

308909

10
rey

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Escuela de Derecho

Con Estudios Incorporados a la U. N. A. M.

ESTA TESIS
SALIR DE LA BIBLIOTECA
10 MAR 1986



**"LA INTERVENCION DE LOS MENORES COMO ACCIONISTAS
EN EL ACTO CONSTITUTIVO DE UNA SOCIEDAD
ANONIMA "**

T E S I S

Para optar por el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
que presenta el Alumno

FRANCISCO HUGUES VELEZ

MEXICO, D. F.

TESIS CON
FALLA LE ORIGEN

1986



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE.

	<u>Pags.</u>
<u>INTRODUCCION</u>	1
 <u>CAPITULO I</u>	
<u>PERSONALIDAD Y CAPACIDAD</u>	4
1. <u>La personalidad jurídica</u>	4
A. Generalidades.....	4
B. Atributos de la personalidad.....	8
2. <u>Capacidad</u>	11
A. Generalidades.....	11
B. Tipos de capacidad.....	11
a. Capacidad de goce.....	11
b. La capacidad de ejercicio.....	17
3. <u>Causas que modifican la capacidad</u>	22
A. La edad.....	22
a. La emancipación.....	25
B. Condiciones físico-psíquicas.....	27
a. Interdicción.....	28
4. <u>Representación</u>	31
 <u>CAPITULO II</u>	
<u>INSTITUCIONES JURIDICAS QUE PROTEGEN AL INCAPAZ</u>	36
1. <u>La patria potestad</u>	37
A. Concepto.....	37
B. Fundamento de la patria potestad.....	39
C. Caracteres de la patria potestad.....	40
D. Quiénes ejercen la patria potestad.....	42
E. Efectos de la patria potestad sobre las personas.....	44
F. Efectos sobre los bienes de los hijos.....	49
G. Extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad..	49
2. <u>La tutela</u>	52
A. Concepto.....	52

B. Naturaleza de la tutela.....	54
C. Personas sujetas a tutela.....	56
D. Organos de la tutela.....	57
E. Clases de tutela.....	60
F. Tutor, nombramiento y garantías que debe prestar.....	63
G. Publicidad e inspección de la tutela.....	66
H. Ejercicio de la tutela.....	67
I. Cuentas de la tutela.....	69
J. Extinción de la tutela y entrega de bienes al pupilo...	70

CAPITULO III

REPRESENTACION DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTE-

LA.....	75
1. <u>Representación de los menores</u>	75
2. <u>Efectos de la patria potestad sobre los bienes del menor.</u>	79
3. <u>Efectos de la tutela sobre los bienes del pupilo</u>	86

CAPITULO IV

INTERVENCION DEL MENOR EN EL ACTO CONSTITUTIVO DE UNA SOCIEDAD- ANONIMA.....

92	
1. <u>Generalidades</u>	92
A. Acto de comercio y capacidad para ejercer el comercio..	93
I. El acto de comercio.....	94
II. Capacidad para ejercer el comercio.....	96
2. <u>La sociedad anónima y la naturaleza del acto constitutivo.</u>	100
A. Naturaleza del acto constitutivo.....	100
B. La sociedad anónima.....	101
a. Concepto.....	101
b. Elementos.....	102
c. Requisitos.....	106
d. Organos.....	109
3. <u>La intervención de los menores como accionistas en el acto constitutivo de una sociedad anónima</u>	112
A. Los menores sujetos a patria potestad.....	112

	<u>Pags.</u>
B. Menores sujetos a tutela.....	118
C. Menores de edad emancipados.....	120
D. Casos excepcionales.....	121
<u>CONCLUSIONES</u>	124

INTRODUCCION.

La complejidad de la vida actual, en todos sus órdenes, obliga a la creación de disposiciones, cada día más abundantes y elaboradas que regulan la vida diaria de una sociedad en constante crecimiento.

La exuberante cantidad de disposiciones creadas, provoca en muchas de ellas, poco cuidado en su elaboración y omisiones que el criterio e interpretación de sus ejecutores y receptores deben salvar.

El legislador pone de relieve ante todo, la importancia que tiene para la sociedad la protección de su núcleo formativo: la familia, y así pues, dicta normas que regularán su formación y funcionamiento, procurando siempre disponer su protección.

Apartados especiales en las disposiciones legales y creación de dependencias e instituciones reguladoras y protectoras han surgido en favor de los menores, que por sus circunstancias personales requieren un cuidado especial.

Mucho nos hemos olvidado de las disposiciones en materia de patria potestad, tutela y emancipación, para dar lugar al uso que los representantes legales hacen de las facultades que tienen sobre sus representados, que en gran medida van más allá de las que poseen por ministerio legal y que la costumbre ha pasado por alto,

convirtiéndose poco a poco, en un uso inadecuado en perjuicio de la conveniencia de los mismos menores.

De tal forma, pretendo con el presente trabajo, hacer hincapié en que tales disposiciones no han sido derogadas y por tanto tienen vigencia actual y deben seguir siendo observadas por propios y extraños en relación con los menores.

Si bien limito este trabajo a un tema específico, las conclusiones que del mismo resultarán, abarcan toda la gama de posibilidades del desenvolvimiento de los menores en la vida social, política y económica en la que se desarrollan.

Las sociedades anónimas constituyen, hoy por hoy, el común denominador de las grandes empresas con beneficios, en la mayoría de los casos, en todos los órdenes, y, en tal virtud, con afán de aprovechar varias ventajas, fundamentalmente económicas, se hace abuso de las facultades que sobre el patrimonio del menor tiene el que las ejerce, invirtiéndolo, incorrectamente a mi juicio, en negocios con alto índice de riesgo que muy lejos están de apearse al espíritu proteccionista de la ley en esa materia.

Si este trabajo sirviera, aunque fuera a algunos cuantos, para despertar en ellos la conciencia que reviste el cuidado del menor en su persona e intereses y su capacidad de formar o no parte, depen-

diendo del caso, en aquellas entidades con fines especulativos, especialmente en la sociedad anónima, habré conseguido entonces una gran satisfacción personal.

CAPITULO I

PERSONALIDAD Y CAPACIDAD.

1. La personalidad jurídica: A. Generalidades; B. Atributos de la personalidad; 2. Capacidad: A. Generalidades; B. Tipos de capacidad: a. Capacidad de goce; b. Capacidad de ejercicio; 3. Causas que modifican la capacidad: A. La edad: a. La emancipación; B. Condiciones físico-psíquicas: a. La interdicción; 4.- La representación.

1. La personalidad jurídica.

A. Generalidades.

Todo el ordenamiento jurídico va dirigido y se fundamenta en el Hombre por ser éste el causante y destinatario del mismo.

Es evidente que no solamente el Hombre, como persona, es el destinatario del Derecho, sino que además es su principal protagonista, es su sujeto activo.

Por ser el Hombre el único ser con capacidad de dominio sobre sí mismo y sobre todas las cosas, así como el único con capacidad de autorealización y de proponerse metas y alcanzarlas, constituye el

fundamento primordial del Derecho.

El Hombre es racional y por tanto, persona, y precisamente como consecuencia de persona, le corresponde una personalidad.

La personalidad jurídica no es sino la aptitud que tiene el Hombre de ser sujeto de derechos y obligaciones, es "la abstracta idoneidad para devenir en titular de relaciones jurídicas: es la titularidad potencial de una serie indeterminada de relaciones." (1).

Para el Hombre, es necesaria la personalidad ya que el Derecho es un medio indispensable para su realización como tal; esta afirmación se apoya en el hecho de que la naturaleza humana exige el ser social y requiere de la cooperación y comunicación con otros.

El Hombre es previo al Derecho, y tiene su primer encuentro con el Orden Jurídico, poseyendo su propio bagaje jurídico. Este bagaje constituye el cúmulo de derechos innatos de la persona que el propio Derecho reconoce y protege y que diferencia de cualquier derecho patrimonial. Son los derechos fundamentales de la persona humana y por tanto son inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransmisibles.

Como anteriormente expusimos, de la persona se deriva una cualidad del sujeto que es la personalidad. En épocas anteriores, no se reconocía a todos los Hombres la personalidad y como consecuencia de ello existía la muerte civil y la esclavitud, instituciones que poco a poco fueron erradicadas totalmente.

A la personalidad jurídica corresponde como presupuesto de la titularidad de relaciones jurídicas una capacidad también jurídica que si bien va a ser objeto de un estudio en capítulos posteriores,

conviene definirla y destacarla en este momento dada la íntima relación que guardan las dos y en algunos momentos la similitud, que se ven diferenciadas igualmente, por sutiles distinciones.

En cuanto a la persona física, se hace alusión a su personalidad, es decir, a la aptitud de ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas y que al fin y al cabo, se considera como la capacidad jurídica.

En la Doctrina, encontramos que esta capacidad presenta dos diferentes manifestaciones: una, la capacidad abstracta, que es la idoneidad para tener derechos; y otra, la capacidad concreta, que es la idoneidad para ejercerlos.

La capacidad abstracta o capacidad de derechos, es una manifestación estática, es una aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, haciendo posible la recepción de los efectos del orden jurídico; mientras que la concreta o de ejercicio, es dinámica pues es la capacidad de dar vida a diversos actos jurídicos, es la posibilidad de producir efectos jurídicos por la adquisición de un derecho o por el cumplimiento de una obligación. (2)

Los conceptos personalidad y capacidad contienen ideas muy afines pero que se encuentran diferenciadas en cuanto a que la primera, como lo hemos expuesto ya, es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, mientras que la segunda, también es la misma aptitud, pero se limita a derechos y obligaciones determinados.

La capacidad jurídica es, pues, la medida de la idoneidad para devenir en titular de relaciones jurídicas que moldea los límites de la personalidad.

"En este sentido, se dice que la capacidad está ligada a las relaciones concretas (para contratar, para testar, etc.) y que la personalidad se nos ofrece, en cambio, inalterable.

En relación con las personas físicas, la capacidad jurídica en su aspecto dinámico, como aptitud de obrar, aparece, a veces, limitada por circunstancias subjetivas de determinadas personas, sin que ello signifique, ni mucho menos, restricción o limitación de su capacidad jurídica considerada en abstracto." (3)

Las diversas doctrinas que hablan de la adquisición de la personalidad jurídica establecen que ésta surge en el momento de la concepción, en el momento del nacimiento o en el momento en que el nacido es capaz de vivir fuera del seno materno.

Para nuestro Código Civil, la personalidad o como lo expresa el artículo 22, la capacidad jurídica, "...se adquiere por el nacimiento...pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código." (4)

El feto separado del claustro materno tiene que cumplir con un requisito indispensable para surgir a la existencia jurídica: el nacer vivo; y esto se reputa como tal cuando el feto, que habiendo sido desprendido del seno maternal, vive por lo menos veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil.

Si bien la persona es sujeto de derechos y obligaciones a partir del nacimiento y siempre y cuando cumpla con el requisito de viabilidad, nuestro Derecho protege la existencia del no-nacido, por medio de las sanciones establecidas por el Código Penal en contra de

quienes cometen el delito de aborto, así como también concede derechos civiles sujetos a la condición del nacimiento.

El citado artículo 22 del Código Civil, estipula que la capacidad jurídica de la persona termina o se pierde con la muerte y por tanto es ésta la única causa que extingue la capacidad abstracta o estática, pero no da fin a todas las relaciones jurídicas anteriores al fallecimiento.

B. Atributos de la personalidad.

La persona como tal, tiene ciertos atributos constituidos por sus cualidades y propiedades. Estos atributos son: el nombre, el domicilio, el estado y el patrimonio y que por no formar parte esencial del presente trabajo analizaremos en forma concreta.

I).- El Nombre.- Es la manera de distinguir e identificar a las personas en todas las relaciones de su vida cotidiana, ya sean sociales o jurídicas.

Dicho nombre está constituido por un signo; en nuestro Derecho, se constituye por un nombre propio y un nombre filial o apellido y así lo establece el Código Civil cuando estipula que "en las actas de nacimiento se deberán asentar necesariamente el nombre y apellidos que le correspondan al que se presenta." (Artículo 58)

II).- Domicilio.- El domicilio de la persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de éste, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle.

Para presumir el domicilio, es requisito necesario el ánimo de establecerse en él.

Nuestro Código Civil reconoce tres tipos de domicilio: voluntario, legal y convencional.

i) Voluntario.- Es el que la persona elige y que puede cambiar a su libre arbitrio.

ii) Legal.- También llamado necesario, es establecido por la ley para ciertas personas para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones, aunque no esté presente allí.

iii) Convencional.- Es aquél que se fija para el cumplimiento de determinadas obligaciones.

El concepto domicilio tiene similitud con tres conceptos con los que comunmente se confunde pero que son diferentes: paradero, habitación o residencia.

i) La residencia, que resulta del hecho de que la persona permanece habitualmente en un lugar y que puede determinar el domicilio.

ii) El paradero, donde se halla la persona con cierta permanencia y que en ocasiones llega a reputarse como domicilio.

iii) La habitación, que es un concepto mucho más limitado pues en relación al domicilio sólo se refiere a la casa o morada en donde se vive.

III).- El Estado Civil.- "Situación jurídica de una persona física considerada desde el punto de vista del derecho de familia y que hace referencia a la calidad de padre, de hijo, de casado, de soltero, etc." (5)

El estado civil es aquél cúmulo de cualidades a las que la ley atribuye efectos jurídicos y que son inherentes a la persona, por lo que de ninguna manera pueden transmitirse o cederse y por tanto no podrán ser objetos de una transacción.

IV).- El Patrimonio.- Si bien el patrimonio como un todo no es materia de este estudio, sí lo será cuando tratemos de los bienes del menor, pues este tema constituye una de las partes estructurales del mismo; por el momento pues, nos concretaremos a analizarlo escuetamente.

Existen dos teorías que tratan sobre la naturaleza del patrimonio. Una de ellas, la clásica o subjetiva y que ha tenido más auge, considera al patrimonio como un atributo de la personalidad por ir siempre unido de alguna manera a la persona y que lo define como el conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de apreciarse en dinero; sin embargo, cuando se habla de patrimonio, se dice de la facultad o aptitud potencial de adquirirlo; y la otra, objetiva o económica, que lo considera como una individualidad jurídica propia sin tomar en cuenta una unión con la persona.

Hasta ahora, el concepto patrimonio sigue suscitando confusión doctrinal sin que ninguna de las teorías en la actualidad realizadas, pueda definirlo con claridad.

"La concepción del patrimonio como conjunto de relaciones jurídicas de carácter patrimonial, excluyendo otras relaciones, entre ellas, las de carácter familiar, olvida que toda relación jurídica tiene o puede tener una representación económica, aparte de que no se puede negar la existencia de un patrimonio moral, que el Hombre

estima tanto, como el puramente material o económico y que el Derecho no deja de tener en cuenta para tutelarlos." (6)

2.- Capacidad

A. Generalidades.

Como ya vimos en el capítulo anterior, en la doctrina e incluso en la legislación, encontramos cierta confusión entre los términos personalidad jurídica y capacidad, ya que son términos afines.

La diferencia estriba en que la personalidad es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones, mientras que la capacidad está limitada a derechos y deberes determinados.

La capacidad jurídica o capacidad de derecho, es la aptitud para ser titular de derechos y deberes y de hacerlos valer: es la misma personalidad en su actuación receptiva.

B. Tipos de capacidad.

"En principio, todo sujeto tiene capacidad y sólo determinados grupos de personas, a título excepcional son incapaces." (7)

a. Capacidad de Goce

La capacidad de goce es la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes; es una verdadera vocación para tener derechos,

para ser titular de ellos. Esta capacidad de goce constituye una consecuencia de la personalidad y no hay legislación civilizada que no le reconozca a cada hombre ésta. Inclusive, nuestro Código Civil reconoce esta capacidad a seres que aún no nacen, pero ya han sido concebidos y siempre y cuando cumplan con las condiciones de viabilidad que más adelante veremos.

Bonnecase, establece que la capacidad de goce es inmanente de la personalidad y que en el fondo se identifica con ésta.(8)

En la actualidad, no se puede concebir una incapacidad de goce total, situación que en tiempos anteriores no se entendía en tanto estaba vigente la institución de la esclavitud en la que el ser humano era objeto de Derecho, o cuando existía la muerte civil que privaba al Hombre de la totalidad de sus derechos como persona.

No obstante lo anterior, sí se conoce la incapacidad de goce aunque de manera parcial, establecida principalmente por razones políticas y de seguridad nacional.

Son nuestra Constitución Política y nuestro Código Civil, los que establecen para algunos actos específicos esta incapacidad de goce a ciertas personas o entes con injerencia en la vida jurídica y que de acuerdo además con la mayoría de los doctrinarios mexicanos, estos casos de carácter especial se contemplan en:

I.- Las corporaciones religiosas y los ministros de cualquier culto;

II.- Las instituciones de beneficencia;

III.- Las sociedades comerciales por acciones;

IV.- Los extranjeros; y

V.- Las personas físicas por sentencia judicial, ya sea civil o penal.

La Constitución Política, en sus artículos 27 fracción II y 130 décimo quinto párrafo, establece expresa y claramente, la incapacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos, a las asociaciones religiosas denominadas iglesias, e igualmente los ministros de cultos tienen incapacidad legal para ser herederos por testamento, de los ministros del mismo culto o de una persona laica con quien no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

Por lo que a las instituciones de beneficencia se refiere, la incapacidad de goce se limita a la adquisición, únicamente de aquellos bienes raíces que sean indispensables para sus fines, sean estas instituciones públicas o privadas. (Artículo 27 Constitucional, fracción III)

Por lo que toca a las sociedades comerciales por acciones, estas no podrán adquirir fincas rústicas con fines agrícolas y podrán adquirir terrenos -en palabras del texto Constitucional- "únicamente en la extensión que sea estrictamente necesaria para los establecimientos o servicios de los objetos indicados".

En materia de extranjeros, esta incapacidad surge, como explica el maestro Bejarano Sánchez, en virtud de que al existir un derecho concedido a la generalidad de las personas, le es negado a cierta categoría de ellas o a determinada persona, y así es, pues todas las personas tienen derecho a adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas

o aguas, pero como excepción, dichas facultades son negadas a los extranjeros, aunque la propia Constitución subsana esta excepción siempre y cuando el extranjero en cuestión, se someta a la cláusula Calvo y obtenga las autorizaciones correspondientes.

Siguiendo con este punto, en la misma fracción I del artículo 27 Constitucional, se establece la prohibición, aquí sin que se pueda subsanar por parte de los extranjeros, de adquirir el dominio directo sobre tierras o aguas, en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta kilómetros en las playas.

Por último, en los casos en que por virtud de sentencias civiles o penales se limita la capacidad de goce en relación a ciertos bienes por las penas establecidas en las propias sentencias.

De alguna manera y bajo algún aspecto, existen otras prohibiciones establecidas por nuestro Código Civil y deben considerarse como restricciones de la capacidad de goce, que si bien todos los hombres poseen, -capacidad de goce- Rojina Villegas, establece grados en ésta y que más adelante enunciaremos.

Estas restricciones o limitaciones las encontramos, por ejemplo, en el hecho de que aunque el menor tiene prácticamente una equivalente capacidad de goce a la del mayor en pleno uso y goce de sus facultades, no puede contraer matrimonio antes de los dieciséis años los hombres y de los catorce las mujeres; no puede ser tutor; no puede hacer testamento antes de los dieciséis años, etcétera.

