

1.6. Responsabilidad Civil

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MENORES: UNA CUESTIÓN PARA EL DEBATE

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
Profesora Titular de Derecho Civil de la UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. PLANTEAMIENTO: 1. LA AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL. 2. LA IMPUTABILIDAD DEL MENOR.—III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS MENORES: 1. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.—IV. POSIBLES VÍAS DE SOLUCIÓN.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

El presente análisis tiene por objeto describir el escenario en el que en la actualidad se presenta la falta de atribución de la responsabilidad de los menores de edad tras la realización de un acto que provoca un ilícito civil y como consecuencia del mismo se generan una serie de daños que afectan a terceras personas.

Este tema está directamente relacionado con la responsabilidad que el Código Civil señala para los padres y tutores en el artículo 1.903, al que haremos alusión, pero adelantamos una idea en la que nos interesa especialmente centrarnos, y es la posibilidad de que en algunos supuestos sea el menor el que responda con su propio patrimonio (1).

No obstante, es necesario poner de manifiesto que la minoría de edad es una amplia etapa en la vida de una persona y en ella se pueden apreciar diversos momentos que no son comparables, existe una gran diferencia entre un menor de siete años con otro de diecisiete. En la actualidad, un amplio sector de la doctrina, cuando hace referencia a menores en edad adolescente, alude a ellos como los «grandes mayores», que son los menores de edad que se van acercando a la mayoría de edad.

II. PLANTEAMIENTO

Como se ha señalado anteriormente, la minoría de edad es una etapa amplia en la que se pueden trazar varios periodos, muy heterogéneos entre sí, en relación con la capacidad de los menores. Por ello, para hacer este pequeño

(1) Como bien señala LÓPEZ SÁNCHEZ, si la responsabilidad de los padres se basa en la culpa *in vigilando*, no se debe olvidar que el artículo 1.903 del Código Civil procede de una época en la que los hijos *in potestate* estaban sometidos, tanto legal como social y culturalmente, a una severa dependencia de sus padres, lo cual hoy día no acontece del mismo modo, puesto que los cambios sociales y legislativos acaecidos han venido a determinar una dosis de autonomía e independencia cada vez mayor en relación con los hijos menores». LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, 2003, pág. 254.

estudio, es preciso examinar, aunque sea brevemente, el panorama legislativo en torno a la capacidad de obrar del menor y quizá relacionarlo con la posibilidad de considerar, o no, la imputabilidad de los menores y distinguir dentro de ellos los que siempre serían inimputables por razón de la edad y de la capacidad de discernimiento de los que pueden considerarse imputables atendiendo a los mismos criterios.

1. LA AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL MENOR EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Con carácter general debe partirse del reconocimiento del menor como sujeto capaz, en función del grado de discernimiento y de su edad. Además, hoy en día, hay una tendencia a considerar, que sobre todo los adolescentes, tienen una mayor autonomía y libertad de autodeterminación, que se fundamenta en que tienen «capacidad suficiente» o si se prefiere «suficiente juicio» para involucrarse en la toma de decisiones sobre las cuestiones relativas a su persona.

Los textos legislativos se han hecho eco de esta situación, pero lo han hecho de una forma desigual y en ocasiones contradictoria. Por ello, en primer lugar, es preciso poner de manifiesto la discordancia que existe en el propio ordenamiento tras las reformas legislativas llevadas a cabo en las últimas décadas, y en segundo lugar, es conveniente reconsiderar si la capacidad del menor puede depender desde la óptica civil, del ámbito en el que nos movamos, así, por ejemplo, nos planteamos si es coherente tratar de forma diferente la capacidad del menor atendiendo al ámbito concreto de su actuación.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo de 1981 (2), supuso ya un nuevo enfoque de las normas del Derecho de Familia, y como afirma ABRIL CAMPOY (3), «la patria potestad pasa a conceptuarse como el ejercicio de un derecho-deber, precisamente en beneficio del hijo, para así promover y atender al libre desarrollo de su personalidad y de conformidad con su dignidad (cfr. arts. 10.1, 27.2 y 39 CE), lo que supone la atribución al menor de edad de un mayor ámbito de libertad e independencia, según la edad y su grado de madurez». Si hacemos un recorrido por el Código Civil podremos comprobar cómo en sinfín de supuestos se tiene en cuenta la voluntad y la opinión del menor para llevar a cabo determinados actos y para participar en otros que tienen relación con él.

