáculo en sus relaciones patrimoniales, puesto que, disuadía a los que querían contratar con ellos⁵⁰; no obstante Paulo establece en D. 4, 4, 24, 1, que no siempre debían rescindirse los contratos celebrados con los menores cuando resultasen perjudicados, sino que únicamente debería concederse la *restitutio in integrum* cuando el menor se hubiese comportado con total negligencia por su falta de experiencia comercial o existiese dolo manifiesto del contratante adulto, ya que de otra manera, se privaría

⁴⁷ D. 44, 1, 7, 1, (*Paulus 3 ad plaut.*)

⁴⁸ D. 4, 4, 6 *Ulpianus 10 ad ed. Minoribus viginti quinque annis subvenitur per in integrum restitutionem non solum, cum de bonis eorum aliquid etiam minuitur, sed cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari.*

⁴⁹ D. 4, 4, 1, 1, *Ulpianus 11 ad ed.- Praetor edicit: " quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam".*

⁵⁰ ALBANESE, B., *Le persone*, p. 520.

al menor de la posibilidad de entablar relaciones comerciales:

D. 4, 4, 24, 1 Paulus 1 sent. Non semper autem ea, quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et aequum redigenda sunt. ne magno incommodo huius aetatis homines adfiantur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdiceretur. itaque nisi aut manifesta circumscriptio sit aut tam negligenter in ea causa versati sunt, praetor interponere se non debet.

Para facilitar la intervención de los menores en el tráfico comercial, se creó la *cura minorum*⁵¹:

l. 1, 23, 1, Masculi puberes et feminae viripotentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt; qui licet puberes sint, adhuc tamen huius aetatis sunt, ut negotia sua tueri non possint.

El *curator minoris* era un varón mayor de veinticinco años que auxiliaba al menor en los actos de gestión de su patrimonio y que con su intervención en

⁵¹. Sobre la curatela, nombramiento, clases, facultades, vid. SOLAZZI,S., *La minore età*, Roma 1912, pp. 13 ss. El curador debía ser solicitado por el menor, pues, salvo para ser asistido en juicio, el magistrado no podía nombrarlo sin su conformidad, así se dispone en l. 1, 23, 3, *Item inviti adulescentes curatores non accipiunt praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest*. Asimismo, podían solicitar un curador para el menor personas interesadas si no lo realizaba por sí mismo, como se dispone por el emperador Antonino en una constitución del 214, contenida en C. 5, 31, 1.

las contrataciones del adolescente disminuía objetivamente la posibilidad de estafas e imprudencias; asimismo, facilitaba su actividad comercial reduciendo la aplicación de la *actio legis Plaetoriae*, la *exceptio legis Plaetoriae* y la *restitutio in integrum*⁵².

La práctica del nombramiento de un curador para que asistiese y orientase a los menores de veinticinco años en los negocios, existía ya en época clásica⁵³; en principio, se otorgó para determinados asuntos, pero, desde la época de Marco Aurelio, se concedió, siempre que el adolescente lo solicitase, un curador estable que le prestase su *consensus* y le evitara perjuicios innecesarios.

Una vez aceptada la curatela permanente, es probable que, de acuerdo con el menor, el curador se encargase de administrar su patrimonio; el convenio no habría significado la incapacidad de obrar del *minor* ni la irresponsabilidad por sus actos si actuaba sin el consentimiento del curador; puesto que, durante toda la época clásica, al curador se le consideró un gestor voluntario. No obstante, en época postclásica, existió una tendencia, sobre todo en las provincias helenísticas, de equiparar *minores* con *impuberes*,

⁵² ALBANESE, B., *Le persone*, p. 520

⁵³ ALBANESE, B., *Le persone*, p. 523; PUGLIESE, G., *Precedenti*, p. 124; *Appunti*, p. 483.

estableciéndose un solo límite de edad –veinticinco años– para alcanzar la plena capacidad de obrar⁵⁴.

En consecuencia con lo anteriormente expuesto, el cargo de curador se asimiló al del tutor, de tal manera, expone Albanese⁵⁵ que se obligó al curador a prestar la *satisdatio rem adulescentis salvam fore* y se desarrolló un régimen idéntico a la tutela en cuanto a los casos de *excusatio*. Por otra parte, siempre por imitación del régimen vigente para la tutela, se concedió una *actio subsidiaria* contra el magistrado que hubiese designado un curador que hubiese resultado insolvente y por último, se extendió a la curatela la prohibición de vender *praedia rustica et suburbana* de los menores, introducida por la *oratio Severi*⁵⁶.

Asimismo, debemos señalar que en Derecho justiniano, el menor de veinticinco años tenía limitada la capacidad de obrar de la misma manera que el impúber; por ello, el *curator* como representante legal del adolescente debía prestar su consentimiento en

⁵⁴ ARANGIO RUIZ, V., *Institutioni di Diritto Romano*, Napoli, 1979, p. 506.

⁵⁵ ALBANESE, B., *Le persone*, p. 527.