Sin embargo, también existen casos de mayores en que hay restricciones, como es el caso de los cónyuges que no pueden contratar entre ellos sin previa autorización judicial, excepto cuando el con-

trato sea el mandato para pleitos y cobranzas o para actos de administración; o la prohibición para el cónyuge que haya dado causa de divorcio y que no podrá volver a contraer matrimonio sino después de dos años, a contar desde que se decretó el divorcio; en el caso de las prescripciones, también existen limitaciones entre cónyuges, ascendientes y descendientes, incapacitados y tutores, copropietarios respecto del bien común, etcétera.

Grados de la capacidad de goce.

Como expusimos en párrafos precedentes, Rojina Villegas establece tres grados de la capacidad de goce y a cada uno atribuye características y fundamentos particulares que de manera desglosada hemos analizado anteriormente, sin embargo, de manera enunciativa los expondremos a continuación:

1) El primer grado y el mínimo, existe en el ser concebido pero no nacido, siempre y cuando se cumpla con la condición impuesta por el Código Civil, de que nazca vivo y sea presentado ante el Registro Civil, o viva 24 horas. Esta forma mínima de capacidad de goce permite al embrión humano tener derechos subjetivos patrimoniales, es decir, derecho de heredar, de recibir en legados, de recibir en donación; también es la base para determinar su condición de hijo legítimo o natural. Sólo puede tener derechos patrimoniales pues su propia naturaleza no le permite tener de otra clase, pero en virtud de esta posibilidad de heredar o de recibir en donaciones, se posee

la base patrimonial para que se puedan operar varias consecuencias jurídicas. (9)

ii) Una segunda manifestación de la capacidad de goce, se refiere a los menores de edad. No podemos referirnos aquí en modo alguno a la capacidad de ejercicio, pues para los menores de edad no existe, pero tienen posibilidad de ser titulares de derechos y obligaciones a pesar de su minoría de edad, sólo que algunos derechos subjetivos no pueden imputarse al menor de edad y, por tanto, carece de capacidad de goce en cuanto a esos derechos subjetivos.

Es en los derechos no patrimoniales, en donde el menor tiene restricciones en su capacidad de goce. (10)

iii) El tercer grado corresponde a los mayores de edad. Se debe diferenciar entre los mayores en pleno uso y goce de sus facultades mentales y los mayores sujetos a interdicción. En este último caso de los mayores interdictos, no se afecta la capacidad de goce desde el aspecto patrimonial pero sí la afectan en cuanto a las relaciones familiares, sobre todo para el ejercicio de la patria potestad.

En cuanto a los mayores de edad, también se pueden hacer notar algunas restricciones, referentes a la distinción entre nacional o extranjero o las relativas al estado matrimonial, ejemplificadas en párrafos anteriores. (11)

Fin de la capacidad de goce.

Como se expuso al hablar de la personalidad jurídica, el citado artículo 22 del Código Civil, señala tanto el comienzo de la capacidad jurídica o de goce, cuanto el fin de dicha capacidad.

Así como la capacidad de goce se adelanta para los efectos declarados del Código, desde el momento en que un individuo es concebido pero a condición de que nazca viable, así también esa capacidad se prolonga, en ocasiones, hasta después de la muerte. Tal es el caso de la presunción de muerte, puesto que no es imposible la situación, que bien puede presentarse, en que por carecer de noticias de una persona e ignorarse su paradero, se instaure con respecto a ella, un procedimiento de ausencia, considerándola viva, cuando que en realidad ya está muerta. (12)

b. La capacidad de ejercicio

La capacidad de ejercicio, es la aptitud de ejercitar o de hacer valer los derechos que se tengan y de asumir los deberes jurídicos, o como expresa Bonnacase, la "aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica". (13)

La capacidad de ejercicio supone la de goce, ya que si ésta no existe, no hay titularidad de derechos y obligaciones y por tanto no se pueden ejercer los primeros ni cumplir las segundas.

Así como la capacidad de goce es una consecuencia de la personalidad, como conclusión de que absolutamente todas las personas la tienen, la capacidad de ejercicio es un elemento de validez del ne-

gocio jurídico, ya que no la tienen todas las personas, y fácilmente se comprende que si una de éstas, carente de tal capacidad, celebra por sí un negocio jurídico, este deviene nulo.

La repetida capacidad de ejercicio o como expone el profesor Alberto Trabucchi, la capacidad de obrar, es la aptitud reconocida a cada sujeto para ejercitar válidamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la propia situación jurídica; se atribuye por tanto, a aquellas personas idóneas para querer conscientemente.(14)

A diferencia de la capacidad de goce que comienza con el nacimiento, la capacidad de ejercicio comienza, por regla general, con la mayoría de edad, según lo establece el Código Civil en su artículo 647, que a la letra dice: "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes."

Sin embargo, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos, los sordomudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso de drogas enervantes, carecen de la capacidad de ejercicio, aunque pueden hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones, por medio de un representante.

Los grados de la capacidad de ejercicio.

El maestro Ortiz-Urquidí después de estudiar lo expuesto en esta materia por Rojina Villegas, establece ciertos grados de la capacidad de ejercicio y dice que existen cinco grados o niveles, a

saber:

i) El grado mínimo de la capacidad de ejercicio corresponde tanto al concebido pero no nacido, cuanto en general a toda persona mayor sujeta a interdicción, pues carecen de toda facultad o siquiera posibilidad de ejercer por sí mismos sus derechos y de cumplir, también por sí mismos, sus obligaciones.

ii) El siguiente grado corresponde al incapacitado que está privado de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, pero que tiene períodos lúcidos, pues si bien el artículo 450 del Código Civil establece esta privación de inteligencia como regla general de incapacidad, la misma tiene como excepción la posibilidad por parte de estos sujetos, de otorgar testamento siguiendo con las prescripciones legales, según lo disponen los artículos 1307 y siguientes del propio Código Civil;

iii) En otro grado se encuentran los menores no emancipados, pues si bien en principio son incapaces para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí, tienen la facultad de testar siempre y cuando tengan dieciséis años cumplidos e igualmente están en posibilidad de administrar sus bienes si éstos fueron adquiridos por su trabajo, y que al respecto hablaremos en capítulos posteriores, pues este tema forma parte medular del presente trabajo.

iv) En cuarto grado se encuentran los menores emancipados,

pues éstos poseen la libre administración de todos sus bienes, aunque éstos no sean fruto de su trabajo, además de tener la posibilidad de disponer de los mismos siempre y cuando sean muebles. En cuanto la disposición para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces de su propiedad, requieren la autorización judicial, según lo establecido por el artículo 643 del Código Civil, obligando el propio artículo a designar un tutor para sus negocios judiciales.

El artículo 636 dispone que "los actos celebrados por los menores emancipados, realizados en contravención de las restricciones señaladas en el párrafo anterior, son nulos por carecer de capacidad para realizarlos."

v) Como expusimos, el artículo 647 del Código Civil dice que "el mayor de edad dispone libremente de su persona y sus bienes, siendo éste el último grado de la capacidad de ejercicio."

La regla general es la capacidad de ejercicio, es decir, que habiendo capacidad de goce, debe existir la capacidad de ejercicio, y por tanto la Ley considera que las diversas formas de incapacidad son excepcionales y por tanto, éstas existen únicamente para los menores de edad y para los que sufren perturbaciones mentales o carecen de inteligencia.

El artículo 1798 del Código Civil, dice que "son hábiles para contratar todas las personas no exceptuadas por la ley".

Es claro pues, y por deducción de este artículo, que la incapacidad no puede imponerse por contrato sino que únicamente la ley

puede decretarla. Cuando en un contrato se pretende crear una incapacidad, la cláusula referente sólo tiene el valor de originar una obligación de no hacer y por tanto su incumplimiento tan sólo originaría el pago de daños y perjuicios pero no la anulación del acto o contrato celebrado, contraviniendo el compromiso previo. Lo mismo sucede en el caso de las disposiciones testamentarias que establezcan la cláusula de no dar o no hacer o de tomar o dejar de tomar estado, pues ésta se tendrá por no puesta.

Por lo que se refiere a los actos de dominio, no se requerirá únicamente de la capacidad de ejercicio plena, sino que además debe suponer la propiedad o bien la autorización legal o del propietario para realizarlos, es decir, estos actos de dominio pueden celebrarse: primero, por el propietario; segundo, por aquel que sin ser propietario tiene autorización de la ley para realizarlos; y tercero, por aquellos que tienen un mandato especial o una representación voluntaria, facultándolos para celebrarlo.

Modo de terminarse la capacidad de ejercicio.

En cuanto a la terminación de la capacidad de ejercicio, es evidente que aunque no hay precepto que la establezca, ésta termina obviamente con la muerte, porque para que una persona pueda ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por sí misma, es indispensable que esa persona viva.

Otro medio para ponerle fin, es la interdicción, sólo que la terminación de dicha capacidad mediante este medio, no siempre es

definitiva, sino que puede ser temporal, ya que el incapaz puede salir de la interdicción si llega a desaparecer la causa que la originó, aunque también es evidente que, en un supuesto contrario, de por vida puede permanecer en ella y por tanto en la incapacidad.

3. Causas que modifican la capacidad

En nuestro Derecho no hay prácticamente causas que modifican la capacidad de goce, salvo los casos excepcionales que ya anotamos con anterioridad.

En cuanto a las causas que modifican la capacidad de ejercicio, existen varias dependiendo de la legislación que se trate.

En México, son principalmente dos: A. La edad; y B. Las condiciones físicas y psíquicas.

A. La edad.

Sobre este tema ya hablamos de manera superficial en páginas anteriores, pero por ser de suma importancia, requiere un apartado especial en donde se haga hincapié en su relación con este tema y en su legislación aplicable.

"La edad es el tiempo transcurrido desde el nacimiento de una persona hasta un momento determinado de su vida." (15)

Como regla general, el cumplimiento de los dieciocho años origina la adquisición de la plena capacidad de obrar, excepto para ciertos casos especiales para los que se requiere una edad diferen-

te. Antes de que el menor llegue a esa edad, ejerce sus derechos y cumple con sus deberes y obligaciones a través del que sobre él ejerce la patria potestad o la tutela.

La capacidad de obrar necesita que la persona cuente con discernimiento capaz de comprender el contenido y efectos de sus actos y que no haya sido declarada en estado de interdicción.

La incapacidad de ejercicio, como veíamos antes, puede ser natural como la de los infantes, la de los enajenados mentales, la de los idiotas; o legal, la establecida por la ley para los menores de dieciocho años, y para quienes hacen uso habitual e inmoderado de drogas enervantes y de bebidas embriagantes y los sordomudos que no saben leer ni escribir, todos ellos son incapaces, aún en los períodos de lucidez mental. Pero la misma ley determina que serán incapaces siempre y cuando hayan sido declarados en estado de interdicción.

En virtud de su corta edad, durante la primera infancia, el menor que no puede manifestar su voluntad de ninguna manera, sufre incapacidad natural, absoluta, equiparable a la de los enajenados. A través del desarrollo físico, el infante va adquiriendo, poco a poco, el uso de su razón y su voluntad; no obstante lo cual, la ley no lo considera aún capaz, sino hasta después de que haya cumplido los dieciocho años.

Sin embargo, el menor de edad puede realizar ciertos actos por sí mismo:

Puede contraer matrimonio si ha llegado a la edad de la pubertad, con la autorización de las personas que para el efecto

señala la Ley (Arts. 148, 149 y 150 del Código Civil);

Puede solicitar de la Autoridad Administrativa, la suplencia del consentimiento para contraer matrimonio, en el caso de que sus ascendientes o el tutor se negaren a prestarlo, sin justa causa (Art. 150 del Código Civil);

Puede hacer testamento (Art. 1306 del Código Civil);

Puede administrar los bienes que adquiera por su trabajo (Art. 429 del Código Civil);

Puede reconocer a sus hijos (Art. 361 y 362 del Código Civil);

Puede celebrar contrato de trabajo (Art. 23 de la Ley Federal de Trabajo);

Puede pedir la declaración de su estado de minoridad (Art. 902 del Código de Procedimientos Civiles);

Puede designar su propio tutor dativo (Arts. 496 y 730 del Código Civil);

Puede elegir carrera u oficio, si está bajo tutela (Art. 540 del Código Civil);

Puede intervenir en la redacción del inventario de sus bienes que debe realizar el tutor (Art. 537 del Código Civil);

Puede prestar su consentimiento para su adopción (Art. 397).

De lo anterior, podemos concluir, que el menor de edad, antes de cumplir los catorce años, no posee de ninguna manera capacidad de ejercicio, salvo el caso de que haya obtenido dispensa para contraer matrimonio.

a. La emancipación.

Los menores de edad que se encuentren sujetos a la patria potestad o que no habiendo quien la ejerza sobre ellos, se encuentren sujetos a la tutela, pueden lograr en la hipótesis que la ley establece, una capacidad relativa, constreñida en los términos que el Derecho determina. Tal efecto se logra por medio de la emancipación.

La emancipación es, en nuestro Derecho, la sustracción a la patria potestad o a la tutela, en su caso, del menor, confiriéndole a éste, una capacidad que le da facultad para la libre administración de sus bienes, con algunas limitaciones, determinadas expresamente por la ley. (16)

Demófilo de Buen, citado por Rafael de Pina, define a la emancipación, en sentido amplio, "como el hecho o el acto en virtud del cual una persona se ve libre de la patria potestad o de su subrogada, la tutela, y adquiere la facultad de realizar por sí misma los actos jurídicos que especialmente no le están prohibidos por el legislador". (17)

Según la mayoría de los tratadistas, la utilidad de la emancipación radica en que inicia al menor en el ejercicio de una capacidad relativa que le permite irse adentrando de manera paulatina, sin brusquedad, en el campo de la capacidad plena y del total ejercicio de sus derechos y el cumplimiento directo de sus deberes.

Anteriormente, y por disposición del Código Civil en su artículo 644, la emancipación era irrevocable, aunque dicha irrevocabi-

lidad sigue vigente, pues el texto actual de la ley, como veremos más adelante, no dispone ninguna manera de perderse.

La emancipación reconoce dos diversas fuentes generadoras: la ley y el acto de emancipación. De donde resultan dos especies de emancipación: la legal y la llamada voluntaria, por derivar de la voluntad de los padres o de los tutores. (18)

Actualmente en México, sólo se reconoce la legal, derivada de lo establecido por el Código Civil en su artículo 641, que dice:

"El matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad."

El matrimonio del menor supone en él, una aptitud especial para el manejo de su persona y de sus intereses, reconociendo la ley, la inconveniencia de que salvo para los casos de importancia de intereses, la conducta del menor casado, se encuentre sujeta a la patria potestad, cuando que al menor corresponda la patria potestad sobre sus mismos hijos; de ahí que algunos autores funden la emancipación por matrimonio en que éste es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a la patria potestad.

Según Mateos Alarcón, la emancipación es un efecto inmediato y necesario, de esencia, del matrimonio, y, por tanto, se lleva a cabo sea cual sea la edad de los contrayentes, sin que se requiera declaración expresa, y existiendo cualquier convenio celebrado en contrario, y que tuviera por finalidad modificarla o impedirla, pues tal convenio sería nulo.

La parte final del citado artículo 641 del Código Civil, dis-

pone que aunque se disuelva el matrimonio, el cónyuge emancipado que sea menor, no recae en la patria potestad y, por tanto, de este artículo se desprende que la emancipación es irrevocable, supliendo al derogado artículo 644 que así lo establecía expresamente.

Capacidad del emancipado.

Artículo 643 del Código Civil.-

"El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I.- De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces.

II.- De un tutor para negocios judiciales."

Se advierte que las restricciones a la capacidad del emancipado, se refieren a los actos de más importancia para dicha persona, e igualmente, este artículo nos muestra claramente que la libre disposición que un menor emancipado puede hacer de su persona o de sus bienes, no tiene más límites que los expresados, es decir, los relativos a la necesidad de autorización judicial para enajenar y gravar bienes raíces y a la representación de un tutor para sus negocios judiciales.

B. Condiciones físico-psíquicas.

La salud del sujeto está revestida de cierta importancia con

referencia a la capacidad, especialmente la salud mental.

A las enfermedades mentales se equipara la sordomudez, que produce de hecho, la ineptitud para una recta manifestación de voluntad. La demencia por ejemplo, puede ser una enfermedad natural, mientras que el alcoholismo, la exaltación causada por el abuso de estupefacientes, son consecuencia de motivos voluntarios; algunas son permanentes, otras son transitorias. (19)

Nuestro Código Civil señala en su artículo 450, fracciones II a IV los casos de incapacidad natural y legal relacionadas con las condiciones físico-psíquicas:

"Tienen incapacidad natural y legal:....

II.- Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;

III.- Los sordomudos que no saben leer ni escribir;

IV.- Los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes."

La incapacidad producida por las enfermedades mentales y físicas, dan origen a la interdicción.

a. Interdicción.

"Restricción de la capacidad impuesta judicialmente, por causas de enfermedad mental, prodigalidad....., etc., que priva a quien queda sujeto a ella, del ejercicio, por sí propio, de los actos jurídicos relativos a la vida civil." (20)

En tal concepto, se comprenden todos los casos en que se pro-

ducen estos efectos, bien por resolución de carácter penal, bien por resolución de carácter civil.

La interdicción, por muy ampliamente que se le conciba en el orden civil, no se debe considerar como una pena, sino como una medida de precaución para salvaguardar los intereses de aquél cuyos derechos se limitan, por no ser capaz del ejercicio de ellos.

La interdicción constituye una limitación de la capacidad jurídica que produce siempre la sujeción a tutela de la persona sobre quien recae.

En materia penal, el artículo 46 del Código Penal para el Distrito Federal, dispone:

"La pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena.

Interdicto es, pues, aquella persona privada del ejercicio de derechos como consecuencia de una resolución judicial fundada que así lo disponga.

Son dos las especies de interdicción, según el profesor Ortiz-Urquidí: la interdicción en sentido lato y la interdicción en sentido estricto.

En sentido lato, todo incapaz es interdicto, es decir, no sólo los incapaces mayores de edad a que se refieren las fracción II, III y IV del ya transcrito artículo 450 del Código Civil, sino los meno-

res (fracción I del propio artículo). En sentido estricto, son interdictos sólo los incapaces mayores de edad mencionados en dichas tres últimas fracciones (II a la IV) del artículo 450. (21).

El Código Civil en sus artículos 635 al 640, refiere al estado de interdicción.

Según estos artículos, son nulos: 1.- Todos los actos de administración ejecutados y contratos celebrados por los incapacitados sin autorización del tutor, salvo lo dispuesto en la fracción IV del artículo 537, según la cual, la administración de los bienes que el pupilo haya adquirido con su trabajo, le corresponde a él y no al tutor (Artículo 635); 2.- Los actos de administración y los contratos celebrados por menores emancipados si son contrarios a las restricciones establecidas por el artículo 643 por la administración de sus bienes por el emancipado (Artículo 636).

Los menores de edad no pueden alegar nulidades cuando se trate de obligaciones contraídas sobre materias propias de la profesión o arte en que sean peritos, ni cuando hayan presentado certificados falsos del Registro Civil para hacerse pasar por mayores de edad o hayan manifestado dolosamente que lo eran (Artículos 639 y 640).