Este reconocimiento se manifestó de forma inmediata en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (4), en donde se establece un régimen especial de consentimiento cuando los afectados son menores o incapaces, indicando que pueden prestar ellos mismos el consentimiento cuando sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil (5).

(2) Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. *BOE* núm. 119, de 19 de mayo.

(3) ABRIL CAMPOY, J. M., «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *RCDI*, núm. 675, febrero de 2003, pág. 13.

(4) Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (*BOE* núm. 115, de 14 de mayo).

(5) Así lo puso de manifiesto TEJEDOR MUÑOZ al analizar la protección de los menores en los medios de comunicación, al afirmar que: «...Norma que resulta concordante con lo establecido en el artículo 162 del Código Civil que exceptúa de la regla general de la representación legal de los padres, una serie de supuestos entre el que cabe destacar: "los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de

Un avance importante se produce tras la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (6), en donde se materializan los cambios sociales que progresivamente han ido surgiendo en la sociedad respecto de la «minoría de edad». Es clara y contundente la Exposición de Motivos de la ley en donde se manifiesta que el menor es un sujeto activo con capacidad para modificar su propio medio personal y social (7), además reitera en su articulado que las limitaciones a la capacidad habrá que aplicarlas con carácter restrictivo (8). Si bien no olvidamos que todo ello debe ponerse en consonancia con uno de los principios generales que inspira esta Ley, que consiste en que el interés superior del menor debe primar sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir.

Se revela claramente que la adquisición de la plena capacidad de obrar se produce de forma progresiva y gradual en consonancia con la evolución de la persona y de la adquisición de su capacidad natural que todo ser humano va adquiriendo gradualmente en los primeros años de su vida y va perdiendo al final de la misma. Así lo entendió el legislador en la Ley 41/2002, de 14 de

acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo». Vid. TEJEDOR MUÑOZ, L., «La protección en los medios de comunicación del derecho a la intimidad y a la propia imagen de los menores e incapacitados», en *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, coordinado por Carlos Villagrasa Alcaide e Isaac Ravetllat Ballesté, 2009, pág. 1213.

(6) Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. *BOE* núm. 15, de 17 de enero.

(7) «Las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el estatus social del niño, y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia.

Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste, fundamentalmente, en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos.

El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto *ser escuchado si tuviere suficiente juicio*, se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.

Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquéllos que sean más adecuados a la edad del sujeto.

El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección».

(8) Artículo 2.2 de la citada Ley.

noviembre, básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en la que se otorga una capacidad plena al menor, mayor de dieciséis años, cuando se trata de tomar una decisión en un aspecto tan importante de su vida como es el de la salud (9), se le otorga por el ordenamiento plena autonomía en la decisión y el acatamiento de los efectos que pueda tener su respuesta, autorizando, en todo caso, la ley que los padres puedan ser informados y tenida en cuenta su opinión en casos graves. Se observa que se está produciendo un proceso en el que se invierte la regla general, pues el Código Civil contempla una serie de supuestos en los cuales son los padres los que tienen que consentir, pero se ha de tener en cuenta la opinión del menor, cuando se presume que éste tiene una determinada capacidad (10).

Y aunque fuera del ámbito civil, la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (11), como su propio nombre indica, atribuye la responsabilidad al propio menor por los delitos o faltas cometidos por ellos, concretando la edad a partir de la cual se debe responder, catorce años (12). Esta ley ha supuesto un giro en materia de responsabilidad penal,

(9) BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002. El párrafo final del artículo 9.2.c) establece: «Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente» Así, a partir de los dieciséis años, los menores pueden prestar su consentimiento para actos médicos tales como hacerse cualquier clase de cirugía estética o realizar un tratamiento sobre enfermedades venéreas. Incluso, dentro del ámbito de la salud sexual y reproductiva la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* (BOE núm. 55, de 4 de marzo de 2010), permite también «que la mujer a partir de los dieciséis años puede prestar el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo en las condiciones determinadas por la ley», les corresponde exclusivamente a ellas de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad. Al menos uno de los representantes legales, padre o madre, personas con patria potestad o tutores de las mujeres comprendidas en esas edades deberá ser informado de la decisión de la mujer. Se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo» (art. 13). No cabe lugar a dudas de que, en este caso, la ley hace una equiparación de las adolescentes a las mujeres mayores de edad.