⁵⁶ La *oratio Severi* se recoge en D. 27, 9, 1pr., *Ulpianus* 35 ad ed. *Imperatoris severi oratione prohibiti sunt tutores et curatores praedia rustica vel suburbana distrahere.* y D. 27, 9, 1, 2 (*Ulpianus* 35 ad ed.)

todos aquellos negocios jurídicos en los que hubiese sido necesaria la intervención del tutor.

Con referencia a la responsabilidad, se debe advertir que el *minor* respondía de igual manera que el *impuber*, esto es, quedaba obligado por el enriquecimiento injusto que hubiese obtenido. No obstante, los emperadores Diocleciano y Maximiano en una constitución del año 293, dispusieron que si un menor de veinticinco años tratando de engañar a un tercero contratara libremente con él, manifestando que era mayor de edad, se le denegaría el auxilio de la *restitutio in integrum*, respondiendo de sus actos como si fuese adulto, así se establece en C. 2, 44, 3:

C. 2, 44, 3 pr.: *Imperatores Diocletianus, Maximianus Si alterius circumveniendi causa minor aetate maiorem te probare adspectu laboraveris, cum malitia suppleat aetatem, restitutionis auxilium tam sacris constitutionibus quam rescriptorum auctoritae denegari statutum est. * diocl. et maxim. aa. et cc. theodotae. * <a 293 d. xiii k. oct. sirmi aa. cons.>*

Asimismo, respondería sin privilegios, el menor de veinticinco años que hubiese jurado en escritura pública su mayoría de edad, norma recogida en C. 2, 44, 3, 3:

C. 2, 44, 3, 3: *Imperatores Diocletianus, Maximianus Si tamen in instrumento per sacramenti religionem maiorem te esse*

adseverasti, non ignorare debes exclusum tibi esse in integrum restitutionis beneficium, nisi palam et evidenter ex instrumentorum prolatione, non per testium depositiones te fuisse minorem ostenderit. <a 293 d. xiii k. oct. sirmi aa. conss.>

Por último, haremos referencia al instituto de la *venia aetatis* y debemos manifestar que desde la época de Septimio Severo (274 d.C) se reconoce la facultad imperial de atribuir a los menores de veinticinco años que lo solicitasen la facultad de administrar su propio patrimonio sin necesidad de someterse a un *curator* y sin tener la posibilidad de obtener la *restitutio in integrum*. Constantino sancionó que la *venia aetatis* podía concederse a los varones que hubiesen cumplidos los veinte años⁵⁷, constitución contemplada en C. 2, 44, 2:

C. 2, 44, 2, Imperator Constantinus Omnes adulescentes, qui honestate morum praediti paternam frugem vel avorum patrimonia gubernare cupiunt et super hoc imperiali auxilio indigere coeperint, ita demum aetatis veniam impetrare audeant, cum vicesimi anni metas impleverint, ita ut post impetratam aetatis veniam idem ipsi per se principale beneficium adlegantes non solum praescriptorum annorum numerum

⁵⁷ A las mujeres se les concedió a los dieciocho años cumplidos, recogido en C. 2. 44, 2, 1.

*pro bent, sed etiam testibus idoneis
advocatis morum suorum instituta
probitatemque animi et
testimonium vitae honestioris
edoceant. * const. a. ad verinum
pu. * <a 321 pp. iii k. iun. romae
crispo ii et constantino ii cc.
conss.>*

La norma requiere para otorgar el privilegio no sólo la edad sino también testimonios que probasen públicamente la honestidad, buenas costumbres y conducta regular de los solicitantes.

Con la prerrogativa de la *venia aetatis*, se consideraba finalizada la minoría de edad y, aquellos que la obtenían podían concluir todos los negocios jurídicos que se preservaba a los adultos, salvo la constitución de hipotecas y la enajenación de bienes inmuebles, prohibición establecida por Justiniano en una constitución del año 529:

*C. 2, 44, 3, Imperator Justinianus
Eos, qui veniam aetatis principali
clementia impetraverunt vel
impetraverint, non solum
alienationem, sed etiam
hypotheecam minime posse sine
decreti interpositione rerum suarum
immobilium facere iubemus, in
quarum alienatione vel hypothecca
decretum illis necessarium est, qui
necdum veniam aetatis meruerunt,
ut similis sit in ea parte condicio
minorum omnium, sive petita sive
non sit aetatis venia. * iust. a.*

*menae pp. * <a 529 d. viii id. april.
decio vc. cons.>*

II.- Capacidad y responsabilidad del huérfano menor de edad no sometido a la patria potestad en el Derecho histórico español.

Analizados en derecho romano los aspectos más significativos sobre la capacidad y responsabilidad contractual de los menores *sui iuris*, se comparará, de forma sucinta ese régimen, con las normas análogas de nuestro derecho histórico, centrándonos especialmente en el Código de las Siete Partidas, para posteriormente abordar los textos en el Código Civil⁵⁸.

