

LA PECULIAR SITUACIÓN JURÍDICA DEL MENOR ARAGONÉS MAYOR
DE CATORCE AÑOS

SPECIAL LEGAL SITUATION OF ARAGONESE CHILDREN ABOVE 14
YEAR

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 2, febrero 2015, pp. 453-465.

Fecha entrega: 16/09/2014
Fecha aceptación: 29/09/2014

AURORA LÓPEZ AZCONA

Profesora Acreditada a Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza
alopaz@unizar.es

RESUMEN: Una de las singularidades del Derecho civil aragonés radica en la amplia capacidad de obrar de la que está dotado anticipadamente el menor mayor de catorce años. En efecto, haya sido o no emancipado, ya no está sujeto a representación legal, de tal manera que puede realizar por sí todo tipo de actos y contratos con la necesaria asistencia, en su caso.

PALABRAS CLAVE: Menor de edad, catorce años, capacidad de obrar, asistencia.

ABSTRACT: One of the main special characters of the Civil Law of Aragon is the large ability to legally act recognized to children above 14 years, irrespective of him having been emancipated or not. Once reached that age, the child acts on his own, he's no more under the legal representation of his parents or tutors and only under special circumstances he is still in need of the approval of the latter ones.

KEY WORDS: Child, fourteen years, capacity to act, approval.

1. El menor aragonés mayor de catorce años goza de una situación jurídica singular en el Ordenamiento jurídico español, toda vez que se trata de un menor con capacidad anticipada o ampliada. Ello no es algo nuevo en Derecho aragonés, sino que responde a nuestra tradición jurídica, en concreto, trae causa del fuero *De contractibus minorum* de 1247. En cualquier caso, la capacidad a la que nos estamos refiriendo es la capacidad de obrar, no la capacidad jurídica, ya que ésta última - como es sabido- la tiene toda persona desde su nacimiento, siempre que cumpla los presupuestos del art. 30 CC.

De acuerdo con el art. 5.3 CDFA, el menor mayor de catorce años carece de representante legal, de tal manera que desde entonces actúa en el tráfico jurídico por sí solo, si bien necesita en la mayor parte de los actos jurídicos que se complemente su capacidad mediante la asistencia. No obstante, desde el momento en que sigue siendo menor de edad, sigue sujeto a la autoridad familiar -ya sea de sus padres o de personas distintas- o, en su defecto, a tutela, instituciones de protección que no se extinguen hasta la mayoría de edad o, en su caso, la emancipación (art. 93.1.b. y art. 144.a. y b. CDFA).

Esta capacidad ampliada se traduce en que, de acuerdo con el art. 23.1 CDFA, “el menor de edad, cumplidos catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos con asistencia, en su caso”. En otras palabras, con asistencia el menor mayor de catorce años, ya haya sido emancipado (o no), puede realizar todo tipo de actos jurídicos, tanto de índole personal como de tipo patrimonial, incluidos los contratos y la comparecencia en juicio (art. 7.2 LEC).

En coherencia con lo anterior, el art. 34 CDFA sienta dos presunciones: se presume la capacidad de la persona que ha cumplido catorce años y que no ha sido incapacitada judicialmente, así como como su aptitud de entender y querer un acto concreto. En cualquier caso, dichas presunciones son *iuris tantum*, de tal manera que si se acredita esa falta de aptitud el acto será considerado inválido y, por tanto, podrá solicitarse su nulidad por el propio menor con asistencia (art. 37 CDFA).

2. Según prevé el art. 23.3 CDFA, la asistencia al menor mayor de catorce años no siempre es necesaria, de tal modo que el menor puede realizar por sí solo, sin complemento de capacidad alguno, ciertos actos jurídicos; en concreto, los que se enuncian a continuación:

A) *Solicitar en el RC la sustitución de su nombre propio por su equivalente en cualquiera de las lenguas propias en Aragón* (art. 25 CDFA); *o la alteración del orden de sus apellidos* (art. 57 CDFA).