(10) Artículo 166.3, 177, 173.2, 317 todos ellos del Código Civil.

(11) Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. BOE núm. 11 de 13 de enero de 2000.

(12) Conforme establece el artículo 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. En concreto, establece una responsabilidad solidaria y objetiva. Así el artículo 61.3, del citado texto legal, señala que: “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”. Existe, pues, una corresponsabilidad entre los padres y los hijos, más acorde con los tiempos actuales, si bien somos conscientes de que en la mayoría de los casos pagarán los padres por ser los hijos insolventes. Y un trato muy diferente por parte del legislador, del menor con discernimiento y madurez, en el ámbito civil y penal».

pues considera imputables a los mayores de catorce años, pese a que el Código Penal vigente fije la mayoría de edad penal a los dieciocho años (13).

Si hacemos una interpretación conjunta de las leyes citadas, nos encaminamos obligatoriamente a considerar que el legislador, sobre la base del interés del menor y del respeto hacia sus propios derechos incrementa la posibilidad de actuación del menor con apoyo en la adquisición de una capacidad natural de entender y querer. Sin embargo, este hecho no se ha proyectado paralelamente en la asunción de deberes y de responsabilidades.

¿Por qué hacemos la anterior afirmación? Si nos trasladamos al ámbito de la responsabilidad, observamos que el Código Civil presume la no responsabilidad de los menores de edad cuando establece específicamente en el artículo 1903 una responsabilidad directa de los padres por los actos cometidos por sus hijos, responsabilidad basada en un principio en la culpa *in educando* o *in vigilando*. Tras lo que nos preguntamos si es justo, o en todo caso acertado, mantener el ordenamiento en estos términos.

2. LA IMPUTABILIDAD DEL MENOR

Para seguir avanzando en el planteamiento debemos preguntarnos si el menor puede ser imputable, si la respuesta fuese afirmativa habría que plantearse si a todos los menores se les puede considerar como tal y, en todo caso, a partir de qué edad se podría considerar que lo son.

Para ello debemos de partir de la delimitación del concepto de imputabilidad. En el ámbito penal, RODRÍGUEZ DEVESA define la imputabilidad como «la capacidad de conocer y valorar el deber de respetar las normas y de determinarse espontáneamente» (14).

La base de la imputabilidad, como afirma CASAS PLANES se centra en la posibilidad de ser consciente del acto que se está realizando y las consecuencias que el mismo puede tener (15).

Compartimos la afirmación realizada por LÓPEZ SÁNCHEZ, al considerar que en la actualidad hay que sustentar la idea de que el menor, que tiene discernimiento, debe responder de los actos ilícitos que cometa, sobre todo, cuando ese menor se está acercando a la mayoría de edad fundamentando esa responsabilidad en su imputabilidad civil cuando tienen la capacidad suficiente para entender y buscar el resultado obtenido con sus actos (16). Parece lógico pensar que si la tendencia actual es la de ampliar la autonomía del menor de edad facultándole para poder tomar decisiones sobre determinadas actuaciones, también sería razonable que pueda asumir responsabilidades.

(13) Artículo 19.

(14) Para llegar a ese concepto, RODRÍGUEZ DEVESA afirma: «La imputabilidad es la capacidad de actuar culpablemente. Esa capacidad se reconoce, en principio, a todo hombre por el hecho de que es un ser inteligente y libre, o sea, dotado de inteligencia y libertad. La primera implica la capacidad de conocer el alcance de los actos que realiza; la segunda, la posibilidad de acomodar su conducta a las exigencias del ordenamiento jurídico». RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte General*, 1979, pág. 427.

(15) CASAS PLANES, M. D., «La responsabilidad civil por hecho propio del incapaz y del menor de edad», en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 47, marzo de 2007.

(16) «La responsabilidad civil», *ob. cit.*, pág. 253.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS MENORES

Hemos de dejar a un lado la responsabilidad derivada del contrato, y ello porque el Código Civil establece claramente y con carácter previo, cuáles son los requisitos esenciales para que pueda nacer un contrato y sabemos que sin ellos el contrato es nulo (17). Ello nos desvía hacia los supuestos de responsabilidad extracontractual, que hace, recordemos, tiene su cimiento en el artículo 1902 del Código Civil. El precepto comienza diciendo: «El que por acción u omisión...», si se hace una interpretación literal de la letra de la ley cualquier persona podría responder como autor de un daño, ya sea un mayor de edad, un menor, un incapaz pues en ningún caso se exige «que tenga plena capacidad de obrar».