Las nulidades de referencia -salvo los casos citados- sólo pueden ser alegadas por los incapacitados o por sus legítimos representantes; pero no por las personas con quienes hayan contratado, ni por fidores que se hayan dado al constituirse la obligación, ni por los mancomunados en ellas (Artículo 637).

Finalmente, el artículo 638, establece que "la acción para pedir la nulidad prescribe en los términos en que lo hacen las accio-

nes personales o reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende." (22)

4. Representación.

De Pina, define la representación como la "institución en virtud de la cual una persona puede realizar un acto jurídico por otra, ocupando su lugar." (23)

Cuando a una persona se le otorga la representación de otra para llevar a cabo uno o varios actos jurídicos, el representante se convierte en órgano de expresión de la voluntad del otorgante y sus actos producen los mismos efectos que si hubieran sido realizados por éste. La representación, en la práctica, resulta una cooperación de una persona en la realización de actos jurídicos.

Los actos jurídicos, salvo aquellos a que la ley confiere carácter personalísimo, como por ejemplo el testamento, el sufragio electoral, etc., pueden realizarse por los propios interesados o por otra persona o personas en su nombre. (24)

La utilidad de la representación es indiscutible, y según el maestro Ortiz-Urquidí, esta utilidad es triple, ya que son tres los tipos de representación, a saber:

Mediante el contrato de mandato -representación voluntaria- se facilita, con la intervención del representante, la formación de relaciones jurídicas entre el representado (que necesariamente tiene que ser una persona capaz, pues de lo contrario no podrá otorgar el

mandato o poder) y otra u otras personas, salvando dificultades de tiempo, de distancia y hasta de falta de experiencia en el asunto materia del negocio para el que se otorga el mandato; con la representación de incapaces -patria potestad, tutela- se facilita el comercio jurídico entre éstos, por cuya razón se dice que tal representación es una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio; con la representación oficiosa -gestión de negocios- se cumple una función de solidaridad social y se realiza un oficio de humanidad, tan íntimamente ligado con nuestros sentimientos naturales, que casi de una manera irresistible propendemos a intervenir en las causas ajenas, cuando su dueño, ausente o impedido, no puede cuidarlas. (25)

Según lo establecido en el párrafo que anterior, son tres los tipos de representación: la voluntaria, la legal y la oficiosa.

Para otros autores, específicamente Pérez Fernández del Castillo, la representación se clasifica en directa o indirecta; y en voluntaria o legal.

Este autor señala que es directa cuando una persona actúa en nombre y por cuenta de otra, produciendo una relación directa e inmediata entre representado y tercero, como en los casos del poder y de la tutela.

Por otro lado, es indirecta, cuando una persona actúa en nombre propio y por cuenta de otra, adquiriendo para sí los derechos y obligaciones del representado frente al tercero, pero al final de cuentas los efectos jurídicos van a repercutir en el patrimonio de quien encomendó el negocio. De ahí que se considere representación

indirecta.

Será voluntaria cuando una persona por virtud de la autonomía de la voluntad, autorice a otra para actuar en su nombre y representación.

Por último, será legal, cuando una persona por ser incapaz o encontrarse ausente, es representada por otra de entre las señaladas por las disposiciones legales. Esta representación, en el caso de personas jurídicas, se denomina también necesaria, orgánica o estatutaria. (26)

Este último caso, el de la representación legal, es el único que tiene interés en el presente trabajo, pues el que ejerza la patria potestad o la tutela, siempre representará al incapaz por mandato de ley, siendo así, como lo mencionamos en párrafos precedentes, una institución auxiliar de la incapacidad de ejercicio.

En obvio de repeticiones, al hablar en el tercer capítulo de la representación de los que ejercen la patria potestad y la tutela, nos referiremos expresamente a las facultades y obligaciones de estas personas, por lo que ahí es en donde hablaremos propiamente de la representación en el caso que nos ocupa.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO I.

- (1) cfr. Trabucchi, Alberto. "Instituciones de Derecho Civil", Tomo I, Traducción de Martínez-Calcerrada, Luis, Madrid, Editorial Re vista de Derecho Privado, 1967, 2a. edición, p. 78.
- (2) cfr. De Pina, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Volūmen Primero, México, Ed. Porrúa, S.A., 1975, 7a. edición, p. 208.
- (3) cfr. De Pina, Rafael, "Diccionario de Derecho", México, Ed. Porrúa, S.A., 1981, 10a. edición, p. 377.
- (4) Código Civil para el Distrito Federal, Colección Porrúa, México, 52a. edición, Ed. Porrúa, S.A., 1983, p. 45.
- (5) De Pina, Rafael. "Diccionario de Derecho", op.cit. p. 255.
- (6) De Pina, Rafael. "Derecho Civil Mexicano" op.cit. p. 216.
- (7) cfr. Bejarano Sánchez, Manuel. "Obligaciones Civiles", México, - Ed. Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1980, 2a.- edición, p. 125.
- (8) Bonnecasse, citado por Ortiz-Urquidi, Raúl en "Derecho Civil", - México, Ed. Porrúa, S.A., 1982, 2a. edición, p. 297.
- (9) cfr. Rojina Villegas, Rafael. "Derecho Civil Mexicano", Tomo Pri mero, México, Ed. Porrúa, S.A., 1975, 2a. edición, p.p. 440-441.
- (10) idem. p. 442.
- (11) idem. p. 444.
- (12) Ortiz-Urquidi, Raúl, op.cit., p. 307.
- (13) Bonnecasse, citado por Ortiz-Urquidi, Raúl, op.cit., p. 297.

- (14) Trabucchi, Alberto, op.cit., p. 85.
- (15) De Pina, Rafael, "Diccionario de Derecho", op.cit., p. 240.
- (16) De Pina, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", op.cit., p. 399.
- (17) Demófilo de Buen, citado por De Pina, Rafael, idem., p. 399.
- (18) idem., p. 441.
- (19) Trabucchi, Alberto, op.cit., p. 89.
- (20) De Pina, Rafael, "Diccionario de Derecho", op.cit., p. 302.
- (21) Ortiz-Urquidi, Raúl, op.cit., p. 311.
- (22) De Pina, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", op.cit., p. 4-7 y 397.
- (23) De Pina, Rafael, "Diccionario de Derecho", op.cit. p. 423.
- (24) De Pina, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", op.cit. p. 272.
- (25) Ortiz-Urquidi, Raúl, op.cit., p.p. 255 y 256.
- (26) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, "Representación, Poder y Mandato", México, Ed. Porrúa, S.A., 1984, p.p. 18 y 19.

CAPITULO II

INSTITUCIONES JURIDICAS QUE PROTEGEN AL INCAPAZ.

1. La patria potestad: A. Concepto; B. Fundamento de la patria potestad; C. Caracteres de la patria potestad; D. Quiénes ejercen la patria potestad; E. Efectos de la patria potestad sobre las personas; F. - - Efectos sobre los bienes de los hijos; G.- Extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad; 2. La tutela: A. Concepto; B. Naturaleza de la tutela; C. Personas sujetas a tutela; D. Organos de la tutela; - E. Clases de tutela; F. Tutor, nombramiento y garantías que debe prestar; G. Publicidad e inspección de la tutela; H. Ejercicio de la tutela; I. Cuentas de la tutela; J. Extinción de la tutela y entrega de bienes al pupilo.

El reconocimiento de una incapacidad de ejercicio se hace en interés del sujeto, interés rigurosamente tutelado, resultando de ello la conexión estrecha que con la incapacidad tienen las institu-

ciones de protección de los incapaces. El menor y el sujeto a interdicción no pueden obrar por sí mismos, sino mediante un representante legal.

El menor y el interdicto son incapaces absolutos, en cuanto no pueden concluir válidamente ningún negocio jurídico (Salvo algunas excepciones relativas al menor que hubiere cumplido una determinada edad: contrato de trabajo, testamento, matrimonio, etc.). El negocio realizado será anulable. Algunos actos pueden ser realizados por el representante. Otros no admiten intervención de extraños: son los actos personalísimos.

Frente a estos incapaces, nos encontramos con unos órganos de potestad familiar o de tutela que tienen una doble finalidad: el de proteger a la persona e intereses del incapaz y el de representarlo en los actos jurídicos en los que intervienen.

El menor se haya sometido a la patria potestad o a la tutela; mientras tanto, el interdicto, siempre se encuentra sometido a tutela. (1)

1. Patria Potestad.

A. Concepto.

Planol define la patria potestad como el "conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales". (2)

Esta definición, aunque es correcta, en México resulta incompleta, pues como ya veremos, la patria potestad también la ejercen los ascendientes con un orden preferente determinado por la ley.

En nuestro Derecho se considera a la patria potestad como efecto de la filiación y por tanto se reconoce como una institución con finalidades de asistencia y protección a los menores no emancipados cuya filiación con la persona o personas que la ejercen ha sido establecida legalmente. El ejercicio de la misma corresponde, como más adelante veremos, a los progenitores o ascendientes, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación.

Comprende -la patria potestad-, un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes, que éstos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para el cuidado de éstos, y custodiar, criar, educar y dar profesión al menor.

El otorgamiento de estos derechos y facultades a los progenitores, les dan oportunidad de cumplir los deberes que tienen hacia sus hijos.

A la potestad que ejercen los padres sobre sus hijos menores no emancipados, se someten los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptados.

Más que corresponder una potestad, la patria potestad implica una tutela porque en la actualidad los padres no ejercen únicamente una autoridad sobre el menor, sino que también cumplen con cargas y obligaciones, además de que no nada más es el padre el que la ejerce (aunque la ley le concede preferencia) sino que deberá ejercitarse en comunión con la madre.

Como dijimos anteriormente, la patria potestad (en nuestro Derecho), surge de la relación filial, pues es intención de nuestro legislador, que el deber de protección y cuidado de los hijos, no sea consecuencia únicamente del vínculo matrimonial, sino que dependa de la procreación o de la adopción, que imponen la ineludible obligación de criarlos y educarlos convenientemente. (3)

B. Fundamento de la patria potestad.

Como vimos ya, la patria potestad comprende poderes personales y patrimoniales. Constituye un poder-deber, una función de interés público dada su enorme importancia para la sociedad y para las personas en particular; es, por ello, irrenunciable y no serán vinculantes los pactos que el padre estipulase para regular su ejercicio.

La substancia misma de la patria potestad, la relación paterno filial, se constituye por vínculos materiales y deberes éticos, que el derecho no hace sino reconocer en el mínimo que considera necesario. A eso se debe que como contrapartida a la obligación de los ascendientes de cuidar, educar y dirigir a los descendientes, nuestro Código Civil, en su artículo 411 dispone que los hijos cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. (4)

"La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentran como ocurre en otras figuras jurídicas, en una situación de oposición, y no corresponde el derecho a

una obligación en otra persona, sino que el poder, se ha conferido para el cumplimiento de un deber." (5)

Los derechos y poderes que la patria potestad atribuye, deben llevarse a cabo, siempre en interés del hijo.

C. Caracteres de la patria potestad.

La relación paterno filial y más exactamente la patria potestad, por su origen, su función y su naturaleza, tiene fundamentalmente tres caracteres que son: su irrenunciabilidad, su intransmisibilidad y su imprescriptibilidad por voluntad de quien la ejerce.

La irrenunciabilidad es el carácter que más fundamentación contiene. En efecto, nuestro Código Civil, en su artículo 60. establece: "La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero."

Siguiendo a Planiol, consideramos que la patria potestad no es un poder absoluto, sino que al lado de la familia, existe también la sociedad, quien tiene su parte de derechos e intereses por defender; debe proteger a los menores, y tiene interés en que no se comprometan ni su salud ni su moralidad. (6)

Artículo 448 del Código Civil:

"La patria potestad no es renunciable; pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, pueden excusarse:

I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos;

II.- Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño."

Aunada a las razones expuestas anteriormente, se encuentra el hecho de que el renunciar por parte del que la ejerce, a la patria potestad, conlleva el abandono del deber de guardia, educación, custodia y protección del menor y perjudica los derechos del hijo que se encuentra bajo ella. (7)

En cuanto a las facultades que la patria potestad otorga al que la ejerce, éstos deben considerarse personalísimos, inherentes a su persona, sin que nadie pueda encargarse más que ellos y de aquí deriva su carácter intransmisible. Este carácter, de forma excepcional, se transmite única y exclusivamente al adoptante y así lo establece el artículo 403 del Código Civil, que dice: "Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges."

Pero esta adopción debe ser aprobada por el juez como medida protectora del menor, y no por la simple voluntad de los particulares.

Cuando veamos en el último punto de este apartado de la extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad, veremos más claramente la imprescriptibilidad de ésta; por lo pronto, nos bastará indicar que los derechos y deberes derivados de la misma, no se extinguen por el simple transcurso del tiempo.

D. Quiénes ejercen la patria potestad.

Dentro de la relaciones jurídicas que conforman la patria potestad, existe una situación de autoridad de los que la ejercen y de una correlativa subordinación de los sometidos a ella.

Desprendiéndose del transcrito artículo 411 del Código Civil, concluimos que el estado de sumisión en el que se encuentran los menores de edad con respecto a sus progenitores, comprende el deber de respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber de convivencia. Estos deberes son el fundamento ético de las relaciones paterno filiales, de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia.

Mientras el hijo se encuentre bajo la patria potestad, no podrá abandonar la casa de quienes la ejercen sin su autorización o de la autoridad competente.

En el caso de los hijos de matrimonio, según lo expresa el Código Civil, la patria potestad se ejerce:

I.- Por el padre y la madre;

II.- Por el abuelo y abuela paternos;

III.- Por el abuelo y abuela maternos. (Artículo 414)

Si existe alguna falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden que para tal caso establece la ley. Cuando únicamente falte alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese

derecho (Artículo 420 del Código Civil).

Para el caso de que no sobrevivan o estēn imposibilitados o se nieguen justificadamente a ejercer la patria potestad los que tienen obligación de ejercerla, ésta se acaba y estaremos en presencia de la tutela, la cual estudiaremos en páginas más adelante.

La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejerce únicamente la persona o personas que lo adopten, como consecuencia natural de la adopción. (8)

Por lo que toca a los hijos nacidos fuera de matrimonio, cuando los dos progenitores lo hayan reconocido y vivan juntos, los dos ejercerán la patria potestad (Artículo 415).

Si reconocieron al hijo en el mismo acto, pero no viven juntos, convendrán cual de los dos ejercerá su custodia y si no se ponen de acuerdo, decidirá el juez de lo familiar competente.

Si viviendo los padres separados el reconocimiento se efectúa sucesivamente, ejercerá la patria potestad el primero que hubiere reconocido, salvo que entre ellos acuerden otra cosa y siempre y cuando el juez de lo familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, oyendo a los interesados y al Ministerio Público.

En estos dos casos, cuando por cualquier motivo deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.

Cuando los padres del hijo fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que de-

signe el juez. Cuando falten los padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido, los ascendientes indicados para el caso de los hijos de matrimonio.

E. Efectos de la patria potestad sobre las personas.

Los efectos de la patria potestad con relación a las personas se refieren a los que la ejercen y a los sometidos a ella.

I.- Por lo que toca a los sometidos a la patria potestad, el Código Civil comprende en su artículo 411, la inclusión de un deber moral que no resulta en manera alguna superfluo, pues es en esta rama del Derecho donde las normas jurídicas y las morales van invariablemente unidas buscando los mismos resultados.

Todas las normas de nuestro Código Civil que regulan la patria potestad, reconocen de alguna manera que el poder paterno es intrínseco en la relación filial, es decir, está fundado en la naturaleza, que da a los padres el deseo innato de procurar en sus hijos la felicidad, defenderlos de todos los peligros y enseñarles todas las virtudes que pueden conducirlos al bienestar privado y al respeto público. Esta enseñanza requiere por parte del hijo, obediencia, y por parte del padre, autoridad para hacer cumplir sus mandatos.

La reglamentación de estos deberes-poderes, es el reconocimiento en la patria potestad de un elemento de orden en la familia, que a su vez sirve de garantía en la Sociedad. (9)

El mencionado artículo 411, preceptúa un deber ético al decir que los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, de-

ben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Este deber no se extingue por la emancipación y es, por tanto, una consecuencia, más que de la patria potestad, de la relación, en sentido amplio, paterno filial.

Por otro lado, el artículo 421 del Código Civil, dispone la obligación y el derecho del menor no emancipado, de no poder abandonar la casa de los que sobre él ejercen la patria potestad sin su permiso o decreto de la autoridad competente. Esta exigencia hacia el menor es la contrapartida al deber del cuidado y educación que los padres o ascendientes tienen para con él.

Del mismo modo, el hecho de que se repute domicilio legal del menor de edad no emancipado, el de la persona a cuya patria potestad esté sujeto (Art. 32, fracción I), es efecto lógico del deber del menor de convivir con quienes ejercen esa función.

El que está sujeto a la patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que o de los que ejercen aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez. (Artículo 424 del Código Civil).

Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones del Código. (Artículo 425 del Código Civil).

La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el conocimiento expreso de su consorte, y con la autoridad judicial cuando la ley lo requiera expresamente.

(Artículo 427 del Código Civil).

Dada la inexperiencia de quienes se encuentran sometidos a los efectos de esta institución, estos preceptos y todos los mencionados en este apartado, pretenden evitar los daños que la misma causaría y por eso son normas que contienen un carácter tuitivo con respecto al menor.

La representación legal del menor no emancipado, como establece el transcrito artículo 425 corresponde a los descendientes que ejercen la patria potestad y es consecuencia de que a ellos se ha encargado la custodia de la persona y bienes del menor; porque parece evidente que quien se encarga de tal función y ha asumido esa obligación y responsabilidad, tenga a su cargo su representación, supliendo de alguna forma su incapacidad en la celebración de toda clase de negocios jurídicos que el hijo no puede llevar a cabo.

(10)

Para el caso de que los que ejercen la patria potestad tengan un interés opuesto al de los sometidos a ella, éstos serán representados por un tutor nombrado por el juez para cada caso (tutor interino).

II.- Respecto a las personas que la ejercen, los efectos de la patria potestad, pueden reducirse a dos: la guarda y la educación de los menores. Implicándose todos los que al respecto sean conducentes, así el cuidado, atención, alimentación, corrección, dirección, etc. (11)

Para llevar a cabo la labor formativa y protectora del hijo, la patria potestad produce los siguientes efectos:

i) Suministrar alimentos a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna.