B) *Administrar ciertos bienes*, en concreto los enumerados en el art. 26.2 CDFA:

a) *los bienes que adquiriera con su trabajo o industria*, esto es, como resultado de cualquier actividad productiva, incluido su salario siempre que sea mayor de dieciséis años, toda vez que ésta es la edad laboral (art. 6 Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

b) *los bienes que sus padres u otra persona le haya confiado para que los administre, así como los rendimientos obtenidos con los mismos.*

c) *los bienes que haya adquirido a título gratuito cuando el disponente le haya atribuido su administración.* El CDFa reconoce al disponente de bienes a título gratuito, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, la facultad de organizar la gestión de los mismos. Así puede encomendar su administración al propio menor siempre que sea mayor de catorce años (art. 26.2) o nombrar un administrador (art. 97).

En cualquier caso, la excepción prevista en el art. 26.2 sólo se refiere a la administración de estas tres modalidades de bienes, no a su disposición que, en todo caso, requiere la debida asistencia por aplicación de la regla general del art. 23 CDFa, en interpretación conjunta con el art. 9.1 del mismo texto legal. A tal respecto puede traerse a colación la STSJ de Aragón de 15 junio 2011 que calificó de acto de disposición el reintegro por el padre de un menor de diecisiete años del dinero depositado en una cuenta bancaria abierta a nombre de éste y de su abuelo, de lo que resulta que el padre no estaba facultado a efectuarlo, sino única y exclusivamente el propio menor, por corresponder en Aragón a los menores mayores de catorce años la disposición de sus bienes. De este modo, la entidad bancaria fue condenada a la restitución al menor del dinero retirado por su progenitor más los intereses.

C) *Aceptar una herencia* (art. 346.1 CDFa). La repudiación, por el contrario, requiere asistencia, al tratarse de un acto dispositivo.

D) *Hacer testamento, salvo el ológrafo* (art. 408 CDFa).

E) *Ser testigo en los testamentos* (art. 415.1.a. CDFa).

F) Adicionalmente, en Derecho aragonés *todo menor con suficiente juicio, ya sea menor o mayor de catorce años, puede ejercer los derechos de la personalidad y llevar a cabo los actos y contratos propios de su vida corriente* (art. 7.1.a. y b. CDFa).

a) *Ejercer los derechos de la personalidad.*

De acuerdo con el art. 12.2 CDFa, el ejercicio de los derechos de la personalidad es personalísimo, sin que quepa la representación legal. Ahora bien, el hecho de que no sea posible la representación no significa que baste con la sola voluntad del menor para ejercer estos derechos o permitir la intromisión de terceros en los mismos. A

este respecto, el CDFA exige la intervención de los padres u otros guardadores y, en su defecto, la intervención judicial, con diferente alcance o intensidad, según el menor sea mayor (o no) de catorce años (art. 20 para el menor de menos de catorce años y art. 24 para el menor mayor de catorce años). Se trata de evitar así que vuelvan a suceder supuestos tan trágicos como el del *menor de Ballobar* (Huesca), un menor de trece años que falleció en 1994, como consecuencia de unas fuertes hemorragias provocadas por una caída de bicicleta, después de que sus progenitores y el propio niño se negaran a que se le realizase una transfusión de sangre, alegando motivos religiosos -eran testigos de Jehova-. La Audiencia Provincial de Huesca absolvió a los padres (SAP de Huesca de 20 noviembre 1996), pero el Tribunal Supremo admitió el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal y dictó una nueva sentencia (STS de 17 junio 1997) en la que condenó a los progenitores por un delito de homicidio por omisión, con la atenuante de obcecación o estado pasional, por considerar que les correspondía “como titulares de la patria potestad, la salvaguardia de la salud del menor, de la cual eran garantes”. Los padres presentaron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, al entender que la sentencia del Tribunal Supremo violaba los derechos fundamentales a la libertad religiosa y a la integridad física y moral. El Tribunal Constitucional en una sentencia muy polémica y cuestionable (STC 154/2002 de 18 julio) estimó el recurso de amparo y anuló la sentencia del Tribunal Supremo, por entender que la actuación de los padres “se halla amparada por el derecho a la libertad religiosa”, que fue vulnerado por la sentencia que les condenó.