Por otro lado, el artículo 1903.2 (18) del Código Civil contempla la responsabilidad de los padres por los actos cometidos por sus hijos menores de edad, sobre la base de la culpa *in vigilando*, *in educando*, etc. (19).

(17) Artículos 1261 y 1263 del Código Civil.

(18) Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Esta responsabilidad se basa en que los hijos menores no emancipados están conformes bajo la potestad de los padres (art. 154 del CC). Potestad que comprende una serie de deberes y facultades, entre los que destacan velar por los hijos, tenerles en su compañía, educarlos y proporcionarles una educación integral (el art. 154 ha tenido varias redacciones: fue modificado, así entre el 14 de agosto de 1989 a 8 de junio de 1981, preceptuaba que: «el padre, y en su defecto la madre, tienen la potestad sobre sus hijos legítimos». Entre el 9 de junio de 1981 a 2 de julio de 2005, establecía que los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre, y desde el 3 de julio de 2005 a 29 de diciembre de 2007, ordenaba que los hijos no emancipados estén bajo la potestad de sus progenitores. Debe observarse que la norma civil no señala expresamente ninguna edad del hijo por la que se deba responder (a diferencia de lo que ocurre en materia de responsabilidad penal). Hay que entender que los padres responden civilmente de los hechos dañosos de los hijos, menores de dieciocho años, o de los menores de dieciséis que no estén emancipados. Ahora bien, a nadie se le escapa que los padres no pueden estar vigilando ni controlando constantemente a los hijos ni cuentan con medios suficientes para hacer valer su autoridad sobre todo en el caso de los adolescentes. Más cuando el propio ordenamiento les da autonomía para muchos actos y se les dota de gran libertad de actuación... Siendo evidente que, en muchos casos, el acto del menor nada tiene que ver con la falta de diligencia de los progenitores.

(19) Federico DE CASTRO ya se planteó la posibilidad de responsabilidad por daños de los menores, haciéndose la siguiente pregunta: ¿el menor debe reparar los daños que haya causado, interviniendo culpa o negligencia? (art. 1902), siendo su respuesta: «En base de la teoría de la incapacidad de obrar absoluta se ha contestado negativamente: el artículo 1903, números 2 y 3 (recordamos que en su anterior redacción) “hace responsables a los padres y tutores de los daños causados por los menores de edad, lo cual significa la exclusión de todo grado de edad en cuanto a la capacidad de imputación”. Mas dicha teoría también aquí se revela inexacta. El artículo 1903 no carga la responsabilidad sobre los padres y tutores (eximiendo de ella al menor), sino que la extiende a los guardadores por una presunción de negligencia (*culpa in vigilando*); responsabilidad que cesa cuando “prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia”. En tal caso o en el de no haber persona que tenga al menor bajo su potestad o guarda legal o ser ella insolvente, los menores “responderán con sus bienes”». DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil. Introducción al Derecho Civil*, 1968, pág. 235. Los menores, al final, respondían con sus bienes si no había nadie que pudiera hacerlo, aún considerando que había una incapacidad de obrar absoluta, teoría que se aleja de lo que el legislador ha venido proclamando en las últimas reformas legislativas, como se ha apuntado anteriormente.

Si se hace una lectura conjunta de ambos preceptos además de una interpretación sociológica de los mismos, se puede sostener que, atendiendo a lo establecido en el artículo 1.902 del Código Civil, el menor que con cierta capacidad de discernimiento entienda y pueda valorar las consecuencias de sus actos, sería imputable de un ilícito civil y por lo tanto tendría que asumir la responsabilidad de sus actos. Por el contrario, el menor que carezca de esa capacidad de discernimiento, sería inimputable y por lo tanto no podría responder de sus actos, pero sí lo harían sus padres por tener la obligación de vigilancia y cuidado de los hijos, por la vía del artículo 1903 del Código Civil. Si tras esta interpretación, conectamos estos preceptos con las leyes mencionadas *ut supra*, obtendríamos una mayor uniformidad en el ordenamiento adaptándolo a la realidad social.