Iniciando el examen de los textos por la edad en que debían considerarse capaces a los menores para realizar negocios jurídicos, se distingue en Partidas entre impúberes y púberes y menores y mayores de edad⁵⁹ y asimismo, se establece la clasificación de los impúberes, considerando, por un lado, a los infantes como aquellos niños que aun no han cumplido los siete años, reconociendo su total incapacidad por carecer de

⁵⁸ En nuestro Derecho histórico las normas referentes a la minoría y mayoría de edad se encuentran dispersas, según las épocas, en diversas leyes: Fuero Juzgo, Fuero Real, Código de las Siete Partidas, Novísima Recopilación, Ley de Enjuiciamiento civil, Ley de Consentimiento paterno y Ley del Matrimonio Civil, hasta que se promulgó el Código civil, que recoge en un sólo texto las cuestiones relativas a esta materia.

⁵⁹ Referente a la división entre púberes e impúberes: Leyes 12^a, 17^a y 21^a, Tit. 16 Part. VI; Ley 6^a, Tit. 1, Part. IV. La distinción entre mayores y menores se encuentra la Ley 2^a, Tit. 19 y Ley 13^a, Tit. 16, Part. VI; Novísima Recopilación, Libro X., Ley 3.

entendimiento y, por otro, a los impúberes, niños mayores de siete y menores de catorce años⁶⁰, que, aunque carecían de capacidad de obrar, podían realizar determinados actos jurídicos sin el auxilio de su tutor, así se establece en la ley 4ª, Título XI, Partida V, cuando dispone que personas pueden dar su consentimiento o promesa en un negocio:

Part. V, Tit. 11, Ley 4ª:...el menor de siete años a quien llaman en latin infans, et el pupilo que es menor de catorce años et mayor de siete; ca este atal non puede facer prometimiento que fuese á su daño; pero si por razón de prometimiento que feciese el pupilo se le siguiese alguna ganancia, valdrie el prometimiento que feciese ...

Como puede constatarse en la Ley 4ª, se muestran dos categorías de menores, ambos sujetos a tutela.

Part. VI, Tit. 16, ley 1: Tutela en latin tanto quiere decir en romance como guarda que es dada et otorgada al huérfano libre menor de catorce años et á la huérfana menor de doce, que non se pueden nin saben amparar...

⁶⁰ Los impúberes se dividían a su vez, en próximos a la infancia, menores de diez años y medio los varones y nueve y medio las mujeres, y mayores de esa edad hasta los catorce o los doce años respectivamente, según lo dispuesto en la Ley 6ª, Tit. 5º Part.IV y Ley 4ª, Tit. 16, Part. VI.

Sin embargo, mientras que al infante no se le permitía actuar personalmente, porque no tenía entendimiento⁶¹, y los actos jurídicos que le comprometían, al considerarlos totalmente incapaces, debía realizarlos el tutor, ya que éste asumía su personalidad y concluía en su nombre los negocios jurídicos que le incumbían; el mayor de siete y menor de catorce podía prestar su consentimiento y concluir determinados negocios por sí sólo siempre que le fueran favorables, esto es, podían adquirir derechos pero no contraer obligaciones. Por ello, la responsabilidad del menor en los contratos que no intervenía el tutor se limitaba al enriquecimiento que hubiese podido obtener en el negocio jurídico realizado, así se dispone en el último apartado de la ley 4ª, Título 11, Partida V:

Part. V. Tit. 11, ley 4ª.- ...pero si por razón de prometimiento que feciese el pupilo se le siguiese alguna ganancia, valdrie el prometimiento que feciese fasta en aquella quantia que montase la pro dél, et fincarie por aquello obligado et non por mas.

Por lo tanto, serían nulos los contratos que atribuyeran obligaciones que pudiesen perjudicar al

⁶¹ Ley 4ª, Tit, 16, Part. IV: *Infante es llamado segunt latin todo mozo que es menor de siete años: et á este atal non habiendo padre nol puede ninguno profijar, porque no ha entendimiento para consentir.*

menor o representaran una disminución de su patrimonio, si no contaban con la presencia y autorización de su tutor.

Part. VI, Tit., 16, Ley 17ª: ...Otrosi decimos que el mozo non puede facer pleyto nin postura con otro ninguno en que obligue ninguna cosa de sus bienes á menos de otorgamiento de su guardador; et si lo ficiere á daño de sí non debe valer...

Los contratos concluidos por los menores bajo la supervisión del tutor eran, en principio, válidos, ya que cabía la posibilidad de anularlos, cuando el menor llegase a la pubertad, si se habían concluido en su perjuicio, pudiendo actuar contra el tutor por mala praxis⁶².

A partir de los doce años, en las mujeres, y de los catorce, en los hombres, se les consideraba púberes y salían de la tutela:

Part. VI, Tit. 16, Ley 21ª: Durar debe el oficio de los guardadores fasta que los huerfanos sean de edat de catorce años si fueren varones, et si fueren mugeres fasta que sean de doce.

No obstante, no quedaban totalmente desamparados los menores de tal edad, puesto que en la Ley 12ª, Tit. 16, Part. VI, se establecía que al salir de

⁶² Ley 2ª, Tit. 19, Part.VI.

la tutela, los jueces debían otorgar al menor un curador hasta que cumplierse los veinticinco años:

Part. VI, Tit. 16, ley 12ª : ... et de alli adelante deben los juzgadores dar et otorgar al mozo otro guardador á que llaman en latin curator, tomando tal recabdo dél como del tutor; et este atal débelo haber en guarda fasta que el huérfano sea de edat de veinte et cinco años.