Centrándonos en el menor mayor de catorce años, el art. 24.1 CDFA formula la regla general de que la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad del menor que haya cumplido catorce años depende de su exclusiva voluntad. Por consiguiente, es el menor de catorce años el que decide si presta su consentimiento para hacerse un piercing o un tatuaje, para tomar la píldora del día después, para hacerse una operación de cirugía estética, para publicar su foto en una revista o para salir en un programa de televisión.

No obstante, esta regla general tiene ciertas matizaciones. Así, en lo que atañe al uso de la imagen de los menores en los medios de comunicación, debe tenerse en cuenta lo previsto específicamente en el art. 4 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, según el cual, la utilización de la imagen o nombre de un menor en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación o que sea contraria a sus intereses, aún con el consentimiento del interesado, debe calificarse de ilegítima con las consecuencias legales que ello implica y determinará la intervención del Ministerio Fiscal, a fin de que adopte las medidas de protección que estime oportunas y solicite las indemnizaciones correspondientes.

Por añadidura, y en lo que hace al Derecho aragonés, según prevé el mismo art. 24.1.a. CDFA, el consentimiento del menor mayor de catorce años resulta insuficiente para legitimar la intromisión de terceros en sus derechos de la personalidad cuando su decisión entrañe un grave riesgo para su vida o integridad

física o psíquica, siendo necesaria en este caso la asistencia de uno de sus padres o tutor y, de no querer o poder prestarla éstos, de la Junta de Parientes o del Juez. En aplicación de esta regla, el menor mayor de catorce años requiere asistencia para:

a') *Otorgar un documento de voluntades anticipadas* (art. 15.3 Ley 6/2002 de Salud de Aragón y art. 11.3 Ley aragonesa 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte).

b') *Rechazar de una intervención sanitaria, aunque ello pueda poner en peligro su vida* (arts. 8.1 y 11.3 Ley aragonesa 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte).

c') *Prestar el consentimiento informado requerido legalmente para la toma de decisiones sanitarias relativas a su proceso de morir y de la muerte, así como, en su caso, la revocación del mismo* (arts. 7.3 y 11.3 Ley aragonesa 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte). Según clarifica, el art. 5 de dicha Ley, se encuentran en tal proceso las “personas afectas de una enfermedad grave, irreversible y de pronóstico mortal, que se encuentran en situación terminal o de agonía”.

Tratándose de cualquier otra intervención en el ámbito de la salud, el consentimiento informado lo prestará el menor mayor de catorce años sin necesidad de asistencia, siempre que se encuentre preparado mental y emocionalmente para poder entender el alcance de aquélla o cuando haya sido emancipado (art. 14.1.c. Ley 6/2002 de Salud de Aragón).

Con todo, de esta regla de la necesaria asistencia para aquellos actos que pueden entrañar un grave riesgo para la vida o integridad se exceptúa la interrupción voluntaria del embarazo, toda vez que, por aplicación del art. 13 de la Ley 2/2010 de salud sexual y reproductiva, basta con el consentimiento de la mujer siempre que sea mayor de dieciséis años. Acto seguido, el mismo precepto sólo impone a los facultativos el deber de informar de la decisión de la menor al menos a uno de sus progenitores siempre que sean titulares de la patria potestad -autoridad familiar en Aragón- o, en su caso, al tutor. Es más, se prescindirá de esta información cuando la menor alegue fundadamente que esto le provocará un conflicto grave, manifestado en el peligro cierto de violencia intrafamiliar, amenazas, coacciones, malos tratos, o se produzca una situación de desarraigo o desamparo. En el caso de prescindir de esta información, el médico encargado de practicar la interrupción del embarazo deberá apreciar, por escrito y con la firma de la mujer, que las alegaciones de ésta son fundadas, pudiendo solicitar, en su caso, informe psiquiátrico, psicológico o de un trabajador social (art. 8 RD 825/2010).

En cualquier caso, según dispone el art. 24.1.b. CDFFA, en contra de la voluntad del menor mayor de catorce años, sólo será posible la intromisión en sus derechos de la personalidad con autorización judicial en interés de aquél. Pensemos p.e. en el caso

de menor que se niega a una transfusión sanguínea o a una quimioterapia; en este caso corresponderá al Juez autorizar dicha intervención médica en atención al interés del menor, bien de oficio, bien a a solicitud de los propios parientes del menor, del facultativo que lo atienda o, en general, de cualquier persona interesada. Constituye una aplicación específica de esta regla el art. 36 CDFA que supedita el internamiento forzoso en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial o en un centro residencial que comporte privación de libertad a la correspondiente autorización judicial.