Sin embargo, el problema que subyace es de gran trascendencia práctica. La comisión de un ilícito civil tiene como consecuencia la reparación del daño causado, reparación que es de carácter patrimonial. Lo normal es que los menores carezcan de patrimonio propio, en el momento de la comisión de la acción, para poder hacer frente a la misma, mientras que sus padres suelen ser solventes. Por lo tanto, es más seguro interponer la acción contra aquellos que pueden responder con fundamento en la responsabilidad derivada del artículo 1.903 del Código Civil, llegándose al extremo de hacer responsables a los padres por el simple hecho de ser padres (20).

1. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Como se ha anunciado anteriormente, el interés principal es el resarcimiento de la víctima que ha sufrido el daño, para ello el Tribunal Supremo ha ido objetivando la responsabilidad de los padres (21), sin tener en cuenta la edad ni el grado de discernimiento del menor, *ad exemplum* la sentencia de 10 de marzo de 1983 (22), al señalar que:

(20) La responsabilidad del artículo 1903 es una responsabilidad directa. Según el tenor literal del párrafo final del artículo 1903, que cesará la responsabilidad cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. Lo que ocurre es que la jurisprudencia ha ido evolucionando progresivamente hacia una responsabilidad objetiva sin considerar la diligencia de los progenitores.

(21) La STS de 30 de junio de 1995, ponente: Excmo. Señor don Pedro GONZÁLEZ POVEDA, muestra esta línea afirmando: «...la responsabilidad de los padres tiene como fundamento la concurrencia en la conducta del hijo menor de los requisitos exigidos para que se dé la culpa extracontractual. Es doctrina de esta Sala la de que la responsabilidad declarada en el artículo 1903, aunque sigue a un precepto que se basa en la responsabilidad por culpa o negligencia, no menciona tal dato de culpabilidad y por ello se ha sostenido que contempla una responsabilidad por riesgo o *cuasi* objetiva, sentido que siguen numerosas sentencias de esta Sala, justificándose por la trasgresión del deber de vigilancia que a los padres incumbe sobre los hijos *in potestate*, con presunción de culpa en quien la ostenta y la inserción de ese matiz objetivo en dicha responsabilidad, que pasa a obedecer de criterios de riesgo en no menor proporción de los subjetivos de culpabilidad, sin que sea permitido oponer la falta de imputabilidad en el autor material del hecho (menor), pues la responsabilidad dimana de culpa propia del guardador por omisión del deber de vigilancia».

(22) Ponente: Excmo. Señor don Jaime DE CASTRO GARCÍA.

«...y es claro que no viene permitido oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre, madre o tutor por omisión de aquel deber de vigilancia, sin relación con la culpabilidad psicológica del constituido en potestad y por lo tanto de su grado de discernimiento...» (23).

Sin embargo en otras ocasiones, sí se ha tenido en cuenta la capacidad de discernimiento del menor para moderar la pena, en este sentido, la STS de 5 de octubre de 1995, al expresar:

«...En cambio, ha de prosperar parcialmente el último de los motivos esgrimidos por el recurrente, la reducción de la indemnización concedida. Con dicho motivo resolvemos el recurso interpuesto en vía adhesiva por los demandantes, que piden un incremento de la indemnización. Aparte de la razón tenida en cuenta por la Juzgadora de instancia en su Fundamento sexto para moderar la responsabilidad civil de la demandada, que esta Sala hace suya, conviene tener en cuenta como razón para reducir la indemnización concedida, la culpa concurrente de la víctima pues, si bien es cierto que el menor fallecido pidió y se le concedió autorización para cruzar el río Esla, sin que se le advirtiera de los posibles peligros de ahogo, dada la anchura y profundidad irregular, no es menos cierto que dicho joven tenía quince años de edad, con suficiente raciocinio para, si no estaba avezado en la actividad de la natación, no realizar un acto que escapaba de sus posibilidades. Por otro lado, constan los testimonios de los otros compañeros que afirman que iban todos sobre flotadores e Ignacio —la víctima— abandonó sin causa aparente el flotador. Todo lo cual revela una cierta falta de diligencia en una persona que, si bien no es mayor de edad civil, sí tenía el suficiente juicio para, primero, no atravesar el río a nado si no sabía o no era muy experto y, segundo, una vez que había comenzado la tarea de cruzarlo, no separarse del flotador que llevaba junto con sus compañeros. Por ello, la indemnización fijada se reduce a quinientas mil (500.000) pesetas para cada uno de los demandantes» (24).