En relación a los actos o negocios jurídicos que podía concluir el mayor de catorce años, debemos señalar que, aunque la ley 6ª, Tit. I, Part. IV daba su conformidad para que los huérfanos menores de catorce y mayores de siete años celebraran esponsales, no se les permitía contraer matrimonio hasta que llegasen a la pubertad,

Part. IV, Titulo 1, Ley 6ª.- Desposarse pueden tambien los varones como las mugeres desde hobieren siete años, porque entonce comienzan á haber entendimiento...Más para casamiento facer ha meester que el varon sea de edat catorce años et la muger de doce...

Por otra parte, alcanzada la pubertad se les otorgaba la capacidad de testar, puesto que la ley 13ª, Tit. 1, Part. VI establecía que no podían realizar testamento los varones menores de catorce años y las mujeres menores de doce, por lo que, *sensu contrario*,

los mayores de esa edad tendrían capacidad para formalizar testamento válido.

Part. VI, Tit. 1, ley 13ª.- ...et los que non pueden facer testamento son estos: ... Otrosí decimos que el mozo que es menor de catorce años et la moza que es menor de doce años, maguer non sea en poder de su padre nin de su abuelo, non pueden facer testamento, et esto es porque los que son desta edat non han entendimiento cumplido.

En cuanto a la aceptación de herencias, era necesaria la intervención del tutor para los menores de catorce años; no obstante, los mayores de esta edad hasta que cumpliesen veinticinco años, debían contar con el auxilio de su curador; ahora bien, si no se encontraban sujetos a curatela, se les consideraba capaces para aceptarla individualmente, pero se les concedía una *restitutio in integrum*, si después de adida la herencia, comprobasen que era dañosa para sus intereses, así se dispone en la ley 13ª, Tit. 6, Part. VI:

Part. VI, Tit. 6, ley 13ª: Mas si el heredero fuese desmemoriado, ó loco o menor de siete años, no podría ganar por sí mesmos la hereditat quel perteneciese ni haberla; pero aquellos que lo hobiesen en guarda la pueden entrar en nombre del, si entendieren que les es provechosa...Otrosí decimos que

ningut mozo que fuese menor de catorce años, que estúdiase en poder ó guarda de otro, non puede ganar nin tomar la herencia en quel estableciesen por heredero, á menos de otorgamiento de su padre ó de aquel que lo hobiese en guardia...Et si aquel que fuese establecido es menor de veinte et cinco años et mayor de catorce, et no está en guarda nin en poder de otro, entonces bien puede por sí entrar en hereditat et haberla; mas si por aventura después que la hobiese entrado entendiese que non era su pro de la tener, bien se puede repentir et desampararla; et esto puede facer por derecho de restitución, porque non era de edad cumplida de veinte et cinco años quando la recibió.

Por lo que se refiere a las donaciones, debemos señalar que, en la ley 1ª, Título 4, Partida V, se determina quiénes podían hacer donación, en concreto, sólo se permitía a los mayores de veinticinco años, puesto que los huérfanos menores no podían disponer de sus bienes y el tutor o curador debía cuidar de que su patrimonio no sufriese disminuciones. Sin embargo, no establece el Título 4, de la Partida V, quiénes podían aceptar la donación, por lo que entendemos que podría adquirirla el menor por sí mismo, siempre que le proporcionara algún beneficio, acudiendo al auxilio de la *restitutio in integrum* si la donación presentara

cargas o estuviese sujeta a condición, ya que para obligarse necesariamente debía contar con la autorización de su representante legal.

Al establecerse en Partidas la mayoría de edad a los veinticinco años⁶³ y así se contempla en la ley 2ª, Tit. 19, Part. VI, cuando determina que: *Menor es llamado aquel que non ha aun veinte et cinco años cumplidos...*; a los huérfanos mayores de catorce y menores de veinticinco años se les nombraba, como ya se ha indicado, para que no fuesen engañados en los negocios por su corta edad, un curador que les asistiese, aunque debía contarse con la conformidad del menor, salvo que tuviesen que comparecer en juicio, porque en este caso era preceptivo que el juez le nombrara curador.

⁶³ Se estableció en Partidas la mayoría de edad a los veinticinco años, siguiendo las disposiciones del Derecho romano de la recepción medieval, ya que con anterioridad el Fuero Real, siguiendo lo ordenado en el Fuero Juzgo, instituyó en la Ley 1ª, Tit. 7º, Libro III, la mayoría de edad a los veinte años cumplidos.: *Todo home que hobiere de guardar huérfano, e sus bienes, debe ser de veinte años al menos, é debe ser cuerdo é de buen testimonio é abonado; é si tal no fuere, no pueda guardar á ellos, ni a sus bienes.* Asimismo, el Fuero Viejo de Castilla, en la Ley 3ª, Tit. 4º, libro V, estableció la mayoría de edad a los dieciséis años: *“Ningund niño chico ni ninguna niña chica ni ningund huérfano ni ninguna huérfana fasta que aya diez é seis años por enita que aya nin por ninguna cosa, si non fuer por gavernación ó por pecho del Rey ó por devuda que padre ó madre devan seyendo sanos, non hayan poder de vender, ni n de empeñar, nin obligar a peños suo eredamiento, ni ninguna de suas cosas”*.