Es incuestionable el deber de los que ejercen la patria potestad, por razón de la filiación y del parentesco ascendente que los liga con los sujetos a ella, el de suministrar alimentos en los términos del artículo 303 del Código Civil que dice que los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos, y a falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado. Estos alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en caso de enfermedad, y con respecto a los menores, comprenden también los gastos necesarios para la educación primaria y para proporcionarle algún oficio o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales. (Artículo 308 del Código Civil)

Como apunta el maestro Galindo Garfias, esta obligación tiene como fuente el parentesco y no tanto la patria potestad. "La obligación de los padres de dar alimento a sus hijos y el deber de éstos últimos de proporcionarlos a sus padres, es una parte integrante del deber de criar al hijo menor, mientras permanece en la patria potestad; pero la obligación alimenticia subsiste, aunque se acabe la patria potestad, cualesquiera que sea la edad del hijo, sin otro límite que la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos." (12)

Sin embargo, esta obligación de proporcionar alimentos se acentúa en el caso de que se hallen sometidos a la patria potestad. (13)

ii) Educarlos convenientemente. Con el propósito de lograr el cumplimiento del deber de educación y como facultad correlativa, los que ejercen la patria potestad pueden castigar y corregir a los hijos. Esta facultad debe ejercerse mesuradamente, es decir, los castigos excesivos dejan de ser ejercicio de esta facultad e inclusive pueden llegar a constituir delito y así, el Código Penal para el Distrito Federal, dispone que las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela, y en ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si fueren de las comprendidas en la primera parte del artículo 289 (que no pongan en peligro la vida y tarden en sanar menos de quince días), y, además el autor no abusare en su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia. En cualquier otro caso, se impondrá al delincuente la sanción que corresponda con arreglo a las prevenciones establecidas en el propio Código y quedará, además, privado de la potestad en virtud de la cual tenga el derecho de corrección. (Artículos 294 y 295)

Para el caso de educar, los ascendientes, según lo establecido en el artículo 423 del Código Civil, señala que las autoridades, en caso de requerirse, auxiliarán en la facultad de corrección, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente.

"De la obligación de vigilancia y corrección del hijo, se desprende la responsabilidad en que incurren las personas que ejercen sobre él la patria potestad, por los daños y perjuicios causados por los menores que están bajo su poder y que habitan con ellos; si esos daños se han causado por falta de adecuada vigilancia de quienes

ejercen la patria potestad sobre la persona del hijo que se encuentra bajo su custodia, aún cuando el hecho dañoso haya ocurrido fuera de su presencia." (14)

Produce también el efecto de que los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los menores no emancipados, como lo vimos ya más bien de forma enunciativa y que al hablar en el siguiente capítulo de la representación del menor agotaremos exhaustivamente.

F. Efectos sobre los bienes de los hijos.

Derivan de la patria potestad consecuencias variadísimas de carácter patrimonial que van desde la administración y usufructo de los bienes, pasando por las garantías en favor de los bienes del sujeto a la patria potestad hasta el caso de la intervención judicial en actos específicos.

Todos estos puntos que para muchos casos de tutela son similares, requieren un apartado especialísimo en este trabajo y que por razón de didáctica e importancia estudiaremos en el siguiente capítulo al hablar de la capacidad del menor, su representación, los poderes patrimoniales de los que ejercen la patria potestad y la tutela y del sistema de protección legal a los bienes de los mencionados menores.

G. Extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad.

Debemos distinguir entre los modos de acabarse, de perderse y de suspenderse la patria potestad.

La patria potestad ofrece, como indicamos cuando hablamos del carácter de la misma, un aspecto de interés público, por tanto, no es renunciable, pudiendo, solamente, ser objeto de excusa por aquellos a quienes corresponde ejercerla; pero la excusa no es admisible sino en los casos que determina el artículo 448 del Código Civil.

Como expone el maestro De Pina, la patria potestad se acaba o extingue cuando, sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir. (15)

Hay autores que expresan que los modos de acabarse la patria potestad pueden clasificarse dependiendo de si ésta se termina por sí misma o en relación a las personas que la ejerzan. Según esta clasificación serán absolutos y relativos; absolutos, son propiamente la extinción y relativos, sería la pérdida.

En efecto, la patria potestad se acaba, según lo preceptuado por el artículo 443 del Código Civil:

"I.- Con la muerte de quien la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;

II.- Con la emancipación derivada del matrimonio;

III.- Por la mayor edad del hijo."

Mientras el descendiente es menor de edad, los padres y a falta de éstos, los ascendientes, tienen el deber legal de asumir el cuidado y protección de aquél.

La patria potestad se pierde:

"I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;

II.- En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283 (el juez gozará de las más amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación, según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos);

III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal;

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o por que los dejen abandonados por más de seis meses."(Artículo 444 del Código Civil).

En los supuestos señalados en el artículo 444, la patria potestad no se extingue, sino que su ejercicio recae entonces en el otro progenitor o ascendiente, en su caso.

La patria potestad se suspende cuando por razón de una incapacidad, no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, por haber sido éste sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión.

Artículo 447 del Código Civil.- "La patria potestad se suspende:

I.- Por incapacidad declarada judicialmente;

II.- Por ausencia declarada en forma;

III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta

suspensión."

La patria potestad, por su naturaleza y fundamento, es un cargo personalísimo que no puede ser ejercido por medio de representante y por eso debe entenderse en suspenso, respecto de quien la ejerce, cuando ha desaparecido, sin que se tenga noticia de su paradero, aún cuando haya dejado persona que lo represente.

Otro caso de suspensión lo encontramos, aunque de manera específica, en el artículo 440 que dice: "En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso"; en este caso, la patria potestad queda suspendida únicamente respecto de ese negocio o de actos o hechos que tengan relación con él.

2. La Tutela.

A. Concepto.

Cuando por cualquier causa, un menor no tuviera persona que ejerciese sobre él la patria potestad, así como en todos los casos del interdictado, se acude a la tutela.

Planiol la define como "la función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en el cuidado de la persona de un incapaz y en administrar sus bienes." (16)

Si bien algunos autores la consideran de interés público, algunos otros la consideran como un cargo privado por constituir más

que una función y una carga, un ministerio privado. (17)

Siguiendo a Galindo Garfias, la consideramos de interés público, pues al igual que la patria potestad, es una institución que provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficiente para gobernar su persona y derecho por sí mismos, es decir, para regir su actividad jurídica.

Es, la tutela, un cargo que la ley impone a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. (18)

Según el artículo 449 del Código Civil, la tutela "tiene como objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad tienen incapacidad natural o legal o solamente la segunda para gobernarse por sí mismos." La tutela puede tener también por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley.

Es "una manera de dar protección social a los débiles, y un medio de defensa de los menores y de los demás individuos incapaces, no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o son maltratados. La razón fundamental de la tutela es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad o imperfección del ser humano." (19)

Hemos dicho ya, que se trata de una institución protectora. En efecto, por medio de ella, se organiza la ley para cuidar de la persona o patrimonio de un tercero. En la tutela es necesario que se discierna el cargo por el que se crean relaciones entre el tutor y el incapacitado. Es una institución subsidiaria de la patria potes-

tad. No hay lugar a la tutela, mientras exista quien ejerza la patria potestad.

La tutela, a diferencia de la patria potestad, es un poder protectivo no constituido directamente por la naturaleza, sino organizado por la ley para suplir el defecto de capacidad, ya sea en los menores a quienes falta la protección natural de la patria potestad, o en los incapacitados todos en general.

B. Naturaleza de la Tutela.

La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima, según establece el artículo 452 del Código Civil.

Estas causas legítimas de excusa las establece el artículo 511 cuando dice: "Pueden excusarse de ser tutores:

- I.- Los empleados y funcionarios públicos;
- II.- Los militares en servicio activo;
- III.- Los que tengan bajo su patria potestad tres o más descendientes;
- IV.- Los que fueren tan pobres, que no pueden atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia;
- V.- Los que por el mal estado habitual de su salud, o por su rudeza e ignorancia, no puedan atender debidamente a la tutela;
- VI.- Los que tengan sesenta años cumplidos;
- VII.- Los que tengan a su cargo otra tutela o curaduría;
- IX.- Los que por su inexperiencia en los negocios o por causa

grave, a juicio del Juez, no estén en aptitud de desempeñar convenientemente la tutela."

Dada la naturaleza y fines de la tutela, que son el cuidado y la defensa de la persona y de los bienes del incapaz, la ley prohíbe su ejercicio a las personas que por diversas causas, no deben ejercerla. Los artículos 503, 505 y 506 del Código Civil, señalan entre otras causas, de quienes no pueden ejercerla, las que a continuación transcribiremos:

Los menores de edad; los mayores de edad que se encuentren bajo tutela; los que hayan sido removidos de otra tutela por haberse conducido mal, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del incapacitado; los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados a la privación de este cargo o a la inhabilitación para obtenerlo; el que haya sido condenado por robo, abuso de confianza, estafa, fraude o por delitos contra la honestidad; los que no tengan oficio o modo de vivir conocido o sean notoriamente de mala conducta; los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el incapacitado; los deudores del incapacitado en cantidad considerable, a juicio del juez, a menos que el que nombre tutor testamentario lo haya hecho con conocimiento de la deuda; los jueces, magistrados y demás funcionarios o empleados de la administración de justicia; en el caso de tutela o curatela de dementes, los que hayan sido causa de dicha demencia, directa o indirectamente.

En el caso de las personas que según el artículo 511 pueden excusarse y lo hacen, pero su excusa es desechada o sin excusa no

ejercen la tutela, perderán el derecho que tengan para heredar del incapaz que muera intestado y serán responsables de los daños y perjuicios que le sobrevengan por su renuncia; también se harán acreedores de la misma pena, a quienes correspondiéndoles la tutela legítima y habiendo sido citados por el juez, no se presentaren, manifestando su parentesco con el incapaz (Artículo 517).

De la anteriormente estudiada naturaleza de la tutela, encontramos las siguientes consecuencias:

i) La tutela es una institución jurídica de protección o defensa de la persona y patrimonio de un tercero, que se diferencia de la patria potestad por su complejidad normativa dada la necesidad del discernimiento del cargo, ya que se crean relaciones jurídicas entre el tutor y el incapaz.

ii) La tutela es una institución subsidiaria, por lo que la protección y el cuidado de la persona y el patrimonio debe versar sobre un incapaz que no se encuentre sometido a la patria potestad y tratándose de mayores de edad incapaces, que esta incapacidad sea declarada judicialmente.

C. Personas sujetas a Tutela.

Ya apuntamos que el objeto de la tutela es el cuidado y protección de la persona y bienes de los que no estando sometidos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos.

Se encuentran sujetos a tutela, por tener incapacidad natural

y legal, las personas que indica el artículo 450 del Código Civil: Los menores de edad; los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no saben leer ni escribir; y los ebrios consuetudinarios o los que hacen habitualmente uso inmoderado de drogas enervantes.

Requieren también tutor, los menores de edad emancipados, respecto de los actos para los cuales conserven incapacidad legal, por la emancipación, que ya sabemos, es un estado intermedio entre la incapacidad y la capacidad.

Además, debe nombrarse tutor, también en forma interina, en los casos que la ley establece; por ejemplo, cuando exista oposición de intereses entre los que ejercen la patria potestad y el menor.

Según lo ya visto, estarán sujetas a la tutela las personas mencionadas, siempre que sobre ellas no haya quien ejerza la patria potestad o que ésta se hubiere extinguido, o que quien deba ejercerla se encuentre impedida para desempeñar esa función.

Por tanto, habrá lugar a la designación de tutor, cuando se trate de menores de edad no sujetos a la patria potestad o de mayores de edad en estado de interdicción declarado judicialmente.

D. Organos de la Tutela.

"La tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas, en los términos establecidos en el Código Civil." (Artículo 454)

Ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor o de un curador defintivos.

Establece el Código Civil en su artículo 457, que cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces sujetos a la misma tutela, fueren opuestos, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defenderá los intereses de los incapacitados que él mismo designe, mientras se decide la controversia.

"Todos los individuos sujetos a tutela, ya sea testamentaria, legítima o dativa, además del tutor, tendrán un curador, salvo en los casos de expósitos o huérfanos menores acogidos." (Artículo 618 del Código Civil)

Habrá lugar también a la designación de curador, interínamente, en caso de oposición de intereses, entre los diversos pupillos, y en los casos de impedimento, separación o excusa del curador definitivo que se hubiere nombrado.

El curador será siempre nombrado por el juez, salvo el nombramiento que puede hacer el mismo menor, si ha cumplido dieciséis años o el menor de edad emancipado.

Las obligaciones del curador se especifican en el artículo 626 del Código Civil: Defender los derechos del incapacitado en juicio o fuera de él, exclusivamente en el caso de que estén en oposición con los del tutor; vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado; dar aviso al juez para que se haga el nombramiento de tutor, cuando éste faltare o abandonare la tutela.

Los que tienen derecho a nombrar tutor, lo tienen también de nombrar curador.

Por otro lado, el Consejo Local de Tutelas a que se refiere el artículo 454, es un órgano de vigilancia y de información. En cada delegación o municipio, habrá uno, compuesto de un presidente y dos vocales que durarán un año en el desempeño de su ejercicio; serán nombrados por el Jefe del Departamento del Distrito Federal o por quien autorice al efecto o por los Delegados o Presidentes Municipales, según sea el caso, haciendo lo posible por que los nombramientos sean hechos en favor de personas de buenas costumbres que tengan interés en proteger a la infancia desvalida. Las dichas obligaciones del Consejo Local de Tutelas son, entre otras, las siguientes: Formar y remitir a los Jueces de lo Familiar una lista de las personas de la localidad que, por su aptitud legal y moral, puedan desempeñar la tutela, para que de entre ellas se nombren los tutores y curadores, en los casos que estos nombramientos correspondan al juez; velar porque los tutores cumplan sus deberes; investigar que incapacitados carecen de tutor; vigilar el registro de tutela a efecto de que se lleve en debida forma, etcétera.

Los Jueces de lo Familiar son las autoridades que se encargan de intervenir en todas las cuestiones relativas a los asuntos que afecten a la familia y por tanto, a la tutela. Realizan una supervigilancia sobre el cúmulo de actos ejecutados por el tutor; además tienen la facultad de deferir la tutela especial de los tutores para comparecer en juicio. (20)

E. Clases de Tutela.

La generalidad de los juristas señalan tres clases de tutela, la testamentaria, la legítima y la dativa, aunque hay algunos que señalan una cuarta, la tutela asistencial.

I.- Testamentaria.- Es la instituída en el acto del testamento por las personas a quienes la ley otorga el derecho correspondiente para que funcione respecto de los incapacitados que la misma ley indica, con exclusión de cualquier otra persona.

Hay tutores testamentarios especiales, que son nombrados por cualquier persona que dejándole bienes a un menor, puede nombrarle tutor sobre los bienes que le deje, para que éste los cuide; como vemos, éste es un caso de excepción al principio de que un incapaz no puede estar sujeto al mismo tiempo a tutela y a patria potestad.

Pueden nombrar tutor por testamento, según los artículos 470, 473 y 475, para los casos que los mismos señalan, las siguientes personas:

i) El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada caso deben ejercer la patria potestad, tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo.

ii) El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes, ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad, ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor solamente para la administración de los bienes que le deje.

iii) El padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a inter-

dicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela.

Para el caso de que se nombren varios tutores, desempeñará el cargo el primer nombrado, a quien substituirán los demás por el orden de su designación, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción, salvo cuando el testador haya establecido el orden en que deben sucederse en el desempeño de la tutela.

II.- Legítima.- Es la tutela deferida por la ley. Tiene lugar por disposición de la ley a cargo de quienes la misma ley (Artículo 483 del Código Civil) señala, a falta de quien ejerza la patria potestad y de tutela testamentaria; o cuando deba nombrarse tutor por causa de divorcio.

En principio, la tutela legítima, según el artículo 483 del Código Civil, corresponde:

i) A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;

ii) Por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro del cuarto grado inclusive.

Cuando sean varios los parientes con el mismo grado, el juez designará al que le parezca más apto para el ejercicio salvo que el menor haya cumplido dieciséis años, caso en el cual, él hará la elección.

Si la tutela se trata de dementes, idiotas, imbéciles, sordomudos, ebrios consuetudinarios y de los que hacen habitualmente uso inmoderado de drogas enervantes, la ley en diversos preceptos, dis-

pone que se ejercerá de la siguiente manera: el marido es el tutor legítimo y forzoso de su mujer, y ésta de su marido; los hijos mayores de edad lo son de su padre o madre viudos; los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quién de los dos ejercerá el cargo.

En defecto de los anteriores, los abuelos, los hermanos y los demás colaterales, hasta el cuarto grado.

III.- Dativa.- Tiene lugar cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien corresponda desempeñar la tutela legítima o cuando el tutor testamentario está impedido de ejercerla temporalmente y no existen parientes colaterales dentro del cuarto grado (Artículo 495 del Código Civil).

Será siempre dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado.

Esta tutela dativa es subsidiaria de la testamentaria y de la legítima; el tutor dativo es designado por el menor si ha cumplido dieciséis años, debiéndose confirmar esta designación por el juez de lo familiar; puede recaer en cualquier persona en el caso mencionado, y sólo en alguna persona específica de las que figuren en la lista formada cada año por el Consejo de Tutelas.

IV.- Asistencial.- Algunos autores la consideran dentro de la dativa, pero hay otros que la llaman así porque se refiere en favor de los directores de instituciones de beneficencia que reciben expósitos.

Artículo 493.- "Los directores de las inclusas, hospicios y

demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñarán la tutela de éstos, con arreglo a las leyes y al o que prevengan los estatutos del establecimiento."

Artículo 501.- En el caso del artículo anterior (tutela dativa sobre incapaces que no tienen bienes), tiene obligación de desempeñar la tutela mientras duran en los cargos que a continuación se enumeran:

- i) El presidente municipal del domicilio del menor;
- ii) Los demás regidores del ayuntamiento;
- iii) Las personas que desempeñen la autoridad administrativa en los lugares en donde no hubiere ayuntamiento;
- iv) Los profesores auxiliares de instrucción primaria, secundaria o profesional, del lugar donde vive el menor;
- v) Los miembros de las juntas de beneficencia pública o privada que disfruten sueldo del erario;
- vi) Los directores de establecimientos de beneficencia pública.

F. Tutor, nombramiento y garantías que debe prestar.

El tutor es la persona que cumple de manera directa y personal los objetivos de la tutela; es, por tanto, el ejecutor de la tutela.

Los tutores no pueden ser removidos sin que hayan sido oídos y vencidos en juicio; y tendrá derecho a una retribución sobre los bienes del incapacitado, que podrá fijar el ascendiente o extraño

que conforme a derecho lo nombre en su testamento, mientras que para los tutores legítimos y dativos, dicha retribución la fijará el juez, pero en todos los casos la retribución no podrá ser menor del cinco por ciento ni más del diez por ciento de las rentas líquidas de los bienes, aunque por méritos y a juicio del juez se le podrá aumentar hasta un veinte por ciento (Artículos 585, 586 y 587 del -- Código Civil).

El nombramiento de tutor es la designación que se hace en favor de una persona para ejercer la tutela.

El nombramiento de tutor no podrá ser deferido por el juez, sino hasta que el designado aceptó el cargo o bien se desechó la excusa que hizo valer o bien no hizo valer ninguna.

El hecho de deferir la tutela no es sino la confirmación por parte del juez del nombramiento de tutor, por que no existe causa alguna que impida desempeñar dicho cargo.

Previo el discernimiento del cargo, el tutor no podrá, según determina el artículo 519 del Código Civil, realizar ningún acto inherente a su cargo sin antes prestar la caución necesaria para garantizar su manejo, caución que consistirá en hipoteca, prenda o fianza.

Una vez prestada la caución, el juez discernirá el cargo. El discernimiento es el acto judicial en virtud del cual, el juez, una vez que comprobó que la caución prestada y los intereses del tutor son acordes con las necesidades del pupilo, lo inviste de las facultades necesarias de representación y gestión, a efecto de poder llevar a cabo el ejercicio de su cargo.