Argumento utilizado por la jurisprudencia menor cuando el menor ha sido la víctima del daño (25), siendo el causante del daño otra persona.

(23) En este mismo sentido, la STS de 22 de enero de 1991. Ponente: Excmo. Señor don Jaime SANTOS BRIZ, en donde se pone de manifiesto que todo el proceso está encaminado al resarcimiento de la víctima del daño.

(24) Ponente: Excmo. Señor don Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES. En este mismo sentido, las SSTs de 22 de febrero de 1991, en donde el TS tampoco tiene en consideración que la acción fue cometida por un menor de diecisiete años.

(25) Así se manifestó la Audiencia Provincial de Asturias en la sentencia de 25 de febrero de 1997, señalando que: «...también lo es que el menor participó activa y voluntariamente en su desarrollo y que, por su edad y consiguiente grado de raciocinio, debía ser consciente del riesgo que entrañaba. De ahí que deba compartirse la conclusión a la que llega el juzgador de instancia acerca de la necesidad de moderar la responsabilidad de la demandada, conforme permite el artículo 1103 del Código Civil, también aplicable a la culpa extracontractual, según ha reiterado la jurisprudencia (...), la minoría de edad de la víctima no supone que no pueda valorarse su conducta a los efectos de determinar y, en su caso, graduar la responsabilidad del causante del daño».

Más recientemente la sentencia de 23 de diciembre de 2009. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona consideró responsables a los menores que ocasionaron un daño material a una motocicleta (26), por entender que los menores son responsables civilmente, siempre que tengan capacidad de entender el contenido de los actos que realizan y sus posibles consecuencias.

IV. POSIBLES VÍAS DE SOLUCIÓN

Con carácter previo, es preciso señalar que no se puede considerar que las propuestas vayan dirigidas a cualquier menor. Partimos de la base de que tiene que ser un menor que tenga capacidad de discernimiento y que sea consciente de la acción que está realizando y las consecuencias que la misma puede tener.

Escoger cuál puede ser la solución más ajustada a derecho y a la realidad social resulta difícil. Por un lado, el ordenamiento es claro y determinante al considerar como fundamento principal la primacía del interés del menor cuando éste se ve involucrado en cualquier actuación que tenga que ver con su persona. Por otro lado, en materia de responsabilidad civil, se trata de proteger al máximo a la víctima que ha sufrido el daño, primando el interés de la víctima. Y, en tercer lugar, parece que son los progenitores y el resto de sus descendientes los que salen perjudicados, aún en el supuesto que demuestren que actuaron en la educación de sus hijos con la mayor diligencia posible y que siempre han mantenido una vigilancia exhaustiva respecto de la vida cotidiana de los mismos.

Se pueden elegir varias vías para dar respuesta a este problema y lograr así una armonización y homogeneización de la legislación civil y penal. Para llegar a una conclusión correcta basada en la capacidad de discernimiento del menor, se puede optar bien por averiguar si el menor es imputable civilmente, lo que supondría hacer un informe pericial sobre la capacidad del menor (27), basado en parámetros objetivos, sin embargo, esto puede dificultar enormemente la labor de los tribunales y el coste de los procedimientos (28). La segunda opción

(26) Ponente: Doña M.^a Dolores PORTELLA LLUCH. Fundamento tercero: «Entrando en el estudio de la reclamación instada por la parte actora, la condición de menores de los demandados, en el momento de los hechos, no ha de impedir que les pueda ser atribuida responsabilidad civil, si se estima probada la autoría que se les atribuye, toda vez que los menores son responsables civiles de los hechos que ejecutan, siempre que se acredite su capacidad de entender el contenido y significado del acto que se les atribuye, lo que en el caso de autos no se discute».

(27) El Decreto 49/2009, de 3 de marzo, de protección de las personas menores de edad que se someten a intervenciones de cirugía estética en Andalucía y de creación del Registro de datos sobre intervenciones de cirugía estética realizadas a personas menores de edad en Andalucía, *BOJA* núm. 53, de 18 de marzo de 2009, establece en su artículo 5.1, la necesidad de un informe pericial para comprobar la capacidad del menor antes de prestar su consentimiento para una operación de cirugía estética, indica exactamente que: «Con carácter previo a la intervención de cirugía estética, se practicará a la persona menor de edad un examen psicológico, de acuerdo con el protocolo de valoración psicológica elaborado y aprobado, previa consulta a los colegios profesionales sanitarios y sociedades profesionales relacionadas con la materia y radicados en la Comunidad Autónoma de Andalucía, por la Consejería competente en materia de salud».