Como era preceptivo que el menor autorizara el nombramiento del curador, la ley establece que éste no debía ser designado en testamento y, si así se otorgaba, el juez debía confirmarlo, como se expone en la ley 13ª, Tit. 16, Part. VI:

Part. VI, Tit. 16, Ley 13ª: Curatores son llamados en latin aquellos que dan por guardadores á los mayores de catorce et menores de veinte et cinco seyendo en su acuerdo, et aun á los que fuesen mayores seyendo locos ó desmemoriado; pero los que son en su acuerdo no pueden seer apremiados que resciban tales guardadores si non quisieren, fueras ende si ficiesen demanda á algunos en juicio, ó otro la ficiese á ellos; ca entonce los juzgadores les pueden dar tales guardadores como estos. Otrosi decimos que el curador non debe seer dexado en el testamento; pero si fuere hi puesto, et el juzgador entediere que es á pro del mozo, débelo confirmar. ...

La responsabilidad del menor de veinticinco años si actuaba sin la presencia de su curador, se limitaba al beneficio que hubiese podido obtener en el negocio, al igual que anteriormente hemos señalado para la responsabilidad del impúber.

Part. V, Tit. 11, Ley 4ª: ...Et lo que deximos del pupilo ha logar en el mayor de catorce años et menor de veinte et cinco que ha guardador

ca; el prometimiento que feciese este atal sin otorgamiento de su guardador non valdrie, sinon en la manera que desuso deximos del pupilo.

Además, se le reconocía el auxilio de la *restitutio in integrum*⁶⁴, en la Ley 5ª, Tit. 11, Part. V, cuando el mayor de catorce y menor de veinticinco años no tuviese curador y se obligase en su contra, o fuese engañado en algún negocio,

Part. V, Tit. 11, Ley 5ª: ...Otrosi decimos que si acaeciese que alguno que fuese mayor de catorce años et menor de veinte et cinco que non hobiese guardador, feciese prometimiento para obligarse á otro en alguna manera, que vale el prometimiento; mas si se sintiere engañado o que lo fizo a su daño, puede pedir al juez del lugar en manera de restitución quel desobligue de aquel prometimiento

⁶⁴ La *restitutio in integrum*, se contempla en la Partida VI, Tit.19, que lleva como rúbrica “DE COMO DEBEN SEER ENTREGADOS LOS MENORES SI ALGUNT DAÑO Ó MENOSCABO RESCEBIEREN EN SUS BIENES POR CULPA DE SI MESMOS O DE AQUELLOS QUE LOS TOVIEREN EN GUARDA”. Comienza el título exponiendo que los menores reciben menoscabos o daños en sus bienes “*por mengua de si, porque non han entendimiento complido en las cosas asi como les serie meester, ó por culpa ó por engaño de sus guardadores ó dotri;...*” Continúa la Ley 1ª, explicando que se entiende por *Restitutio* : “*Restitutio en latin tanto quiere decir en romance como demanda de entrega que face el menor al juez, quel torne algunt pleito ó alguna postura que ha fecho con otro á daño de si, en el estado primero en que ante estaba, ó que revoque el juicio que fuese dado contra él, et que torne el pleyto en el estado en que era ante que lo diese. Et tiene pro esta entrega á los menores; ca por ella son guardados de daño que les podrie venir por su liviandat ó por engaño que les hobiesen fecho.*”.

et lo torne en aquel estado en que era antes que lo feciese; et si el juez fallare esto en verdat que el menor de veinte et cinco años, et que el prometimiento fue fecho a su daño, débelo desfacer mandando que aquella obligación non vala.

Los casos en que estaba previsto el beneficio de la *restitutio in integrum* se recogen en la Ley 5ª, Tit. 19, Partida VI, estableciéndose que el juez lo concedería siempre que resultaba probado el daño o menoscabo en el patrimonio del menor.

Con todo, hay que advertir que, en la ley 6ª, Tit. 19, Part. VI, se produce la recepción de las normas establecidas en C. 2, 44, 3 pr. y C. 2, 44, 3, 3, con respecto a la denegación del auxilio de la *restitutio in integrum*, que determinaron los emperadores Diocleciano y Maximiano, cuando el menor hubiese tratado de engañar a un tercero simulando que era mayor de veinticinco años para contratar libremente con él, o hubiese jurado que quedaba obligado por el negocio a pesar de su minoría de edad.