Estarán exentos de prestar las garantías a que se refiere el artículo 519, los tutores testamentarios, si el testador los relevó de dicha obligación a menos de que el juez lo considere necesario; los tutores que no administren bienes; en el caso de tutela legítima del padre, la madre y los abuelos del incapacitado, salvo que el juez con audiencia del curador y del Consejo Local de Tutelas, lo crea conveniente; y los que acojan a un expósito por más de diez años, a no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él (Artículos 520, 521 y 523 del Código Civil).

La fianza a que se refiere la fracción II del artículo 519, sólo podrá ser otorgada por el tutor que no tenga bienes en que constituir hipoteca o prenda (Artículo 526 del Código Civil).

Artículo 528.- " La hipoteca o prenda, y en su caso la fianza, se darán:

I.- Por el importe de las rentas de los bienes raíces en los dos últimos años, y por los réditos de los capitales impuestos durante ese mismo tiempo;

II.- Por el valor de los bienes muebles;

III.- Por el de los productos de las fincas rústicas en dos años, calculados por peritos, o por el término medio en un quinquenio, a elección del juez;

IV.- En las negociaciones mercantiles e industriales, por el veinte por ciento del importe de las mercancías y demás efectos muebles, calculado por los libros si están llevados en debida forma o a juicio de peritos."

Artículo 529.- "Si los bienes del incapacitado, enumerados en

el artículo que precede, aumentan o disminuyen durante la tutela, podrá aumentarse o disminuirse proporcionalmente la hipoteca, prenda o la fianza, a pedimento del tutor, del curador, del Ministerio Público o del Consejo Local de Tutelas.

El juez será responsable subsidiariamente con el tutor, de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela."

Si el tutor no otorga la garantía dentro de los tres meses a partir de su aceptación, según los artículos 531 y 532, se procederá a nombrar un nuevo tutor y entre tanto se designará uno interino que recibirá los bienes por inventario y no podrá ejecutar otros actos más que los indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los productos.

G. Publicidad e inspección de la Tutela.

En los juzgados de lo familiar, bajo el cuidado y responsabilidad del juez y a disposición del Consejo de Tutelas, habrá un registro en que se inscribirá testimonio simple de todos los discernimientos que se hicieren de los cargos de tutor y curador (Artículo 909 del Código de Procedimientos Civiles).

"La inscripción en dicho registro responde a una doble finalidad; la primera, facilitar la publicidad de la tutela y de la curatela, en consideración a los efectos importantísimos que de tales estados se derivan y, segunda, dotar al juez de lo familiar, al Consejo de Tutelas y al Ministerio Público, de un medio de control y

vigilancia de los actos realizados por el tutor y curador..." (21)

Dentro de los ocho primeros días de cada año, en audiencia pública con citación del Consejo de Tutelas y del Ministerio Público, se procederá a examinar dicho registro.

H. Ejercicio de la Tutela.

Al igual que lo hicimos al hablar de la patria potestad, en la tutela podemos dividir los deberes y facultades del tutor en cuanto a la persona del pupilo, en cuanto a su representación y en cuanto a su patrimonio.

En cuanto a los deberes y facultades del tutor en lo relativo a la persona del pupilo, aquél tendrá los necesarios para la guarda, cuidado y educación de éste, deberes que enumera el artículo 537: Alimentar y educar al incapacitado; destinar de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es un ebrio consuetudinario o abusa habitualmente de las drogas enervantes.

Artículo 538 del Código Civil.- "Los gastos de alimentación y educación del menor deben regularse de manera que nada necesario le falte, según su posición y posibilidad económica."

Para el caso de los menores sujetos a tutela, los alimentos comprenden al igual que en la patria potestad, el vestido, asistencia en casos de enfermedad, los gastos necesarios para la educación primaria, para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Si los pupilos fuesen indigentes o careciesen de suficientes medios para los gastos que demanden su alimentación y educación, el tutor exigirá judicialmente la prestación de esos gastos a los parientes que tienen la obligación legal de alimentar a los incapacitados. Las expensas que esto origine, serán cubiertas por el deudor alimentario. Cuando el mismo deudor sea el obligado a dar alimentos por razón de su parentesco con el pupilo, el curador ejercerá la acción a que este artículo se refiere (Artículo 543 del Código Civil).

Existen muchos más deberes y facultades para el tutor por lo que se refiere a la tutela para interdictos, pero por tratarse específicamente este trabajo del desempeño de la tutela en cuanto a los menores de edad, no consideramos necesario mencionarlos, pues dichos preceptos no influyen en manera alguna en este tema.

"El tutor deberá cumplir con sus obligaciones con estricta sujeción a las reglas, limitaciones y condiciones impuestas por el testador para la administración de la tutela, que no sean contrarias a las leyes, a no ser que el juez, oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas a los menores, en cuyo caso podrá dispensarlas o modificarlas." (Artículo 479 del Código Civil)

Por lo que concierne a la representación del pupilo, el mismo artículo 537 dispone que "el tutor está obligado a representar al incapacitado en juicio y fuera de él, en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, del reconocimiento de hijos, del testamento y de otras estrictamente personales."

Por otro lado, los cargos de tutor y curador son indelegables,

puesto que en su designación, se atiende a sus cualidades personales para garantizar la consecución del fin que con ella se propone la tutela, o sea, que se realice por personas idóneas.

Por cuanto a los deberes y facultades con respecto al patrimonio se refiere, al igual que lo hicimos cundo tratamos la patria potestad, en este capítulo no los estudiaremos, pues dejaremos su análisis para más adelante.

I. Cuentas de la Tutela.

Cuando el tutor administra bienes del menor, debe dar, con documentos, los estados de ingresos y egresos, el movimiento de capitales, las rentas y valores, deudas y créditos, que por virtud de su gestión y del patrimonio que administra, se producen. De esta manera rinde cuentas y se obtiene el resultado de su administración.

El tutor debe comprobar además, que los gastos y desembolsos han sido útiles al pupilo, es decir, no basta con justificarlos sino debe comprobar su utilidad.

Son dos los tipos de cuentas que debe reunir el tutor, y la doctrina los ha clasificado en anuales u ordinarias y extraordinarias o especiales.

Anuales u ordinarias.- El tutor está obligado a rendir al juez cuenta detallada de su administración, en el mes de enero de cada año, sea cual fuere la fecha en que se le hubiere discernido el cargo. La falta de presentación de la cuenta en los tres meses siguientes al de enero, motivará la remoción del tutor.

Extraordinarias o especiales.- La cuenta de administración comprenderá no sólo las cantidades en numerario que hubiere recibido el tutor por el producto de los bienes y la aplicación que les haya dado, sino en general todas las operaciones que se hubieren practicado, e irá acompañada de los documentos justificativos y de un balance del estado de los bienes.

La obligación de dar cuenta pasa a los herederos del tutor; y si alguno de ellos sigue administrando los bienes de la tutela, su responsabilidad será la misma que la de aquel.

"La obligación de dar cuenta no puede ser dispensada en contrato o última voluntad, ni aún por el mismo menor; y si esa dispensa se pusiera como condición, en cualquier acto se tendrá por no puesta." (Artículo 600 del Código Civil)

La garantía dada por el tutor no se cancelará sino cuando las cuentas hayan sido aprobadas y la obligación de rendirlas pasa a sus herederos.

Los gastos hechos debida y legalmente aunque de ellos no haya resultado utilidad al menor, y los daños que haya sufrido por el desempeño de la tutela, si esto ha sido sin culpa o negligencia del tutor, no se abonarán a éste, siempre que excedan de la mitad de la renta anual de los bienes del incapacitado, a menos que hayan sido autorizados por el Juez Pupilar, con audiencia del Curador (artículo 597, 598 y 599 del Código Civil).

J. Extinción de la Tutela y entrega de bienes al pupilo.

Las causas de cesación de la tutela son de dos especies; la primera afecta la condición personal del incapaz, mientras que la segunda se refiere a la extinción de las funciones del tutor.

En el primer caso se extingue por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad, y en el segundo porque el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad por reconocimiento o adopción.

"El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y todos los documentos que le pertenezcan conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada." (Artículo 607 del Código Civil)

Esta obligación no se suspende por estar pendiente la rendición de cuentas y dicha entrega debe realizarse.

El tutor que entre al cargo sucediendo a otro, está obligado a exigir la entrega de bienes y cuentas al que le ha precedido. Si no la exige, es responsable de todos los daños y perjuicios que por su omisión se siguieren al incapacitado.

Todas las acciones por hechos relativos a la administración de la tutela, que el incapacitado pueda ejercitar contra su tutor, o contra los fiadores y los garantes de éste, quedan extinguidas por el lapso de cuatro años, contados desde el día en que se cumpla la mayor edad, o desde el momento en que se hayan recibido los bienes y la cuenta de tutela, o desde que haya cesado la incapacidad en los demás casos previstos por la ley.

Si la tutela hubiera fenecido durante la minoridad, el menor

podrá ejercitar las acciones correspondientes contra el primer tutor y los que le hubieren sucedido en el cargo, computándose entonces los términos desde el día en que llegue a la mayor edad. Tratándose de los demás incapacitados, los términos se computarán desde que cese la incapacidad.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO II.

- (1) Trabucchi, Alberto, op. cit., p. 95-96.
- (2) Planiol, Marcel, "Tratado Elemental de Derecho Civil", México, - Ed. Cajica, Traducción de José M. Cajica Jr., 1946, 12a. edición p.251.
- (3) cfr. Galindo Garfias, Ignacio, "Derecho Civil", México, Ed. Porrúa, S.A., 1980, 4a. edición, p. 667-668.
- (4) Flores Barrueto, "Primer Curso de Derecho Civil", México, edición mimeografiada, 1972, p. 168.
- (5) Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., p. 673.
- (6) Planiol, Marcel, op. cit., p. 291.
- (7) Galindo Garfias, Ignacio, op. cit., p. 675.
- (8) De Pina, Rafael, "Elementos de Derecho Civil", op. cit., p. 376.
- (9) Magallón Martínez, Enrique, "La Patria Potestad", Tesis Profesional, U.N.A.M., México, 1984, p. 123.
- (10) Galindo Garfias, Ignacio, op.cit., p. 681.
- (11) Flores Barrueto, op.cit., p. 169.
- (12) Galindo Garfias, Ignacio, op.cit., p. 680.

- (13) De Pina Rafael, "Elementos de Derecho Civil", op.cit., p. 378.
- (14) Galindo Garfias, Ignacio, op.cit., p. 680.
- (15) De Pina, Rafael, "Elementos de Derecho Civil", op.cit., p. 381.
- (16) Planiol, Marcel, op.cit., p. 303.
- (17) De Pina, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", op.cit., p. 384.
- (18) Galindo Garfias, Ignacio, op.cit., p. 689.
- (19) Valverde y Valverde, Calixto, "Tratado de Derecho Civil Español"
Tomo IV, España, 4a. edición, 1938, p.535.
- (20) Soto Alvarez, Clemente, "Derecho y Nociones de Derecho Civil",
Mexico, Ed. Limusa, 1975, p. 126.
- (21) Galindo Garfias, Ignacio, op.cit., p. 703-704.

CAPITULO III

REPRESENTACION DE LOS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA.

1. La representación de los menores;
2. Efectos de la patria potestad sobre los bienes de los menores; 3. --
- Efectos de la tutela sobre los bienes de los pupilos.

1. Representación de los menores.

Vimos ya cuales son las facultades del menor y la capacidad de que adolece (salvo para ciertos actos específicos); vimos igualmente su imposibilidad para realizar por sí mismo actos jurídicos, pues en caso de hacerlos, éstos devienen nulos; analizamos someramente la posibilidad de a través de un representante, tener injerencia en la vida jurídica; pero aún así y como parte medular de este trabajo, veremos ahora con más precisión quiénes son, cómo y hasta dónde pueden los representantes realizar actos sobre sus hijos menores o sobre sus pupilos.

Como anotamos con anterioridad, nos interesa únicamente el desenvolvimiento en la vida jurídica de los menores de edad, ya sea que

estén sujetos a patria potestad o a tutela, por lo que al hablar de los poderes patrimoniales del tutor, haremos referencia casi exclusivamente a su relación con respecto a los menores, y es por eso que en el capítulo anterior omitimos hablar de la interdicción por tratarse ésta de una institución de protección a los mayores de edad incapaces.

En la última parte del primer capítulo hablamos de la representación en general y dejamos asentado que sería en este apartado en donde trataríamos de la representación de los menores.

Establecimos que podíamos definirla -a la representación-, como la facultad que tiene una persona de actuar, obligar y decidir en nombre y por cuenta de otro.

Quedó dicho que siendo una institución jurídica muy antigua, su utilidad se encuentra fuera de duda, pues es indiscutible lo práctico que resulta el hecho de que permita actuar a una persona, simultáneamente y en lugares distintos, produciendo el milagro jurídico de la multiplicidad en la unidad. A través de ella se logra una doble ventaja: por parte del representado se da la ubicuidad por la utilización de la habilidad ajena para los propios negocios; y por parte del representante, en caso de representación legal, se tiene la posibilidad de activar la capacidad de ejercicio de quien la tiene limitada. (1)

Los casos que nuestro Código Civil conceptúa de personalísimos, tales como el reconocimiento de hijos, el testamento, etcétera, se encuentran como restricción a la posibilidad de realizarse a través de un representante.

"Las dos directrices fundamentales en que se basa la organización de la incapacidad: nociones de representación y de asistencia.- La noción de incapacidad de ejercicio y la serie de incapacidades que de ella se derivan, colocan al legislador frente al siguiente problema: ¿A qué organización debe recurrirse para permitir a la persona que se encuentra afectada por una incapacidad de ejercicio, que haga valer los derechos que recibe en virtud de su capacidad de goce? El legislador se ha aprovechado de dos nociones: la representación y la asistencia, que adapta a cada caso particular. En efecto, según la causa de incapacidad y su grado, al incapaz se le deja aparte y quien obrará en su nombre será un organismo u otra persona (representación) o por el contrario, el incapaz podrá obrar por sí mismo, pero con la colaboración y bajo el control de un organismo u otra persona (asistencia). La institución de la representación funciona cuando la persona de un incapaz que está afectado en su inteligencia o cuando por ser muy joven, no tiene el discernimiento necesario. En los otros casos de incapacidad se recurre a la asistencia. Tenemos así dos categorías de instituciones en provecho de los incapaces: unas se basan en la idea de representación, las otras en la de asistencia: 1° Las instituciones que se basan en la idea de representación son: a) La patria potestad; b) La tutela bajo sus diversas formas; c) Diversos organismos, como la administración provisional de los bienes del demente aún no declarado como tal judicialmente; 2° Las instituciones que se basan en la idea de asistencia son: a) La curatela; b) El asesor judicial; c) La autoridad marital en la medida en que subsiste la Ley del 18 de febrero de 1938." (2)

De la clasificación de la representación que habíamos analizado -voluntaria, legal y oficiosa- únicamente nos importa en este caso la representación legal pues se denomina así cuando una persona por ser incapaz o encontrarse ausente, es representada por otra de entre las señaladas por las disposiciones legales, caso en el cual se solocan la patria potestad y la tutela.

La representación legal es la impuesta por la ley, a diferencia de la voluntaria, que surge de la autonomía de la voluntad.

Son varias las causas que dan origen a los supuestos de representación legal. A veces se refiere a la administración de un patrimonio o a un sector del mismo, en defensa de su titular (ausente, nasciturus) o en razón del destino de los bienes, normalmente su liquidación (quiebra, concurso y sucesión). En otras ocasiones, la necesidad de expresar la voluntad de quien tiene limitada su capacidad de obrar (menor, interdicción). No obstante esta variedad y la específica y concreta finalidad de cada una de ellas, se puede hablar de una figura jurídica unitaria, ya que a través de ella, un sujeto actúa en nombre y por cuenta de otro que no puede actuar por sí solo.

(3)

La representación de los menores sujetos a la patria potestad no emancipados corresponde a quien la ejerce, según el orden de preferencia establecido por la ley. Depende de cada caso específico y circunstancias del menor con respecto a sus ascendientes el resultado de su ejercicio. Así pues y como lo vimos en el capítulo anterior, dependerá de si los padres viven, de como lo reconocieron, de si es hijo legítimo o natural, de su edad, su salud, etcétera; por

tanto, no creemos necesario repetir todos estos casos y para dichos efectos nos remitiremos al inciso D. del punto 1. del capítulo anterior.

Por lo que respecta a la representación en la tutela, corresponderá a quien la ejerza según el tipo de tutela -testamentaria, legítima, dativa o asistencial- y por tanto nos remitimos también al inciso E. del punto 2. del capítulo anterior.

2. Efectos de la patria potestad sobre los bienes del menor.

Establecimos ya que la patria potestad produce efectos no sólo sobre la persona del hijo; de ella se derivan otras consecuencias de carácter patrimonial.

Así pues, la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores de edad no emancipados, quienes mientras no alcancen la mayoría de edad, no pueden libremente disponer de su persona ni de sus bienes.

Artículo 646 del Código Civil.- "La mayoría de edad comienza a los dieciocho años cumplidos."

Artículo 647 del Código Civil.- "El mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes."

No obstante lo anterior, esa facultad de administración sobre los bienes del menor, no abarca la gestión de todo el patrimonio del hijo. La administración y el usufructo de los bienes que el menor ha adquirido por su trabajo corresponde a éste último.

Artículo 428 del Código Civil.- "Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

I.- Bienes que adquiriera por su trabajo;

II.- Bienes que adquiriera por cualquier otro título."

Artículo 429 del Código Civil.- "Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo."

En cuanto a los bienes de la segunda clase que señala el artículo 428, cuya obtención ha sido distinta del trabajo del menor (donación, legado, herencia o por el don de la fortuna), la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen a él, mientras que la administración y la otra mitad del usufructo, le corresponden al que ejerce la patria potestad.

Artículo 430 del Código Civil.- "En los bienes de la segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto."

Debe entenderse que la facultad de administración concedida a los que ejercen la patria potestad no les otorga la libre disposición de los bienes, aunque es evidente que el que la ejerza deberá realizar ciertos gastos para la conservación del patrimonio del menor y por tanto deberá hacer uso de ciertas cantidades de dinero para tal fin.

Hasta la fecha, existen controversias al respecto de lo que debemos entender por actos de administración, pues habrá ocasiones

en que estos actos se entiendan de disposición.

Así pues, hay actos que por su naturaleza, no se puede discernir claramente si son de administración o de dominio.

El maestro Borja Soriano, citando a Bonnecase, expresa que para analizar y resolver sobre la distinción entre estas dos categorías de actos, es necesario determinar el tipo de patrimonio a que pertenece el acto que se ejecuta y saber después, cual es el alcance de las facultades de administración y de dominio en cada patrimonio. El distingue entre patrimonio de derecho común, de explotación y de liquidación.

De estas tres especies de patrimonio, el patrimonio de liquidación no nos interesa en este caso, por lo que omitiremos su estudio.