(28) Esta es la postura que defiende ABRIL CAMPOY, señalando que: «lo adecuado sería diferenciar entre aquel menor que deviene imputable civilmente, sin que pueda

sería seguir el criterio establecido por la LORPM y establecer una división basada en la edad, bien haciendo coincidir dichas edades en ambas jurisdicciones o no, aunque parece que sería interesante unificar los criterios legislativos.

Una vez considerada la imputabilidad del menor sobre la base del discernimiento o éste en relación con la edad, debemos plantearnos la implicación de los progenitores. Para ello también podemos dar respuesta a través de distintas opciones. Si se considera al menor imputable parece razonable adoptar la solución de que solo él responde con su patrimonio sin necesidad de involucrar el patrimonio de sus padres. O quizá sería más adecuado establecer una responsabilidad directa del menor y en el caso de que mediase culpa o negligencia de los padres apuntar hacia una responsabilidad solidaria como se hace en la vía penal, de tal forma que ambos tuviesen que asumir la indemnización proporcionalmente, o incluso, en el supuesto de que los padres demuestren que no medió culpa o negligencia en su actuación, sobre la base de la protección de la víctima en ese momento, asumir los padres la sanción con la posibilidad de tener una acción de regreso de éstos contra el menor y que sea el patrimonio del menor el que responda a la sanción (29).

V. CONCLUSIONES

Si partimos de la evolución legislativa producida en las últimas décadas en torno a la figura del menor de edad dirigida, por un lado, a su protección y, por otro, al otorgamiento de mayor autonomía respecto de su persona, en consonancia con la realidad social actual, se pone de manifiesto la necesidad de un cambio legislativo encaminado a un ajuste entre la legislación y los comportamientos reales.

Esta unificación de criterios nos debe dirigir a establecer un marco jurídico donde se implanten las bases de una regulación coordinada y coherente de la minoría de edad. Para ello es preciso establecer una correlación entre derechos-deberes-responsabilidades y todo ello poniéndolo en relación con las diferentes etapas de la minoría de edad.

Además se debe coordinar con los supuestos en los que sea exigible la responsabilidad de los progenitores, indicando cuándo deben responder y de qué forma, solidaria, subsidiaria o ambas dependiendo de los supuestos.

fijarse la referida imputabilidad en una edad concreta, como se hace en la regulación penal del menor —a partir de catorce años—, esto es, aquél que según su grado de discernimiento pueda comprender el acto generador del daño y las consecuencias del mismo, y el que no lo es». ABRIL CAMPOY, J. M., *loc. cit.*, «La responsabilidad de...», en *RCDI*, núm. 675, pág. 38.

(29) Como afirma LACRUZ BERDEJO: «La ley no habla de una posible acción de regreso de los padres o el tutor contra el menor o el pupilo, pero, en el caso de que éste tenga discernimiento, parece de sentido común que, siendo inculpables los padres o el tutor, el daño causado corra a cargo de los bienes de quien lo causó; y habiendo un defecto de vigilancia, se compartan las responsabilidades. No hay razón para que un hijo, al causar una disminución importante en el patrimonio de su padre, perjudique las expectativas hereditarias de sus hermanos. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II. *Derecho de Obligaciones*, 2.^a ed., 1985, pág. 572.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY: «La responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos», en *RCDI*, núm. 675, págs. 11-54.
- CASAS PLANES: «La responsabilidad civil por hecho propio del incapaz y del menor de edad», en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 47, marzo de 2007.
- DE CASTRO Y BRAVO: *Compendio de Derecho Civil. Introducción al Derecho Civil*, 1968, pág. 235.
- LACRUZ BERDEJO y otros: *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, 2.^a ed., 1985.
- LÓPEZ SÁNCHEZ: *La responsabilidad civil del menor*, Dykinson, 2003.
- PANTALEÓN PRIETO: «Comentario de la STS de 10 de marzo de 1983», en *CCJC*, núm. 2, 1983, pág. 452 y sigs.
- TEJEDOR MUÑOZ: «La protección en los medios de comunicación del derecho a la intimidad y a la propia imagen de los menores e incapacitados», en *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia: un compromiso mundial desde el derecho de participación en el XX Aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño*, coordinado por Carlos Villagrasa Alcaide e Isaac Ravetllat Ballesté, 2009, págs. 1213-1233.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 10 de marzo de 1983.
- STS de 22 de enero de 1991.
- STS de 22 de febrero de 1991.
- STS de 30 de junio de 1995.
- SAP de Asturias, de 25 de febrero de 1997.
- SAP de Barcelona, de 23 de diciembre de 2009.