Part. VI, Tit. 19, ley 6ª: Diciendo ó otorgando el que fuere menor que era mayor de veinte y cinco años, si hobiese persona que pareciere de tal tiempo, si lo face engañosamente valdrá el pleito que así fuera hecho con él, te non debe ser desatado después, como

quier que diga que no era de edat quando lo fizo, porque las leyes ayudan a los engañados et non a los engañadores. Eso mesmo serie quando el mozo que fuese mayor de catorce años jurase que la vendida, ó el pleito, ó la postura que ficiese con otri non la desatarie por razon de menor edat; ca después que así hobiese jurado debe ser guardada su jura.

Al cumplir los veinticinco años finalizaba la curatela al alcanzarse la mayoría de edad y, en consecuencia, se adquiría la plena capacidad de obrar. Sin embargo, hay que destacar que se concedía un plazo de cuatro años para que pudiese solicitar al juez la *restitutio in integrum* por los perjuicios causados, siendo menor, en su patrimonio, bien por su inexperiencia, bien producidos por su curador, haciendo extensiva la acción a sus herederos; norma recogida en la Ley 8ª, Tit. 19, Part. VI,

Part. VI, Tit.19, ley 8ª: Delante del judgador ordinario del logar debe demandar el menor restitución et entrega de los daños et de los menoscabos que hobiese rescebudo en su cosas ...Et tal demanda como esta puede facer el menor en todo tiempo fasta que sea de edat complida de veinte et cinco años; et aun en quatro años después deso: et non tan solamiente puede el menor facer

*demanda fasta este tiempo, mas
aun sus herederos.*

III. Normativa sobre capacidad y responsabilidad del menor en el vigente Código civil.

Por lo que respecta al Código Civil, hay que señalar que su regulación sobre los menores abandona la normativa del Derecho romano y Partidas en relación con la edad, puesto que ya en el Proyecto del Código Civil de 1851, se estableció, en el artículo 276, que la mayoría de edad comenzaba a los veinte años cumplidos, no obstante, por reformas posteriores se establecerá en los veintitrés o en los veintiuno, hasta que en el año 1978, por imperativo constitucional se delimitó la mayoría de edad en los dieciocho años cumplidos⁶⁵.

No distingue el Código entre infantes y púberes, sino entre menores y mayores de edad, sujetando a tutela a los menores no emancipados que no se encuentren sometidos a la patria potestad⁶⁶. Se le concede al tutor la representación legal del menor⁶⁷,

⁶⁵ Artículo 315 Cc. “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”.

⁶⁶ Art. 222,1, Cc. “Estarán sujetos a tutela: Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.” .

⁶⁷ Art. 267 Cc. “El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.”.

hasta que cumpla los dieciocho años, sin distinción de sexo, y se nombrará curador al menor huérfano de padre y madre, si hubiera sido emancipado⁶⁸ y, de igual manera, a los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad. Además, se nombrará un defensor judicial para el caso de que existiese conflicto de intereses entre el tutelado con su tutor o curador, según lo dispuesto en el artículo, 299, 1 Cc.

En relación a los negocios jurídicos que pueden realizar los menores, debemos exponer que se les concede *testamentifactio* activa, a partir de los catorce años cumplidos, ya que el artículo 663, en su punto primero, establece que: “Están incapacitados para testar: 1. Los menores de catorce años de uno y otro sexo”. Aunque se les prohíbe realizar testamento ológrafo, ya que el artículo 668 requiere que esta clase de testamento sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad.

Sin embargo, para contraer matrimonio el artículo 46,1 Cc., establece que no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados, no obstante, el artículo, 48, párrafo segundo, permite a los menores de catorce años contraer matrimonio, pero con la

⁶⁸ Art. 286 Cc. “Están sujetos a curatela:1. Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley....2. Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.”

obligación de obtener dispensa del Juez de Primera Instancia.

Pueden los menores de edad aceptar donaciones⁶⁹, no obstante, el artículo 626 Cc. exige la intervención del tutor cuando la donación estuviese sometida a condición o fuese onerosa.

En cuanto a la posibilidad de aceptación o renuncia de una herencia, deben los menores actuar con el consentimiento del tutor, al establecer el artículo 992, párrafo primero, que sólo poseen estas facultades los que tienen la libre disposición de sus bienes; incluso los menores emancipados deben concurrir con la presencia del curador al tener restringida la plena capacidad de obrar sobre la disposición de la totalidad de los bienes que componen su patrimonio⁷⁰.

Los contratos realizados por los menores deben contar con el auxilio de su representante legal, al determinar el Código que no existe contrato sin el consentimiento de los contratantes⁷¹ y establecer en el artículo 1.263, que: “No pueden prestar

⁶⁹ Art. 625 Cc.

⁷⁰ Art. 323 Cc. “La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuere 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.”.

⁷¹ Art. 1.261, 1.

consentimiento: 1.º Los menores no emancipados”. Por lo tanto, cuando el menor actúa sin la autorización del tutor, los contratos pueden ser considerados, nulos o anulables; pero, al no establecer nuestro Código civil una edad en la que se considere que el menor tiene capacidad natural para obligarse, el declarar la nulidad o la anulabilidad del contrato, estaría supeditada a apreciar en el mismo, bien una falta total de conocimiento –nulidad–, o bien su edad y la naturaleza del acto que realiza –anulabilidad–⁷².