Patrimonio de derecho común.-

El problema de su distinción radica en varios preceptos de nuestro Código Civil que establecen que: los bienes de cierta clase pertenecen en administración al hijo menor de edad; el emancipado tiene la libre administración de sus bienes; los que ejercen la patria potestad tienen la administración de los bienes que pertenecen a los que están bajo ella; el tutor está obligado a administrar los bienes de los incapacitados, etcétera.

Ahora bien, ¿cuáles son las facultades de los administradores, cuáles son los actos de administración?. Esta respuesta se puede lograr a través de las siguientes premisas:

I.- Para determinado administrador, un acto es de administración o de disposición según que un precepto legal expresamente lo

faculte para ejecutarlo o le niegue esta facultad. Dichos preceptos son, en el caso de los menores, los siguientes: Emancipado: artículo 643; padres y demás ascendientes en ejercicio de la patria potestad, artículos 436, 2946 y 3037; tutor, artículos 449, 557, 561, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 573, 575, 576, 1654 y 2964.

II.- Para un administrador, son actos ya de administración, ya de disposición, los demás que tengan uno u otro carácter para los otros administradores, según los artículos citados en la primera premisa y que son aplicaciones hechas por nuestro Código de la noción del acto de administración, por oposición la mayor parte de las veces al acto de disposición. Según este criterio debemos considerar: Actos de administración: recibir pagos; consentir en la cancelación de registro de una hipoteca u otro registro cuando reciba el pago de la obligación respectiva; hacer pagos; dar bienes en arrendamiento hasta por cinco años o recibiendo rentas anticipadas hasta por dos años; prestar dinero sobre segura hipoteca; aceptar donaciones, herencias y legados. Actos de disposición: donar, vender y en general enajenar bienes (especialmente inmuebles, muebles preciosos y alhajas) y derechos (especialmente reales); dar en prenda, hipotecar o gravar de otra manera bienes y derechos (especialmente inmuebles); dar en arrendamiento por más de cinco años o con anticipación de rentas por más de dos años; hacer remisión; repudiar herencias; dar fianza; recibir dinero prestado; transigir y comprometer en árbitros; conformarse con la demanda sobre inmuebles, etcétera. (4)

III.- Faltando texto legal, debe acudirse a la noción misma de acto de administración. Bonnecase, dice que el patrimonio de derecho

común, es un elemento cuyo elemento-capital, es esencialmente estable, es decir, está destinado a permanecer indefinidamente en poder de su titular, y el acto de administración, sin comprometer dicho elemento, tiene por fin hacer fructificar ese capital, o sea a un conjunto de bienes o a un bien determinado y aún utilizar las rentas enajenándolas. El acto de disposición comprende la enajenación del capital y todo acto susceptible de acarrear la pérdida de ese elemento.

Teniendo en cuenta esa noción, hay que considerar, por ejemplo, como actos de conservación comprendidos en los de administración, los de interrumpir una prescripción y enajenar los bienes que estuvieren sujetos a perecer, como acto de administración contraer obligaciones en cuanto sea necesario para la administración, y como actos de disposición, novar obligaciones, conformarse con las sentencias y demás resoluciones judiciales. (5)

Patrimonio de explotación.-

Igualmente, Bonnecase considera que es patrimonio de especulación (en nuestro derecho llámase de explotación) un conjunto de bienes considerados en su valor más bien que en su individualidad, y esencialmente destinados, bajo el imperio de la noción de circulación de riquezas, a ser reemplazados por otros considerados eventualmente como más ventajosos. El patrimonio de un comerciante representa el tipo de patrimonio de especulación más común.

Según esto, el acto de administración aplicado al patrimonio

de especulación, es amplio y se aproxima quizá más aún al acto de disposición del Derecho Civil que al acto de administración. (6)

Las ideas de Bonnecase son aplicables en nuestro derecho a los administradores de los bienes de los comerciantes y de las sociedades comerciales, ya que el acto de comercio por excelencia consiste en adquirir para enajenar y realizar esta enajenación.

En algunos casos, y como protección de los intereses del menor, será indispensable que quienes ejercen la patria potestad, dispongan de ciertos bienes que forman parte del patrimonio de aquél. En este caso, las personas que ejercen la patria potestad, no obstante que tienen la representación del menor, excederían las facultades de administración que les corresponden, si se les permitiera ejecutar libremente actos de disposición.

En tratándose de patria potestad, la idea sobre la que se fundamentan las facultades de administración, es la conservación de los bienes, y los actos de disposición, son contrarios a ese principio. Por tanto, "los que ejercen la patria potestad, no pueden enajenar ni gravar en manera alguna los bienes inmuebles y los muebles que corresponden al hijo, sin previa autorización de la autoridad judicial competente ante quien deberá probarse la absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor, con la ejecución de estos actos." (Artículo 436 del Código Civil)

Artículo 437 del Código Civil.- "Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las me-

didas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial."

Si el patrimonio del menor está constituido por una empresa comercial, ya sea en todo o en parte, la conservación y desarrollo de la misma, el acto de administración va a comprender la realización de actos de enajenación de los bienes de la negociación y cuya gestión o administración, necesita para la conservación y desarrollo, la ejecución de esos actos de disposición de la mercadería, destinada a la operación normal del negocio mercantil.

Por otro lado, las facultades de representación del hijo por los que ejercen la patria potestad, limitan a realizar los siguientes actos:

I.- Celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años (Artículo 436 del Código Civil).

II.- Recibir la renta anticipada por más de dos años. (Artículo 436 del Código Civil).

III.- Vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta. (Artículo 436 del Código Civil).

IV.- Hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, o dar fianza en representación de

los hijos (Artículo 436 del Código Civil).

Parece ser que el derecho de los ascendientes a percibir la mitad del usufructo de los bienes del menor responde a un derecho de compensación para la administración de sus bienes. (7)

Artículo 441 del Código Civil.- "Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o disminuyan.

Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso."

Artículo 442 del Código Civil.- "Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen."

3. Efectos de la tutela sobre los bienes de los pupilos.

En cuanto a los bienes del pupilo, el tutor está obligado a:

Formar inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del incapacitado, dentro del término que el juez designe, con intervención del curador y del mismo incapacitado, si goza del discernimiento y ha cumplido dieciséis años de edad, no pudiendo el término para formar el inventario ser mayor de seis meses; y

Administrar el caudal de los incapacitados. El pupilo será consultado para los actos importantes de la administración cuando es capaz de discernir y mayor de dieciséis años. La administración de los bienes que el pupilo ha adquirido con su trabajo le corresponde a él y no al tutor (Artículo 537 del Código Civil).

Como vemos, la administración de los bienes recae en el tutor y para precisar cual es la noción del acto de administración nos remitimos al punto dos de este capítulo en donde lo estudiamos y lo diferenciamos del acto de disposición, estudio perfectamente aplicable al caso de tutela.

La última fracción del artículo 537 del Código Civil dispone que "el tutor está obligado a solicitar oportunamente la autorización judicial para todo lo que legalmente no pueda hacer sin ella."

Esta autorización judicial se concederá siempre y cuando el acto a efectuarse resulte de evidente utilidad al pupilo. El tutor requiere de licencia judicial para los siguientes casos:

I.- Fijar dentro del primer mes de ejercer su cargo, la cantidad que haya de invertirse en gastos de administración (Artículo 554 del Código Civil);

II.- Enajenar o gravar bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos (Artículo 561 del Código Civil).

Artículo 563 del Código Civil.- "La venta de bienes raíces del menor es nula si no se hace judicialmente en subasta pública. En la enajenación de alhajas y muebles preciosos, el juez decidirá si conviene o no la almoneda, pudiendo dispensarla, acreditada la utilidad que resulte al menor.

Los tutores no podrán vender valores comerciales, industriales, título de rentas, acciones, frutos y ganados pertenecientes al incapacitado por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta, ni dar fianza a nombre del pupilo."

Artículo 564 del Código Civil.- "Cuando se trate de enajenar, gravar o hipotecar, a título oneroso, bienes que pertenezcan al incapacitado como copropietario, se comenzará por mandar justipreciar dichos bienes para fijar con toda precisión su valor y la parte que en ellos represente el incapacitado, a fin de que el juez resuelva si conviene o no que se dividan materialmente dichos bienes para que aquél reciba en plena propiedad su porción; o sí, por el contrario, es conveniente la enajenación, gravamen o hipoteca, fijando en este caso las condiciones y seguridades con que deben hacerse, pudiendo, si lo estimare conveniente, dispensar la almoneda, siempre que consientan en ello el tutor y el curador;

III.- Para todos los gastos extraordinarios que no sean de conservación ni de reparación (Artículo 565 del Código Civil);

IV.- Para transigir o comprometer en árbitros los negocios del incapacitado (Artículo 566 del Código Civil);

V.- Para hacerse pago de sus créditos contra el incapacitado (Artículo 571 del Código Civil);

VI.- Para dar en arrendamiento los bienes del incapacitado, por más de cinco años (Artículo 573 del Código Civil);

VII.- Para recibir dinero prestado en nombre del incapacitado, ya sea que se constituya o no hipoteca en el contrato (Artículo 575 del Código Civil).

Por otro lado, hay otros actos que el tutor no puede realizar:

I.- Según el artículo 159 del Código Civil, el tutor no puede contraer matrimonio con la persona que ha estado o está bajo su guarda, a no ser que obtenga dispensa, la que no se le concederá por el Presidente Municipal respectivo, sino cuando hayan sido aprobadas las cuentas de tutela.

Esta prohibición comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.

II.- Ni con licencia judicial, ni en almoneda o fuera de ella puede el tutor comprar o arrendar los bienes del incapacitado, ni hacer contrato alguno respecto de ellos, para sí, sus ascendientes, su mujer o marido, hijos o hermanos por consanguinidad o afinidad. Si lo hiciera, además de la nulidad del contrato, el acto será suficiente para que se le remueva (Artículo 569 del Código Civil).

Cesa la prohibición del artículo anterior, respecto de la venta de bienes, en el caso de que el tutor o sus parientes allí mencionados sean coherederos, partícipes o socios del incapacitado (Artículo 570 del Código Civil).

III.- El tutor no puede aceptar para sí, a título gratuito u oneroso, la cesión de algún derecho o crédito contra el incapacitado. Sólo puede adquirir esos derechos por herencia (Artículo 572 del Código Civil).

IV.- El tutor no puede hacer donaciones a nombre del incapacitado (Artículo 576 del Código Civil).

V.- No puede negarse a admitir las donaciones simples, legados y herencias que se dejen al incapacitado (Artículo 579 del Cód-

go Civil).

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO III.

- (1) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op. cit., p. 11.
- (2) Bonnacasse, citado por De Pina, Rafael, "Compendio de Derecho - Civil", op. cit., p. 169.
- (3) Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, op. cit., p. 77.
- (4) Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Ed. Porrúa, S.A., 1982, p. 38-39.
- (5) Idem., p. 39.
- (6) Idem., p. 40.
- (7) Galindo Garfias, Ignacio, op.cit., p. 684-685.

CAPITULO IV

INTERVENCION DEL MENOR EN EL ACTO CONSTITUTIVO DE UNA SOCIEDAD ANONIMA.

1. Generalidades: A. Acto de comercio y capacidad para ejercer el comercio: I.- El acto de comercio; II.- Capacidad para ejercer el comercio; 2. La sociedad-anónima y la naturaleza del acto constitutivo: A. Naturaleza del acto constitutivo; B. La sociedad anónima: a. Concepto; b. Elementos; c. Requisitos; d.- Organos; 3. La intervención de los menores como accionistas en el acto constitutivo de una sociedad anónima: A. -- Los menores sujetos a patria potestad;- B. Menores sujetos a tutela; C. Los menores emancipados; D. Casos excepcionales.

1. Generalidades.

Hablaremos por supuesto de la sociedad anónima, pero debe quedar claro que nuestra intención es verla no tanto como un acto jurídico, cuanto como un negocio económico, es decir, como un sujeto destinado a la realización de empresas donde se arriesga un capital

con la finalidad de obtener un lucro.

Obviamente analizaremos su estructura jurídica pero de manera más bien descriptiva. Veremos cual es el concepto de la sociedad anónima, sus elementos, requisitos y órganos, y más específicamente la naturaleza del acto de su constitución.

Sabemos que existen dos maneras legales para constituir una sociedad anónima: una, inusual casi por completo, es la constitución por suscripción pública y que por lo impráctica no creemos necesario estudiar; y otra, la común, por comparecencia ante Notario.

Se han suscitado controversias al respecto de si debemos considerar este acto constitutivo como un contrato o como un acto complejo, lo cual aclararemos más adelante.

Al hablar de la sociedad anónima, estamos hablando de derecho mercantil, por lo que a continuación analizaremos el acto de comercio y el comerciante individual.

A. Acto de comercio y capacidad para ejercer el comercio.

Si hablamos de la sociedad anónima y del menor como posible sujeto constituyente de la misma, debemos hablar del acto de comercio y de los comerciantes. De esta forma cerramos la pinza y completamos el estudio en torno a los menores, para más adelante analizar si pueden o no participar como accionistas en la constitución de una sociedad anónima.

El estudio que en este apartado haremos será bastante concreto, enunciando más bien preceptos, pues de otra manera se podría

alargar demasiado siendo innecesario para el caso que nos ocupa.

I. El acto de comercio.

El derecho mercantil es el derecho especial que rige cierto tipo de relaciones sociales. La materia mercantil está circunstanciada al Código de Comercio, por el concepto de acto de comercio, ya que el mismo Código se aplica sólo a los actos de esta naturaleza. (1)

De esta manera, establece el artículo 1° del Código de Comercio que: "Las disposiciones de este código son aplicables sólo a los actos comerciales".

La legislación mexicana no ha logrado definir el acto de comercio a través de un concepto, sin embargo ha realizado una enumeración de casos que se deben considerar como tales (como actos de comercio).

El artículo 75 del Código de Comercio cumple principalmente con esta función, y podemos añadir a la misma el artículo 12 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, el artículo 9 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en materia de explotación y aprovechamiento de recursos minerales, el artículo 1° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y el 12 de la Ley de Instituciones de Fianzas. (2)

Es conveniente realizar una clasificación de los actos de comercio para tener una guía de estudio.

Existen actos civiles que nunca y en ninguna circunstancia son

regidos por el derecho mercantil (actos relativos al derecho de familia y al derecho sucesorio).

Hay actos absolutamente mercantiles, que siempre y necesariamente están regidos por el derecho mercantil.

Hay otros actos que no son esencialmente civiles ni mercantiles, sino que según las circunstancias en que se realicen podrán tener uno u otro carácter; si el carácter que revisten es mercantil, entonces tendremos un acto de mercantilidad condicionada.

Los actos de mercantilidad condicionada pueden dividirse a su vez en dos grupos; si se considera que la mercantilidad de un acto puede depender de alguno de sus elementos (sujeto que lo realice; voluntad que persigue la realización de un fin concreto; y objeto), o bien resultar de su conexión con otro acto. Así pues, tendremos actos principales de comercio y actos accesorios o conexos. (3)

Por último, tenemos los actos unilateralmente mercantiles, que son aquellos que no teniendo una mercantilidad absoluta, una de las partes que intervienen realiza un acto civil, mientras que la otra, un acto mercantil.

Al efecto, el artículo 1050 del Código de Comercio, establece: "Cuando conforme a los expresados artículos 40., 75 y 87 de las dos partes que intervienen en un contrato, la una celebre un acto de comercio y la otra un acto meramente civil y ese acto diere lugar a un litigio, la contienda se seguirá conforme a las prescripciones de este libro, si la parte que celebre el acto de comercio fuere la demandada. En caso contrario, esto es, cuando la parte demandada sea la que celebra un acto civil, la contienda se seguirá conforme a las

reglas del derecho común."

Conforme a nuestra legislación, son siempre comerciales, y, por tanto, quedan incluidos en la categoría de los actos absolutamente mercantiles: el descuento de crédito en libros, el reporto, la apertura de crédito, la cuenta corriente, la carta de crédito, el avío o crédito de habilitación, el crédito refaccionario, el fideicomiso, el contrato de seguro, los actos consignados en títulos de crédito, y el acto constitutivo de una sociedad mercantil.

II. Capacidad para ejercer el comercio.

Artículo 3 del Código de Comercio:

"Se reputan en derecho comerciantes:

I.- Las personas que teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, hacen de él su ocupación ordinaria;

II.- Las sociedades constituidas con arreglo a las leyes mercantiles; y

III.- Las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio."

Artículo 5 del Código de Comercio:

"Toda persona que según las leyes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio, tiene capacidad legal para ejercerlo."

Artículo 81 del Código de Comercio:

"Con las modificaciones y restricciones de este Código serán

aplicables a los actos mercantiles las disposiciones del derecho civil acerca de la capacidad de los contrayentes y de las excepciones y causas que rescinden o invalidan los contratos."

El Código de Comercio ha establecido como capacidad necesaria para adquirir la calidad de comerciante, la capacidad de ejercicio del Código Civil del Distrito Federal, con la misma libertad con que pudo establecer una capacidad absolutamente distinta de ella.

El artículo 3° antes transcrito, establece en su fracción I la ocupación ordinaria, lo cual significa realizar actos de comercio de manera habitual, reiterada, repetida, convirtiendo la actividad mercantil en un actividad profesional; basta con que se trate de una actuación profesional, con independencia del resultado económico, favorable o adverso. Es requisito indispensable para obtener la calificación de comerciante, que el ejercicio habitual del comercio se realice por cuenta de quien lo efectúa. (4)

Según diversas leyes de nuestro país, existen personas que no pueden ejercer el comercio (Código de Comercio, Ley del Notariado en vigor para el Distrito Federal, etc.); y de esta manera, encontramos que tienen prohibición los corredores; los quebrados que no han sido rehabilitados; los que por sentencia ejecutoriada hayan sido condenados por delitos contra la propiedad, incluyendo en éstos la falsedad, el peculado, el cohecho y la concusión; y, los notarios públicos.

Según el artículo 13 del Código de Comercio, "los extranjeros serán libres para ejercer el comercio, según lo que se hubiere convenido en los tratados con sus respectivas naciones, y lo que dispu-

sieren las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros.

Así tenemos que las personas mencionadas en el artículo 450 del Código Civil no pueden ejercer el comercio por sí mismos, sin embargo, y como excepción establecida por la misma ley, los incapacitados serán comerciantes si, por medio de sus representantes, explotan una negociación mercantil.

Artículo 556 del Código Civil:

"Si el padre o la madre del menor ejercían algún comercio o industria, el juez, con informe de dos peritos, decidirá si ha de continuar o no la negociación, a no ser que los padres hubieren dispuesto algo sobre este punto, en cuyo caso se respetará su voluntad, en cuanto no ofrezca grave inconveniente, a juicio del juez."

Lo mismo puede decirse si se ofrece donar una negociación mercantil al incapacitado.

2. La Sociedad Anónima y la naturaleza del acto constitutivo.

Es evidente que la sociedad anónima posee una utilidad económica grandiosa, dado que su estructura jurídica la hace especialmente adecuada para realizar empresas de gran magnitud, que normalmente quedan fuera del campo de acción de los individuos o de las sociedades de tipo personalista, que carecen del capital suficiente para acometerlas o que no consideran prudente aventurarlo en una empresa, que de fracasar, podría conducirlos a la ruina y que, en muchas ocasiones, ha de subsistir durante un lapso superior al de la duración

de la vida humana.