RESUMEN

IMPUTABILIDAD DEL MENOR RESPONSABILIDAD DE MENORES

Es preciso atemperar los parámetros establecidos en el Código Civil a la situación actual de los menores de edad, bien a través de los diferentes criterios interpretativos de las normas o con una reforma legislativa que de una vez establezca un criterio global y unánime sobre la responsabilidad derivada de las actuaciones de los menores atendiendo a su capacidad natural de discernimiento, a su formación y a su desarrollo psíquico en estrecha correspondencia con la edad, todo ello en concordancia con los cambios so-

ABSTRACT

POSSIBILITY OF CHARGING A MINOR LIABILITY VIS-À-VIS MINORS

The parameters established in the Civil Code need to be adjusted to the current situation of underage persons. This may be done either through the different criteria for interpreting legislation or through a legislative reform that once and for all sets an overall, unanimous rule on liability stemming from action by minors in view of their natural capacity for discernment, their education and their mental development in close correspondence with their age. Such an adjustment should be made in

ciales y estructurales que se han producido desde la promulgación de nuestro Código y que ya han tenido reflejo en distintos ámbitos en nuestro ordenamiento.

concordance with the social and structural changes that have happened since the Civil Code was enacted and that have already been reflected in different areas of our legislation.

1.7. Concursal Civil

EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR Y CONCURSO DE ACREEDORES (CON INCLUSIÓN DE LAS NOVEDADES QUE PRESENTA EL ANTEPROYECTO DE LEY CONCURSAL, DE 17 DE DICIEMBRE DE 2010)

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Ayudante Doctora
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. DEFINICIÓN DE VIVIENDA FAMILIAR A EFECTOS DEL PRESENTE ESTUDIO.—II. LA VIVIENDA FAMILIAR LIBRE DE GRAVAMEN HIPOTECARIO: 1. LA INCLUSIÓN DE LA VIVIENDA EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO. 2. PARALIZACIÓN DE EJECUCIONES SINGULARES. 3. LA PROPUESTA DE CONVENIO. 4. LA FASE DE LIQUIDACIÓN.—III. LA VIVIENDA FAMILIAR SUJETA A GRAVAMEN HIPOTECARIO: 1. SU INCLUSIÓN EN LA MASA ACTIVA DEL CONCURSO. 2. LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA EN SU INTERSECCIÓN CON UN PROCEDIMIENTO DE CONCURSO. ¿ES POSIBLE LA PARALIZACIÓN DE LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS SOBRE BIENES NO AFECTOS A LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL? LA VIVIENDA FAMILIAR DEL CONCURSADO. 3. UNA INTERPRETACIÓN POSIBLE, DE ACUERDO CON EL ELEMENTO DE LA REALIDAD SOCIAL, EN TANTO SE PROCEDE A LA MODIFICACIÓN DE LA LC. 4. OTRAS ALTERNATIVAS.—IV. CONCLUSIONES: EL DEUDOR HIPOTECARIO, OLVIDADO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. DEFINICIÓN DE VIVIENDA FAMILIAR A EFECTOS DEL PRESENTE ESTUDIO

La vivienda familiar es la edificación usada ordinariamente para su habitación por un matrimonio y su familia (hijos); aquella edificación habitable que satisface su necesidad permanente de vivienda, que proporciona a la familia no solo cobijo, sino además seguridad e intimidad, y donde aquella desarrolla sus actividades cotidianas.

Caracteriza a la vivienda familiar la nota de habitualidad (espacio físico que satisface las necesidades cotidianas de alojamiento). Pero puede ocurrir que existan dos o más viviendas habituales de la familia (por ejemplo, los padres residen en una localidad y los hijos en otra donde cursan sus estudios, o uno de los cónyuges se desplaza por motivos laborales durante la semana a otra localidad, reuniéndose con su familia los fines de semana). En estos supuestos excepcionales en que realmente la vida cotidiana y habitual de la familia se desarrolle en más de un espacio físico, además de la nota de habitualidad, el concepto