Para declarar el contrato nulo por incapacidad total del menor o porque éste no pueda prestar su consentimiento, es necesario que se interponga la acción de nulidad, que según lo dispuesto en el artículo 1.302, Cc.⁷³, corresponde a los menores cuando salgan de la tutela, concediéndoseles un plazo de cuatro años para ejercitarla y en caso de fallecimiento del menor podrán interponerla sus herederos; aunque no hay duda que antes de cumplir la mayoría de edad, la legitimación activa para ejercitarla corresponde a sus representantes legales. Hay que advertir que el artículo 1.302 niega a las personas capaces que contrataron

⁷² DE CASTRO, F. *Derecho Civil de España*, T. II, 1, *Derecho de la Persona*, Madrid, 1952.

⁷³ Art. 1.302 Cc. “La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: ... Cuando la acción de nulidad se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela”....

con el menor la posibilidad de alegar la incapacidad de éstos para desvincularse del contrato.

El artículo 1.303 Cc. concede al menor una *restitutio in integrum* reconocida la nulidad, al establecer que: “Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubieran sido materia del contrato....”.

Sin embargo, el artículo 1.304⁷⁴, constituye una excepción al artículo anterior y supone una protección adicional al menor, porque determina que la responsabilidad de éste se limitará a la restitución del enriquecimiento que hubiese obtenido del contrato, siempre que la anulación se debiese a su falta de capacidad.

Por lo que se refiere al problema de la actuación dolosa del menor, engañando al que contrata con él, creyéndole por su apariencia y por sus maquinaciones mayor de edad, hay que señalar, que tanto en Derecho romano como en Partidas se hacía responsable al menor del negocio jurídico realizado, negándole la *restitutio in integrum*, esto es, la posibilidad de que anulara el contrato, aun en el supuesto de que hubiese

⁷⁴ Se vuelve al Derecho romano y a lo dispuesto en Partidas, ya que, el Art. 1.304 dispone: “Cuando la nulidad proceda de la incapacidad de uno de los contratantes, no está obligado el incapaz a restituir sino en cuanto se enriqueció con la cosa o precio que recibiera”.

sido perjudicado. Pues bien, el vigente Código civil, no menciona la posibilidad de que el menor deba cumplir con las obligaciones derivadas del contrato que impugna atendiendo a su falta de capacidad y, habiendo obtenido su nulidad, únicamente responde, como ya se ha mencionado, por el enriquecimiento obtenido.

Ahora bien, si el perjudicado en el negocio fue el contratante capaz, que actuó con buena fe, nos preguntarnos si tendrá derecho a la compensación por los daños y perjuicios causados y debemos indicar que la protección del interés del menor en el Código, no permite el resarcimiento de los daños y perjuicios del contrato celebrado⁷⁵, al no tener acción para hacerlos valer.

No obstante, al haber cometido el menor un fraude, que podría ser constitutivo de delito, nada le impide obtener la indemnización a través de lo dispuesto en del artículo 116 del Código penal⁷⁶. La responsabilidad

⁷⁵ Para conocer las teorías de la doctrina civilística sobre el tema ver: LOPEZ SAN LUIS R. *La capacidad contractual del menor*, Madrid, 2001, pp. 159 ss.

⁷⁶ Art. 116, CP. 1. "Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios...". Deben citarse también, los artículos siguientes del Código penal: Art. 109. 1 "La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados" y el .Art. 110. "La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1. La restitución. 2. La reparación del daño. 3. La indemnización de perjuicios materiales y morales".

de los menores podrá exigirse de acuerdo con el artículo 1, de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores⁷⁷, a partir de los catorce años cumplidos y en su artículo 61.3⁷⁸, se establece la solidaridad de los responsables legales del menor por los daños y perjuicios causados si éste cometió un acto ilícito. Además, se puede recurrir a lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil, que dispone la reparación del daño causado por culpa o negligencia y 1.903 del mismo cuerpo legal, que extiende la responsabilidad a los tutores⁷⁹.

Por último, nos referiremos al instituto de la *venia aetatis* y observamos que se recoge en el artículo 321

⁷⁷ Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la e responsabilidad penal de los menores. Artículo 1. “Declaración general. 1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.

⁷⁸ LORPM, Art. 61. Reglas generales “....3. Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.”

⁷⁹ Art. 1.902 Cc.: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”. Art. 1.903: La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. ...Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”

del Código Civil⁸⁰ la posibilidad del pupilo de solicitar el beneficio de la mayor edad. La concesión le compete al Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, siempre que el sometido a tutela sea mayor de dieciséis años; evidentemente, se anticipa la edad que se exigía en Derecho romano y en nuestro Derecho histórico, puesto que, en la actualidad, se alcanza la mayoría de edad a los dieciocho años cumplidos. Con la concesión del beneficio de la mayor edad se extingue la tutela, y se habilita al menor para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor de edad, según lo establecido en el artículo 323 Cc.⁸¹; no obstante, al menor se le nombrará curador para aquellos actos que necesiten el complemento de capacidad, como tomar dinero a préstamo, enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

⁸⁰ Artículo 321Cc.: “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”.