La sociedad anónima permite obtener la colaboración económica de un gran número de individuos, cada uno de los cuales, ante la perspectiva de una razonable ganancia, no teme arriesgar una porción de su propio patrimonio, que unida a la de muchos otros llega a constituir una masa de bienes de la magnitud requerida por la empresa que se va acometer, y que, por formar un patrimonio distinto del de los socios, resulta independiente por completo de las vicisitudes de la vida de ellos.

Por otra parte, los terceros que contratan con la sociedad encuentran una garantía económica de gran interés por la existencia de un patrimonio que sólo responde de las deudas sociales; pues si contratan con un individuo por solvente que se le conozca, los acreedores por los negocios comerciales que realizará dicho individuo podrían verse en concurso con sus acreedores particulares, el monto de cuyos créditos es totalmente imprevisible.

Es innegable lo interesante que resulta para una persona formar parte de una sociedad anónima que tiene posibilidades de obtener ganancias a corto, mediano o largo plazo. Los emancipados, los que ejercen la patria potestad y los que desempeñan la tutela, no se escapan de esta "tentación" de ver incrementado el patrimonio que cuidan o el suyo propio.

Sin embargo, todos sabemos que una sociedad no es una inversión segura, sino que presenta tan sólo perspectivas de lo que se puede obtener e inclusive representa un gran riesgo.

Así pues, ¿tienen los responsables de proteger el patrimonio

de un menor, la facultad de arriesgarlo invirtiendo en la constitución de una sociedad anónima?. Esta es la pregunta que nos hicimos para realizar este trabajo y que en este capítulo responderemos.

A. Naturaleza del acto constitutivo.

Ya desde finales del siglo pasado, se han elaborado teorías contrarias a la naturaleza contractual del acto constitutivo de una sociedad para considerarlo un acto jurídico de distinta especie.

Una observación obvia es que la creación de una persona jurídica excede en mucho a los efectos que produce un contrato, ya que conforme a los artículos 1792 y 1793 del Código Civil, el contrato es un acuerdo de voluntades que produce o transfiere obligaciones, sin que de la definición legal resulte su eficacia para crear personas jurídicas.

De igual forma, aunque habláramos únicamente del aspecto puramente creador de derechos y obligaciones, se diferencia la sociedad de los contratos; en los contratos, las partes asumen la una el papel de acreedor y la otra el de deudor, o, si el contrato es bilateral, las funciones de acreedor y de deudor las desempeñan recíprocamente ambas partes. En la sociedad, no; un socio no es acreedor de la prestación de la que es deudor otro socio; todos los socios son deudores de su aportación, y acreedora de ella no lo es ninguna de las otras partes, sino la sociedad misma, que se constituye y adquiere personalidad jurídica, como consecuencia del negocio mismo en virtud del cual deviene acreedora de las prestaciones estipuladas

por los socios.

Los derechos de los socios no tienen como correlativa reciprocidad la obligación de los otros socios, sino que tiene el carácter de obligada la sociedad que se constituye.

En el acto constitutivo, los estipulantes tienden a la satisfacción de necesidades concurrentes o paralelas y no a la satisfacción de necesidades antagónicas como ocurre en los contratos.

Ya que no se le considera un contrato, se ha buscado clasificarlo como un acto complejo o como un acto colectivo.

"Dado que la legislación positiva exige la intervención de una pluralidad de socios, creemos que la constitución de una sociedad puede configurarse como un acto colectivo, ya que exige, de cada uno de los fundadores, "declaraciones de voluntad emanadas en el ejercicio de poderes o derechos distintos (el de cada uno de los socios constituyentes) unidas para la satisfacción de intereses paralelos" y el efecto del acto "se refiere distintamente a cada uno de los sujetos". Ahora bien, para que las distintas personas emitan las declaraciones de voluntad que integran el acto colectivo mediante el cual se constituye la sociedad, es necesario que previamente se celebre un acuerdo, no solo para la celebración misma del acto sino para determinar los efectos que ha de producir respecto de cada uno de los sujetos." (6)

B. La sociedad anónima.

a. Concepto.

La sociedad anónima es, según el artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, la que existe bajo una denominación y se compone exclusivamente de socios cuya obligación se limita al pago de sus acciones.

De esta definición legal se desprenden las tres nociones comunes y características de este tipo social, es decir, una denominación, una responsabilidad social limitada al pago de las aportaciones y la existencia de acciones que representan el capital social y en las que se divide el propio capital.

b. Elementos.

1. La denominación, si no exclusiva de la sociedad anónima, si es la única forma en que éstas se manifiestan.

Según determina el artículo 88 de la Ley de la materia, la denominación de las sociedades anónimas se formará libremente; la única restricción es que sea distinta a la de cualquiera otra sociedad. La ley establece que la denominación de la sociedad anónima se formará como quedó dicho. La denominación es diferente a la razón social; aquella se forma libremente, bien sea que implique el objeto de la sociedad o una mera fantasía, mientras que ésta (la razón social) se formará con el nombre de uno o más socios; sin embargo, la costumbre muestra claramente que estos conceptos se confunden sin importar si se cumple con la expresada disposición o no, lo cual puede resultar inconveniente, en cuanto se hace creer que el socio

cuyo nombre se usa en la denominación garantiza o asume una responsabilidad personal por las deudas sociales, como sucede con las sociedades personales y con las sociedades de responsabilidad limitada.

El artículo 86 de la Ley dice que la denominación irá seguida de las palabras "Sociedad Anónima", o de su abreviatura "S.A."

II. La responsabilidad se limita al pago de sus acciones. También esta característica es exclusiva de la sociedad anónima.

Consecuencia de dicho principio de la limitación de la responsabilidad del artículo 87 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, es que carezca de validez cualquier pacto o convenio que imponga a uno o varios accionistas -como tales- responsabilidad adicional. En cambio, puede incurrir un accionista en responsabilidad ilimitada y subsidiaria, como consecuencia de actos ilícitos cometidos por la sociedad, cuando controle a ésta por cualquier medio (Artículo 13 del Reglamento para la Venta de Acciones de las Sociedades Anónimas). Este principio no contraría al del artículo 87, pues constituye una sanción por obrar ilícitamente.

III. La división del capital en acciones, atributo de la sociedad anónima, la distingue de cualquier otro tipo social. La sociedad anónima es, pues, una sociedad por acciones. Tal atributo es fundamental, dado que las acciones se consideran como títulos valor y que debiendo ser nominativas, circulan como los documentos de este carácter, mediante su endoso, su entrega al adquirente y la inscrip-

ción de la transmisión en el libro de acciones.

La acción puede ser considerada desde tres puntos de vista: como el documento que atribuye a su titular el status de socio; como un título valor o título de crédito; y como el documento representativo de una parte alícuota del capital social, es decir, como el documento que representa el derecho de su propietario a participar, a la liquidación de la sociedad, en el reparto del capital en la proporción que el propio título indica.

Artículo 111 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: "Las acciones en que se divide el capital social de una sociedad anónima, estarán representadas por títulos nominativos que servirán para acreditar y transmitir la calidad y los derechos de socio, y se regirán por las disposiciones relativas a los valores literales, en lo que sea compatible con su naturaleza y no sea modificado por la presente ley."

Artículo 128 de la misma Ley: "Las sociedades anónimas tendrán un registro de acciones que contendrá:

I.- El nombre, la nacionalidad y el domicilio del accionista, y la indicación de las acciones que le pertenezcan, expresándose los números, series, clases y demás particularidades;

II.- La indicación de las exhibiciones que se efectúen;

III.- Las transmisiones que se realicen en los términos que prescribe el artículo 129."

En principio, es libre la transmisión de la acción (y con la misma, todos los derechos y las obligaciones del accionista), con lo que se logra una gran dinámica de estos documentos (sobre todo si

las transmisiones se realizan por medio de la bolsa de valores).

Esta movilidad de acciones, junto con la limitación en la responsabilidad de los accionistas, explican la amplísima difusión de la sociedad anónima, aunado esto, en nuestra legislación, al poco control y vigilancia por parte del poder público, no sólo en su etapa inicial y respecto de las aportaciones reales de los socios, sino también durante el funcionamiento de ellas, por lo que se ha conducido a desplazar casi totalmente a las sociedades personales, de responsabilidad limitada de todos o de algunos de los socios, y a privar de interés a las sociedades de responsabilidad limitada, similares a las sociedades anónimas en cuanto a la limitación de responsabilidad de todos los socios, pero que carecen de acciones.

La Ley General de Sociedades Mercantiles permite que el contrato social imponga una restricción a la libre circulación de las acciones, a saber, la previa autorización del órgano de administración; otras devienen de la Ley de Inversiones Extranjeras, y, otras más, de la costumbre mercantil, que permite que el pacto social conceda a los socios el derecho del tanto cuando uno de ellos pretenda vender parte o la totalidad de sus acciones.

"En el contrato social podrá pactarse que la transmisión de las acciones sólo se haga con la autorización del consejo de administración. El consejo podrá negar la autorización designando un comprador de las acciones al precio corriente en el mercado." (Art. 130 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

"Se requerirá la autorización de la Secretaría que corresponda según la rama de la actividad económica de que se trate, cuando una

o varias de las personas físicas o morales a que se refiere el artículo 2o., en uno o varios actos o sucesión de actos, adquiriera o adquirieran más del 25% del capital o más del 49% de los activos fijos de una empresa. Se equipara a la adquisición de activos, el arrendamiento de una empresa o de los activos esenciales para la explotación." (Art. 8 de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera).

c. Requisitos.

Los requisitos para constituir una sociedad anónima están determinados por el artículo 89 de la Ley, que dice:

"Para proceder a la constitución de una sociedad anónima se requiere:

I.- Que haya cinco socios como mínimo, y que cada uno de ellos suscriba una acción por lo menos;

II.- Que el capital social no sea menor de veinticinco mil pesos y que esté íntegramente suscrito;

III.- Que se exhiba en dinero efectivo, cuando menos, el veinte por ciento del valor de cada acción pagadera en numerario;

IV.- Que se exhiba íntegramente el valor de cada acción que haya de pagarse en todo o en parte, con bienes distintos del numerario."

I. En cuanto al mínimo de socios que la ley fija, de todas las sociedades que la ley regula, la sociedad anónima es la única que

tiene esta limitación, aunque indirectamente, para todas se requiere la participación de cuando menos dos socios, ya que el artículo 229 establece que es causa de disolución el caso de que las partes de interés se reúnan en una sola persona. La pluralidad de socios justifica que nuestra ley considere a las sociedades como contratos y que éstos sean plurilaterales, y no solo bilaterales. Por lo demás, en nuestra legislación, no puede constituirse una sociedad anónima con menos de cinco socios, ni tampoco puede subsistir, porque es causa de disolución que el número de accionistas llegue a ser inferior al número que la ley establece.

II. El mínimo del capital que la Ley General de Sociedades Mercantiles hasta el momento conserva: veinticinco mil pesos, es irrisorio.

El principio de exigirse un capital mínimo, se explica en función de que en ese tipo de sociedades, ningún socio responda con su patrimonio personal de las obligaciones de la sociedad; y sí, solamente, con el monto de sus aportaciones. En las sociedades personales, el patrimonio de los socios constituye la garantía frente a terceros, en caso de insuficiencia o inexistencia del capital social.

III. En las aportaciones en dinero se admite que el valor de las acciones no se cubra íntegramente al suscribirlas y que, por tanto, haya un saldo deudor del socio a favor de la sociedad, que ésta pueda exigirle aún judicialmente, mediante requerimiento que se

publique, salvo que en el texto de las acciones se fije el plazo para cubrirlo.

"Cuando constare en las acciones el plazo en que deban pagarse las exhibiciones y el monto de éstas, transcurrido dicho plazo, la sociedad procederá a exigir judicialmente, en la vía sumaria, el pago de la exhibición, o bien a la venta de las acciones." (Art. 118 de la Ley General de Sociedades Mercantiles).

"Cuando se decrete una exhibición cuyo plazo o monto no conste en las acciones, deberá hacerse una publicación, por lo menos treinta días antes de la fecha señalada para el pago, en el periódico oficial de la entidad federativa a que corresponda el domicilio de la sociedad. Transcurrido dicho plazo sin que se haya verificado la exhibición, la sociedad procederá en los términos del artículo anterior." (Artículo 119 de la misma Ley).

La venta de las acciones a que se refieren los artículos que preceden se hará por medio de corredor titulado y se extenderán nuevos títulos o nuevos certificados provisionales para substituir a los anteriores.

El producto de la venta se aplicará al pago de la exhibición decretada y si excediere del importe de ésta, se cubrirán también los gastos de la venta y los intereses legales sobre el monto de la exhibición. El remanente se entregará al antiguo accionista, si lo reclamare dentro del plazo de un año, contado a partir de la fecha de la venta.

En todo caso, los dividendos que correspondan a esas acciones, así como la cuota de liquidación de los socios, deben ser en propor-

ción al importe exhibido de ellas; en cambio ninguna restricción cabe por lo que toca al derecho de voto, según estipula el artículo 113 de la multicitada Ley General de Sociedades Mercantiles.

IV. Que las aportaciones que no sean en dinero, sino en otros bienes, deban pagarse en su totalidad, implica que el accionista transmita a la sociedad en el momento de la suscripción, un bien o un derecho cuyo valor social sea, cuando menos, el del monto total de la aportación, aunque su pago se difiera, ya sea porque el pago aún no se venza, o porque conceda a su titular derecho a exigir del deudor el pago de prestaciones periódicas sucesivas y también futuras. De esta manera, concluimos que la mención de la fracción cuarta del artículo 89, no siempre implica la entrega de dicho valor íntegro, pero sí implica que el valor del bien o del crédito que se aporta sea el de la, o de las acciones, y que la sociedad adquiera el derecho de reclamar su pago íntegro al accionista.

Artículo 141 de la Ley General de Sociedades Mercantiles: "Las acciones pagadas en todo o en parte mediante aportaciones en especie, deben quedar depositadas en la sociedad durante dos años. Si en este plazo aparece que el valor de los bienes es menor en un veinticinco por ciento del valor por el cual fueron aportados, el accionista está obligado a cubrir la diferencia a la sociedad, la que tendrá derecho preferente respecto de cualquier acreedor sobre el valor de las acciones depositadas."

d. Organos.

La Ley General de Sociedades Mercantiles establece como obligatorios tres órganos: la asamblea de accionistas, la administración y la vigilancia.

"La Asamblea General de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad; podrá acordar y ratificar todos los actos y operaciones de ésta y sus resoluciones serán cumplidas por la persona que en ella misma se designe, o a falta de designación, por el Administrador o por el Consejo de Administración." (Artículo 178).

"La administración de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios mandatarios temporales y revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad." (Artículo 142).

"La vigilancia de la sociedad anónima estará a cargo de uno o varios comisarios, temporales o revocables, quienes pueden ser socios o personas extrañas a la sociedad." (Artículo 164).

A las asambleas les corresponde acordar y ratificar todos los actos y operaciones de la sociedad; ellas pueden ser extraordinarias, si se trata de alguno de los asuntos enumerados en el artículo 182 de la Ley General de Sociedades Mercantiles; y ordinarias para cualquier otro asunto, ya sea los que sean propios de la asamblea ordinaria anual, o cualesquiera otros ajenos de la lista establecida por el artículo 182.

Así pues, son asambleas extraordinarias las que se reúnan para tratar cualquiera de los siguientes asuntos:

- i) Prórroga de la duración de la sociedad;
- ii) Disolución anticipada de la sociedad;

- iii) Aumento o reducción del capital social;
- iv) Cambio de objeto de la sociedad;
- v) Cambio de nacionalidad de la sociedad;
- vi) Transformación de la sociedad;
- vii) Fusión con otra sociedad;
- viii) Emisión de acciones privilegiadas;
- ix) Amortización por la sociedad de sus propias acciones y emisión de acciones de goce;
- x) Emisión de bonos;
- xi) Cualquiera otra modificación del contrato social, y
- xii) Los demás asuntos para los que la Ley o el contrato social exija un quórum especial.

Estas asambleas podrán reunirse en cualquier tiempo.

Al órgano de administración singular o colegiado, corresponde tanto la administración, organización administrativa y funcionamiento interno de la sociedad, como la representación y relaciones frente a terceros.

La extensión de sus facultades, está limitada por la finalidad de la sociedad y podrán realizar todas las operaciones inherentes al objeto social, salvo lo que expresamente establezca la Ley o el contrato social, y los actos que cometan en exceso de sus facultades, son inoponibles a la sociedad, salvo que ella los ratifique posteriormente.

Por lo que corresponde al órgano de vigilancia, que también puede recaer en uno o varios comisarios, sin que en este último caso se constituya consejo, le corresponde como función, según lo esta-

blecido por los artículos 164 y 166 de la Ley, vigilar ilimitadamente y en cualquier tiempo las operaciones de la sociedad, lo cual hará cuidando de las operaciones del órgano de administración.

3. La intervención de los menores como accionistas en el acto constitutivo de una sociedad anónima.

Para determinar la posibilidad o imposibilidad de los menores de adquirir acciones en una sociedad anónima en el momento de su constitución, debemos partir de las bases generales de protección a todos ellos establecidas en el Código Civil y después desglosar las circunstancias especiales que se pueden presentar dependiendo de su estado personal, es decir, si está sujeto a la patria potestad, a la tutela o si es emancipado, o bien, dependiendo de las causas que dieron origen a su patrimonio, ya sea por motivo de su trabajo o por cualquier otra causa, sea ésta donación, herencia, legado o producto de la buena fortuna.

A. Los menores sujetos a patria potestad.

En el caso de la patria potestad, la misma corresponde ejercerla a los progenitores o ascendientes en los grados preferenciales prescritos por el artículo 414 del Código Civil para el caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio; como quedó visto en el segundo capítulo de este trabajo y dependiendo de cada caso, la patria potestad corresponderá, en los hijos nacidos fuera de matrimonio, a

cada uno de los progenitores determinados en los artículos 380, 381, 415, 417 y 418 del mismo ordenamiento, según sea el caso.

La patria potestad trae consigo la facultad y el deber de representar al menor y proteger sus bienes.

El menor no puede realizar por sí mismo actos jurídicos, pues en caso contrario, éstos serán nulos; así pues, el o los que lo custodian y sobre él ejercen la patria potestad, tendrán la representación legítima y serán los administradores legales de todos sus bienes.

La ley busca la protección de los bienes del menor, y esta protección, evidentemente obliga a conservarlos o a incrementarlos, pero siempre con una garantía suficiente de que esto se va a lograr y es lógico suponer que un negocio riesgoso no posee estas garantías.

La facultad de representación de los padres en cuanto a los bienes del menor, es una facultad de administración, pues tiene una prohibición expresa de disponer de ellos.

Si bien el artículo 436 del Código Civil establece que el juez podrá autorizar la enajenación o gravamen de los bienes inmuebles y muebles preciosos del menor, esta autorización deberá estar precedida irremediabilmente de una causa de absoluta necesidad o evidente beneficio, pero a su vez, el producto de dicha enajenación deberá asegurarse destinándola a usarse para el objeto por el cual se causó dicha enajenación o gravamen y el resto será para adquirir un inmueble o se impondrá en segura hipoteca.

No se encuentra una disposición expresa en el Código Civil que determine que es lo que debe hacerse con los demás bienes del menor,

es decir, qué sucede con los muebles y con el "activo circulante" del menor.