Finalmente, para el supuesto de que el menor no esté en condiciones de decidir la actuación de los terceros, sólo será posible la intromisión cuando lo exija su interés, apreciado por uno de los titulares de la autoridad familiar o el tutor y, subsidiariamente, por el Juez (art. 24.2 CDFA y art. 11.3 Ley aragonesa 10/2011 de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir). Pensemos en el caso de una intervención médica y que el menor no pueda consentir porque está inconsciente; en su interés podrá decidir uno de los titulares de la autoridad familiar o, en su caso, el tutor; y si ellos consideran que no hay que llevar a cabo la intervención, en última instancia decidirá el Juez.

Obviamente, el consentimiento del menor no será suficiente, ni aun con asistencia, cuando se le exija legalmente tener dieciocho años para llevar a cabo ciertos actos concernientes a sus derechos de la personalidad, tales como:

a) *Ser donante vivo de órganos* (art. 4 Ley 30/1079 sobre extracción y trasplante de órganos). Tras la muerte, todos somos considerados donantes si no consta nuestra oposición expresa en vida (art. 5 Ley 30/1079 sobre extracción y trasplante de órganos). Sin embargo, esa expresión puede haber sido formulada de diferentes modos, lo que obliga a interpelar a familiares o allegados sobre la voluntad del fallecido respecto a la donación. En la práctica siempre se respeta la decisión de la familia.

b) *Participar en las técnicas de reproducción asistida, como donante o receptora de gametos* (arts. 5 y 6 Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción asistida).

c) *Someterse a cirugía transexual* (art. 156 Cp.).

b) Asimismo, el menor con suficiente juicio puede *otorgar los actos y contratos propios de su vida corriente que sean acordes con los usos sociales*. Dicha previsión, a todas luces, lógica, afecta a un sinnúmero de contratos que todos los menores hacen diariamente y que nadie cuestiona su validez, contratos con trascendencia económica creciente conforme se va incrementando su edad y, por ende, su capacidad natural de querer y entender (p.ej. compra de chucherías, títulos de transporte, libros, ropa, música, material deportivo, material informático o móviles). De cualquier modo, la capacidad del menor para realizar válidamente dichos actos se supedita a que éstos reúnan tres caracteres, a saber: 1. que sean propios de la vida corriente del menor; 2. que sean

comprensibles para el menor, según su capacidad natural; y 3. que sean admitidos según los usos sociales. Se adopta así expresamente respecto del Derecho aragonés la solución adoptada por la jurisprudencia en materia de capacidad para contratar de los menores sujetos al Código civil.

3. Finalmente, hay una serie de actos jurídicos que el menor mayor de catorce años no puede realizar por si con o sin asistencia, toda vez que el CDFa exige la mayoría edad; entre otros:

A) *Otorgar un documento de autotutela o un mandato de autoprotección* (arts. 108 y 109 CDFa).

B) *Formar parte de la Junta de Parientes* (art. 172 CDFa).

C) *Constituir una pareja estable no casada* (art. 303 CDFa), lo que no deja de ser un contrasentido, desde el momento en que el Código civil (arts. 46 y 48.2) permite el matrimonio a los menores emancipados e incluso permite la dispensa del impedimento de edad a partir de los catorce años.

D) *Otorgar pacto sucesorio* (art. 378 CDFa).

E) *Hacer testamento ológrafo* (art. 408.2 CDFa).

F) *Ser fiduciario* (art. 440.1 CDFa).

4. La asistencia a la que el Derecho aragonés supedita, como regla, la validez de la actuación jurídica del menor mayor de catorce años debe entenderse en el sentido de asentimiento o aprobación del acto realizado por el menor. De cualquier modo, conforme al art. 27.1 CDFa, exige conocer el acto que el menor se propone realizar y considerarlo conforme a sus intereses. Puede ser expresa o tácita. La asistencia expresa no requiere forma determinada, pudiendo constar tanto en documento público o privado. La asistencia tácita puede deducirse de la mera presencia en el acto sin manifestar oposición (art. 27.2). En ningún caso puede prestarse de forma genérica o en abstracto, sino, en principio, de modo individualizado para cada acto en concreto. No obstante, excepcionalmente el CDFa permite que se preste asistencia para una pluralidad de actos, siempre que sean de la misma naturaleza o se refieran una misma actividad, empresa, explotación económica o sociedad (art. 27.3).