⁸¹ Artículo 323 Cc.: “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”.

IV.- CONCLUSIONES

Primera.- Respecto a la capacidad contractual y responsabilidad de los impúberes en Derecho romano, debemos significar que se resolvía teniendo en cuenta su edad; en consecuencia, advertimos que los infantes eran totalmente incapaces porque no podían comprender los actos que realizaban, esto es, aunque en las fuentes se mencione a los niños que no hablan o que apenas saben hablar, como manifiesta Gayo en Instituciones, 3, 109, lo verdaderamente importante era su capacidad de juicio, la madurez en el razonamiento del menor para cumplir actos jurídicos; no obstante, en ciertos casos, aun sin esa madurez intelectual, por razones de *utilitas* se admitió una interpretación más benigna del derecho y se les concedió la posibilidad de actuar solos en el tráfico jurídico. En cuanto a su responsabilidad contractual debemos subrayar que era totalmente nula, porque era el tutor quien concluía los negocios jurídicos en su nombre.

Segunda.- Por lo que se refiere a los *impuberes infantia maiores*, por regla general, se les permitía intervenir en los contratos por sí mismos siempre que sus efectos le fueran favorables, pudiendo obligar a otros en su favor, pero no obligarse frente a terceros sin la *auctoritas* de su tutor. En consecuencia, su capacidad de obrar en los contratos cuyos efectos pudieran ocasionarles

desventajas estaría viciada si no contaban con la presencia y autorización de su tutor; limitándose su responsabilidad al enriquecimiento que hubiesen logrado.

Tercera.- Con relación a los púberes *sui iuris* en Derecho clásico, se puede constatar que, si bien teóricamente, al alcanzar la pubertad, eran plenamente capaces de obrar, en la práctica sólo estaban capacitados para contraer matrimonio y otorgar testamento.

No obstante, hay que advertir que el púber menor de veinticinco años, antes de dictarse la *Lex Plaetoria de circumscriptione adolescentium*, era responsable de todos sus actos y no gozaba de protección en los negocios jurídicos concluidos con terceras personas aunque fuesen objeto de estafa o hubiese negligencia en sus actuaciones por su inexperiencia en los negocios. Sin embargo, a partir de la promulgación de esta Ley, el pretor tomó bajo su protección a los adolescentes dictando una serie de medidas –*exceptio legis Plaetoriae* y *restitutio in integrum*– que los defenderán de los resultados adversos que, por su inexperiencia, pudieran producirse en sus relaciones patrimoniales.

Cuarta.- Se le negaba la protección legalmente establecida y el menor de veinticinco años asumía su responsabilidad con todas sus consecuencias, si actuaban con dolo pretendiendo estafar al que contrataba con ellos presentándose como mayor de edad o, cuando hubiese jurado en escritura pública su mayoría de edad, así se establece en C. 2, 44, 3pr. y C. 2, 44, 3, 3.

Quinta.- En Derecho postclásico y justiniano, con el nombramiento de un curador para que auxiliara y aconsejara al menor de veinticinco años en los negocios y para que administrase su patrimonio, se consiguió, por un lado, que prácticamente se le privara de la plena capacidad de obrar; pero, por otro, representó la certeza para terceras personas de que los contratos celebrados con adolescentes no iban a ser declarados nulos y permitió su plena integración en el tráfico comercial.

Sexta.- Por lo que se refiere al Derecho de Partidas, se ha podido comprobar que su regulación es análoga a la establecida en el Derecho romano, como consecuencia de la recepción que realizó el legislador de nuestro Derecho patrio, tanto en la capacidad y responsabilidad de los infantes, impúberes y púberes, como en la de los menores de veinticinco años.

Se admite en Partidas la protección dispuesta en la Lex Plaetoria y en el Edicto del Pretor sobre el auxilio de la *restitutio in integrum*, rechazándola cuando se comprobase el dolo del menor en la realización del negocio.

Con la posibilidad del nombramiento de un curador se completa la protección del menor para que pudiesen actuar en los negocios sin perjuicio para su patrimonio.

Septima.- Por lo que concierne a la normativa de nuestro vigente Código civil, debemos señalar que se recogen importantes instituciones establecidas en el Derecho Romano para dar protección contractual a los menores, al considerar que deben someterse a tutela los huérfanos menores no sujetos a patria potestad hasta la mayoría de edad. Se otorga al tutor la representación del menor pudiendo anular los contratos que concluyera sin su autorización y concediéndole una *restitutio in integrum*, siempre que les fueran desfavorables. Una vez conseguida la nulidad o anulabilidad del contrato, se limita su responsabilidad a la restitución del enriquecimiento que hubiesen obtenido del negocio realizado.

Existe la posibilidad de solicitar por el pupilo la *venia aetatis* y se nombrará curador tanto a los menores que obtengan el beneficio de la mayor edad como a los huérfanos de padre y madre emancipados.

En cuanto a la mayoría de edad el Código civil, por imperativo constitucional, abandona lo dispuesto en Derecho romano y nuestro Derecho histórico, puesto que se alcanza en la actualidad a los dieciocho años cumplidos.