A nuestro juicio, esa omisión que hace el Código Civil se subsana con el artículo 437 del mismo, al expresar el legislador que el "resto" de lo que se obtuvo en la enajenación o gravamen del bien raíz o del mueble precioso, se destine a la adquisición de otro bien inmueble o se imponga en segura hipoteca. ¿Porqué creemos que esta disposición subsana la omisión? porque de esta manera, está fijando una finalidad a la que debe dirigirse la ganancia circulante.

Consideramos que si la intención es asegurar al menor de que nada le faltará y para dicho objeto se dictan preceptos que prohíben el derroche de su dinero y no nada más el derroche, si no que procuran no ponerlo en riesgo.

El legislador considera, correctamente a nuestro juicio, que la manera más clara de conservar el patrimonio del menor es destinarlo a aquellas operaciones que no producen una incertidumbre en sus efectos, es decir, que aseguran la obtención de un beneficio que redundará en la consecución del bienestar del protegido.

En muchas ocasiones, el patrimonio del menor no es suficiente para asegurarse de la manera prevista por el legislador mediante la adquisición de bienes inmuebles o de imposición en hipoteca, sin embargo, existen variadas operaciones que se consideran de administración y que coadyuvan a conservar o incrementar el patrimonio del menor cuando se trata de que su patrimonio produzca.

En la actualidad, el depositar simplemente el efectivo en una institución de crédito no significa conservar dicho patrimonio; en

efecto, si tomamos en cuenta nuestro índice inflacionario y el constante deslizamiento que día a día sufre nuestra moneda, el que ejerce la patria potestad debe invertir el dinero del menor en aquellos negocios que siendo seguros, protejan más al menor de la pérdida del poder adquisitivo de dicha moneda, por ejemplo, la inversión en valores con rendimientos lo más alto posibles.

Los bienes del menor se dividen en dos clases; la primera clasificación se refiere a los bienes que el menor adquiere por su trabajo y en los que la propiedad, administración y usufructo le corresponden a él, y la segunda, relativa a los bienes que adquiere por cualquier otro título, en los que la propiedad y la mitad del usufructo también le corresponden a él y la otra mitad del usufructo y la administración le corresponden al que ejerce la patria potestad.

Podría parecer que dependiendo del tipo de bienes de que hablemos deberíamos determinar si se puede o no realizar la inversión en la constitución de una sociedad anónima.

El acto constitutivo de una sociedad anónima es, como establecimos al hablar del acto de comercio, absolutamente mercantil, independientemente de cual sea su objeto o quienes sean los estipulantes.

En materia mercantil, la capacidad de los sujetos estará limitada a lo establecido por el derecho común, tratándose en este caso del derecho civil. Así pues, la capacidad en materia mercantil, también se adquiere con la mayoría de edad y por tanto el menor no puede por sí mismo realizar este tipo de actos.

Decíamos que dependiendo del tipo de bienes de que se trate, se podría hablar de una intervención del menor en la constitución de la sociedad.

Por lo que se refiere a los bienes que se adquieren por título diverso al trabajo del menor, la propiedad y la mitad del usufructo corresponden a él y la otra mitad del usufructo y la administración corresponden al padre. Ahora bien, como consecuencia de las facultades del padre limitadas a la conservación del patrimonio, no podría en ningún caso disponer de bienes del menor para formar una sociedad, ni aún obteniendo una autorización judicial, que a nuestro juicio sería totalmente equivocada y nula, pues no vemos en manera alguna un evidente beneficio y mucho menos una causa de absoluta necesidad y sí, por otro lado, vemos un posible demérito del capital del protegido, pues como hemos tratado de que quede perfectamente claro, la participación en una Sociedad Anónima trae consigo los riesgos que el comercio y el capricho de la oferta y la demanda representan para aquél que se aventura en la intención de lucrar a partir de ellos.

Por cuanto se refiere a los bienes que el menor adquiere por su trabajo, en los que la propiedad, administración y usufructo le pertenecen, nos preguntamos ¿Cómo podría disponer de ellos por sí mismo sin intervención de su representante legal?. Los actos que realice directamente, serán nulos. Así pues, requiere la representación del padre.

La razón de que el menor de edad no pueda actuar por sí, se explica en virtud de que no se le considera una persona apta para

llevar a cabo actos que por su falta de conocimiento o experiencia, redunden en un perjuicio por los abusos que se puedan hacer de él. De esta manera, si la propia ley le fija un representante para que realice aquellos actos que el menor no puede, nos encontramos en el mismo caso -para estos efectos- que el establecido para los menores que obtienen bienes, producto de título diverso de su trabajo, es decir, el padre sigue teniendo la obligación de cuidar que los bienes del menor se conserven y si éste no tiene capacidad para decidir por sí mismo, aquel deberá decidir por él y no vemos por qué pueda en este caso disponer de los bienes del menor, pues la intervención en una sociedad anónima sigue siendo riesgosa.

Y más aún si consideramos que la adquisición de acciones no se puede considerar en manera alguna un acto de administración pues se está disponiendo de bienes para fines lucrativos e inseguros, no obstante lo dispuesto por el artículo 537 fracción IV del Código Civil, adecuado por analogía a los menores sujetos a la patria potestad, que dispone que los actos de administración efectuados por el pupilo sin intervención del tutor no serán nulos siempre y cuando se traten de actos realizados sobre los bienes obtenidos por su trabajo.

Aún aquí, consideramos que la posible autorización judicial que el menor pudiera obtener, a través de sus representantes para la adquisición de acciones, es, igualmente, nula, pues carece de fundamento para su concesión.

Concluimos pues, que el menor de edad sujeto a patria potestad no puede intervenir como accionista ni aún con una autorización ju-

dicial que a todas luces y sin fundamento legal sería errónea.

B. Menores sujetos a tutela.

Como expusimos al hablar de ella, las reglas de la tutela previstas en nuestro Código Civil, son más complejas que las de la patria potestad, dado que es una institución protectora organizada por la ley y no constituida por la naturaleza.

A diferencia de la patria potestad, en donde la protección se fundamenta en el deseo de los progenitores de procurar el bienestar en todos los órdenes al hijo, reconociendo la ley el vínculo que los une y apoyado en el amor fraternal e indiscutible, la tutela se presenta más bien como una protección social de los débiles y un medio de defensa de los menores no sujetos a la autoridad paterna, o que están abandonados o son maltratados. La razón fundamental de la tutela, radica en un deber de piedad, que encuentra su origen en la debilidad o imperfección del ser humano.

En muchas ocasiones, encontramos que las normas de la tutela son complementarias de la patria potestad o viceversa, ya que el fin primordial que el legislador busca, es, al fin y al cabo, la protección del incapaz, esté éste sujeto a patria potestad o a tutela.

Las reglas en materia de protección a los bienes del pupilo son similares y con objetos idénticos que las de protección al menor sujeto a la patria potestad, pero las restricciones y la vigilancia al tutor es mucho más acentuada que las impuestas al pater potestas.

De esta manera, encontramos al igual que en los bienes del menor sujeto a la patria potestad, la distinción, en los bienes del pupilo, entre los producidos por su trabajo y los obtenidos por diferente título.

El tutor representa legalmente al pupilo y es el administrador de todo su caudal, pero para el caso de la realización de actos importantes de administración, y siempre y cuando el pupilo posea el discernimiento suficiente y haya cumplido dieciséis años, deberá consultar a éste.

El tutor podrá enajenar o gravar bienes inmuebles o muebles preciosos del pupilo previa la obtención de una autorización judicial, la cual no se otorgará si no se acredita el evidente beneficio o la absoluta necesidad de la operación.

El resultado de dicha operación deberá destinarse al objeto para el cual fue realizada y el remanente será depositado en una institución de crédito.

Como vemos, las mismas disposiciones operan en la patria potestad, pero en el caso de la tutela son más estrictas, pues no basta con la autorización judicial, sino que debe ser oído además el curador, y la venta de bienes raíces deberá practicarse en pública subasta, mientras que en la enajenación de alhajas y muebles preciosos se podrá dispensar la almoneda siempre y cuando resulte en beneficio del pupilo.

Igualmente, y a diferencia de la patria potestad, en la tutela, no se discernirá el cargo si el tutor no ha otorgado la caución suficiente a fin de garantizar su manejo.

Por tanto, el menor de edad sujeto a tutela, no podrá ni directamente ni a través de su representante participar en la constitución de una sociedad, ya sea que se trate de invertir bienes producto de su trabajo o bienes obtenidos por cualquier otro título.

C. Menores de edad emancipados.

Para el caso de los emancipados, la situación se presenta diferente, pues por ley posee capacidad de ejercicio casi absoluta.

Como quedó establecido anteriormente, la emancipación en nuestro derecho es la sustracción a la patria potestad o a la tutela, en su caso, del menor, confiriéndole a éste, una capacidad que le da facultad para la libre administración de sus bienes, con algunas limitaciones, determinadas expresamente por la ley.

El artículo 451 del Código Civil expresa que "Los menores de edad emancipados por razón de matrimonio, tienen incapacidad legal para los actos que se mencionan en el artículo relativo al capítulo I del título décimo de este libro".

Dicho artículo relativo, dice que "El emancipado tiene la libre administración de sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

I. De la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes raíces;

II. De un tutor para negocios judiciales." (Artículo 643 del Código Civil).

De lo anterior, concluimos que si el artículo 451 sólo limita la capacidad legal para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes inmuebles y para la ejecución de asuntos judiciales, el emancipado no sólo podrá administrar todos sus bienes, sino que podrá además disponer de ellos, siempre y cuando, no se trate de los ya mencionados.

La razón de otorgar al emancipado una capacidad de ejercicio casi total, nos parece atinada por parte del legislador, y se funda en el hecho de que si dicho emancipado tiene la enorme responsabilidad de mantener las cargas que supone un matrimonio, ilógico sería suponer que no puede disponer libremente (con las limitaciones legales) de sus bienes.

De tal forma, vemos posible que adquiriera acciones desde la constitución en una Sociedad Anónima, aún sin mediar autorización judicial, y sí debiendo comprobar su estado por medio del acta relativa del Registro Civil.

Igualmente será válido el que dicha intervención la realice directamente y sin necesidad de estar representado.

D. Casos excepcionales.

No creemos que sea correcto afirmar que el menor sujeto a patria potestad o a tutela, no podrá en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, intervenir como accionista en el acto constitutivo de una sociedad anónima.

Será nulo si lo hace por sí mismo, pero habrá casos en que lo

podrá llevar a cabo a través de un representante.

Será posible esta intervención cuando sea impuesta como condición de un contrato o de una disposición testamentaria que así lo establezca.

Es posible que al menor se le donen bienes con la única condición de que dichos bienes sean destinados a la formación de una sociedad anónima.

En el caso mencionado en el párrafo anterior, el resto del caudal patrimonial del menor no corre ningún riesgo, pues como vimos en su oportunidad, el accionista responderá únicamente hasta el monto de su aportación, siendo así, que en caso de sobrevenir una pérdida o quiebra de la sociedad que se constituyó, esto no le afectará en lo no invertido en ella.

Puede ser también, que un tercero herede o deje un legado en favor del menor, pudiendo establecer el testador, que dicha herencia o legado cumpla con la condición de invertirse en la constitución de una sociedad, lo cual será perfectamente válido.

Por último, consideramos que de llevarse a efecto dicha adquisición de acciones, no será necesaria la intervención del juez autorizando la misma, pues la licencia judicial busca garantizar la protección del menor, lo cual en estos casos concretos no es necesario, pues el representante, sea el que ejerce la patria potestad, el tutor o la persona designada para cumplir con la condición, no están disponiendo de otros bienes del menor, más que los que se le otorgan con la finalidad de destinarlos a un fin perfectamente determinado.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS AL CAPITULO IV.

- (1) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, "Derecho Mercantil", Tomo I, Ed. Porrúa, S.A., México, 1982, 16a. edición, p. 27.
- (2) Mantilla Molina, Roberto L., "Derecho Mercantil", Ed. Porrúa, - S.A., México, 17a. edición, p. 53.
- (3) idem., p. 53-54.
- (4) Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, op.cit., p. 37-39.
- (5) Monroy Estrada, Mario, "Las Sociedades de Capital Variable", Tesis Profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 1944, p. 13.
- (6) Mantilla Molina, Roberto L., op.cit., p. 215.
- (7) Barrera Graf, Jorge, "Las sociedades en derecho mexicano", U.N. A.M., México, 1983, p. 11.

CONCLUSIONES

1. La doctrina en general, considera la capacidad de goce como la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y deberes; dicha capacidad es inmanente de la personalidad y en el fondo se identifica con ésta.

2. Por otra parte, la capacidad de ejercicio es la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, haciendo valer sus derechos y asumiendo sus deberes jurídicos.

3. En nuestro derecho, la edad y las condiciones físico-psíquicas modifican la capacidad de ejercicio, subsistiendo la capacidad de goce en todos los casos.

4. La emancipación es la sustracción a la patria potestad o a la tutela, según sea el caso, del menor, otorgándole la facultad de la libre administración de sus bienes, con limitaciones para la disposición de bienes inmuebles y para asuntos judiciales.

5. La patria potestad suple la incapacidad de los menores sujetos a ella, y consiste en el conjunto de deberes y facultades que la ley concede al padre y a la madre o a los ascendientes de un menor, sobre su persona y bienes.

6. La relación entre el que ejerce la patria potestad y el que está

sujeto a ella, radica en un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes y que más que corresponder a éstos una autoridad, les corresponde el cumplimiento de cargas y obligaciones.

7. Las facultades del que ejerce la patria potestad, se limitan a la representación del menor y la administración de los bienes del mismo.

8. La tutela surge como consecuencia de la imposibilidad de la existencia de la patria potestad y es una institución fundada en la ley y no en la naturaleza para suplir la debilidad del hombre y su imperfección, constituyendo un deber de piedad, cuyos fines son los mismos que en la patria potestad, teniendo como objeto principal, la protección del pupilo en su persona y en sus bienes.

9. La tutela consiste en la función jurídica confiada a una persona capaz para el cuidado de otra con incapacidad legal o natural y en la administración de sus bienes.

10. La tutela aunque también se puede ejercer sobre mayores incapaces, en el presente trabajo se omite su análisis en dicho sentido, por no tener importancia en el mismo.

11. La ley tiene un carácter eminentemente proteccionista en favor del menor, prohibiendo a sus representantes legales realizar actos que vayan en demérito del patrimonio del propio menor, pudiendo pro-

vocar con este abuso de facultades, la disminución de un patrimonio que no le corresponde.

12. El patrimonio que se invierte en la constitución de una sociedad anónima tiene un alto riesgo de subsistencia, pues el negocio es aleatorio.

13. Por lo tanto, el representante de un menor, no pueda disponer de los bienes de su menor representado, ni aún con licencia judicial, para invertirlo en la constitución de una sociedad anónima, a menos que dicha inversión se realice con bienes donados o heredados al propio menor, con el único objeto de destinarlos a la mencionada constitución de la sociedad.

14. Los menores emancipados, al tener la propiedad y libre administración de sus bienes, pueden intervenir personalmente y sin autorización judicial, en la constitución de la sociedad anónima que desee.

BIBLIOGRAFIA

Alvarez Friscione, Alfonso, "La Participación de Utilidades", Ed. -- Porrúa, S.A., México, 2a. edición, 1976, p.739.

Angliano, Humberto, "Principios de Derecho Civil", Ed. Aitres, Buenos Aires, Argentina, 13a. edición, 1981, p.272.

Barrera Graf, Jorge, "Estudios de Derecho Mercantil", Ed. Porrúa, -- S.A., México, 1958, p.290.

Barrera Graf, Jorge, "La Representación Voluntaria en Derecho Privado", U.N.A.M., México, 1967, 2a. edición, p.175.

Barrera Graf, Jorge, "Las sociedades en derecho mexicano", U.N.A.M., México, 1983, p. 392.

Bejarano Sánchez, Manuel, "Obligaciones Civiles", México, Ed. Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1980, 2a. edición, p. 599.

Borja Soriano, Manuel, "Teoría General de las Obligaciones", Ed. Porrúa, S.A., 1982, p. 732.

Branca, Giuseppe, "Instituciones de Derecho Privado", Ed. Porrúa, -- S.A., México, 10a. edición, 1978, p. 674.

Broseta Pont, Manuel, "Manual de Derecho Mercantil", Ed. Tecnos, Madrid, 1971, 13a. edición, p. 421.

Código Civil para el Distrito Federal, Colección Porrúa, México, -- 52a. edición, Ed. Porrúa, S.A., 1983.

De Castro y Bravo, Federico, "Temas de Derecho Civil", Ed. Rivadeneira, Madrid, 1976, 6a. edición, p. 486.

De Pina, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Volumen Primero, México, Ed. Porrúa, S.A., 1975, 7a. edición, p. 404.

De Pina, Rafael, "Diccionario de Derecho", México, Ed. Porrúa, S.A., 1981, 10a. edición, p. 500.

Flores Barrueto, "Primer Curso de Derecho Civil", México, edición mimeografiada, 1972, p. 305.

Galaxia, Juan Antonio, "Elementos de Derecho Civil", Ed. Galaxia, -- México, 2a. edición, 1963, p.195.

Galindo Garfias, Ignacio, "Derecho Civil", México, Ed. Porrúa, S.A., 1980, 4a. edición, p. 754.

Langle Rubio, Emilio, "Temas de Derecho Mercantil", Instituto Editorial Reus, Madrid, 1942, p. 374.

Magallón Martínez, Enrique, "La Patria Potestad", Tesis Profesional, U.N.A.M., México, 1984, p. 173.

Mantilla Molina, Roberto L., "Derecho Mercantil", Ed. Porrúa, S.A., -- México, 17a. edición, p. 486.

Monroy Estrada, Mario, "Las Sociedades de Capital Variable", Tesis -- Profesional, Escuela Libre de Derecho, México, 1944, p. 132.

Ortiz-Urquidí, Raúl en "Derecho Civil", México, Ed. Porrúa, S.A., -- 1982, 2a. edición, p. 633.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, "Representación, Poder y -- Mandato", México, Ed. Porrúa, S.A., 1984, p. 141.

Planfol, Marcel, "Tratado Elemental de Derecho Civil", México; Ed. - Cajica, Traducción de José M. Cajica Jr., 1946, 12a. edición, p.520.

Puente, Arturo, "Derecho Mercantil", Ed. Porrúa, S.A., México, 1947, 2a. edición, p.473.

Ramírez Valenzuela, Alejandro, "Introducción al Derecho Mercantil",- Ed. Limusa, México, 3a. edición, 1981, p.214.

Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, "Derecho Mercantil", Tomo I, Ed. Porrúa, S.A., México, 1982, 16a. edición, p. 449.

Rojina Villegas, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo Primero, México, Ed. Porrúa, S.A., 1975, 2a. edición, p. 525.

Soto Alvarez, Clemente, "Derecho y Nociones de Derecho Civil", México, Ed. Limusa, 1975, p. 387.

Trabucchi, Alberto, "Instituciones de Derecho Civil", Tomo I, Traducción de Martínez-Calcerrada, Luis, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, 2a. edición, p. 529.

Valverde y Valverde, Calixto, "Tratado de Derecho Civil Español" Tomo IV, España, 4a. edición, 1938, p.608.