El acto otorgado sin la debida asistencia es anulable, de tal modo que tanto el llamado a prestar la asistencia omitida como el propio menor -con asistencia- podrán solicitar su invalidación, mientras no lo confirmen. En cualquier caso, la acción de anulabilidad está sujeta a plazo de prescripción, diferente según quien la

ejercite. En concreto, el llamado a prestarla puede ejercitarla desde que el menor efectuó el acto sin su asistencia hasta que éste alcance la mayoría de edad o, en su caso, sea emancipado. Por su parte, el propio menor tiene un plazo de cuatro años a contar desde su mayoría de edad o, en su caso, emancipación (art. 29 CDFFA).

En orden a las personas que deben prestar la asistencia, el art. 23 CDFFA dispone que para aquellos actos que sea necesario, corresponde prestar asistencia “a uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, al tutor. La imposibilidad de prestar asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez”. Esta previsión merece alguna aclaración adicional, distinguiendo a tal efecto entre las hipótesis que se enuncian a continuación.

En caso de que ambos progenitores sean titulares y tengan el ejercicio de la autoridad familiar: la asistencia podrá ser prestada por cualquiera de ellos indistintamente, lo que resulta coherente con la regla del ejercicio separado o conjunto de la autoridad familiar a que se refiere el art. 71 CDFFA.

Si el ejercicio de la autoridad familiar corresponde a uno solo de los progenitores (bien porque así lo haya decidido el Juez a consecuencia p.e. de las divergencias reiteradas entre los progenitores en el ejercicio de la autoridad familiar o en una situación de ruptura de convivencia, bien como consecuencia de la exclusión *ex* art. 61 CDFFA, privación *ex* art. 90 CDFFA, suspensión *ex* art. 91 CDFFA o extinción *ex* art. 93 CDFFA de la autoridad familiar del otro): sólo al progenitor ejercitante de la autoridad familiar corresponderá prestar la debida asistencia.

Para el supuesto de que el ejercicio de la autoridad familiar corresponda a personas distintas de los padres (padrastra/madrastra, abuelos o hermanos mayores *ex* arts. 85 a 87 CDFFA): aunque esta hipótesis no se encuentra contemplada expresamente el art. 23 CDFFA, cabe entender que si el acto para el que el menor requiere asistencia es de tipo personal, serán estos titulares de la autoridad familiar distintos de los padres los que deban prestar la debida asistencia, desde el momento en que ejercen la autoridad familiar con el mismo contenido que los padres. En cambio, si el acto para que el menor requiere asistencia es de tipo patrimonial, la asistencia no podrán prestarla los titulares de la autoridad familiar -dado que, a diferencia de los padres, no les corresponde la gestión del patrimonio del menor- sino a su tutor real (arts. 88.3 y 134 CDFFA).

Para aquellos menores no sujetos a autoridad familiar de sus padres ni de persona distinta: la asistencia deberá prestarla su tutor (art. 130.1.a. CDFFA).

Singularmente, respecto de aquellos bienes adquiridos por el menor a título gratuito respecto de los cuales el disponente haya nombrado un administrador *ad hoc* -el administrador voluntario-: aunque el supuesto carece de regulación expresa, parece que la asistencia deberá ser prestada por éste respecto de aquellos actos de gestión sobre dichos bienes que pretenda efectuar el menor (art. 107 CDFFA).

Finalmente, sólo en caso de que las personas indicadas -ya sean los padres, los titulares de la autoridad familiar distintos a los padres, el tutor o el administrador voluntario- no puedan o -entiendo- no quieran prestar la debida asistencia: el menor podrá solicitarla alternativamente a la Junta de Parientes o al Juez (art. 23.2 CDFa).

Respecto a la Junta de Parientes interesa clarificar que, tal como se configura en Derecho aragonés, es un órgano familiar que puede participar en decisiones familiares y sucesorias importantes -siempre que no estén sujetas a norma imperativa *ex* art. 170 CDFa- como alternativa a la intervención judicial. Puede ser llamada a intervenir por la ley -como sucede en el caso del art. 23.2 aquí contemplado-, pero también por la voluntad de los particulares o por la costumbre (art. 170 CDFa). De efectuarse su llamamiento por ley -como aquí sucede-, la Junta se integra por los dos más próximos parientes del interesado -mayores de edad, plenamente capaces e idóneos *ex* art. 173 CDFa-, uno por cada línea familiar (art. 172.1 CDFa). Como regla general, la Junta se constituye bajo fe notarial, de tal manera que el Notario elevará a escritura el acuerdo de sus miembros, siempre que se encuentren todos presentes y decidan por unanimidad (art. 174 CDFa). Cuando ello no sea posible, su constitución corresponde al Juez en expediente de jurisdicción voluntaria (art. 175.1 CDFa). En cualquier caso, sus acuerdos deben adoptarse por unanimidad, previa deliberación conjunta por sus miembros (art. 175.3 CDFa). En caso de falta de acuerdo de la Junta de Parientes, se acudiría, según los casos, a la decisión del juez o del defensor judicial nombrado a tal efecto (art. 181 CDFa). En orden a su eficacia, los acuerdos de la Junta de Parientes tienen la fuerza de obligar de un contrato, Por añadidura, se prohíbe como regla someter a otro órgano de decisión -ya sea el Juez o el defensor judicial, según los casos- el mismo asunto objeto de decisión por la Junta, aunque se prevea su intervención alternativa o subsidiaria. Sólo cuando con posterioridad a la decisión de la Junta ocurra o se conozca un hecho relevante para la resolución del asunto, podrá ser sometido nuevamente a decisión judicial o de la propia Junta (art. 178.3 y 4 CDFa).

5. El régimen jurídico del menor mayor de catorce años se cierra con un precepto, el art. 28.1 CDFa, dirigido a resolver aquellos supuestos en que se existan oposición de intereses entre el menor y quienes deben prestarle asistencia en algún asunto concreto.

En primer lugar, el art. 28.1.a. dispone que si el conflicto de interés se plantea entre el menor y uno sólo de sus progenitores o tutores -entiéndase en el caso de que ambos progenitores tengan el ejercicio de la autoridad familiar o, subsidiariamente, el menor esté sujeto a cotutela), la asistencia será prestada por el otro progenitor o tutor. Pensemos p.ej. en el caso de una partición de herencia en la que concurren como herederos tanto el menor como uno de sus progenitores (Resolución DGRN de 23 mayo 2012: no en toda partición hereditaria en que intervenga un menor y su progenitor existe conflicto de intereses, sino que habrá que atender a las circunstancias concretas del caso. La oposición de intereses ha de ser real, sin que

pueda extenderse a posibles perjuicios no acreditados ni a perjuicios futuros e hipotéticos). Pese al silencio del legislador en este punto, entiendo que esta regla es, asimismo, aplicable cuando sean titulares de la autoridad familiar personas distintas de los padres y, en particular los abuelos *ex art. 86 CDFA*.

Para el caso de que el conflicto de interés se plantee entre el menor y ambos padres o tutores -entiéndase, asimismo, en el caso de que ambos progenitores tengan el ejercicio de la autoridad familiar o, subsidiariamente, el menor esté sujeto a cotutela, el art. 28.1.b. prevé que la asistencia será prestada por la Junta de Parientes o un defensor judicial nombrado a tal objeto por el Juez atendiendo a su idoneidad para el cargo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 154 CDFA. Pensemos p.ej. en el caso de liquidación de consorcio conyugal de los padres del menor por muerte de uno de ellos en la que concurren el menor en su condición de heredero del progenitor fallecido y, de otra, el progenitor viudo en su condición de partícipe del consorcio conyugal (Resolución DGRN de 2 agosto 2012: en la liquidación de gananciales habría conflicto de intereses si la ganancialidad de los bienes no fuera indubitada o derivara de manifestación unilateral del fallecido, pero no en el caso de que el carácter de ganancial del bien fuera indubitado).

La misma solución -esto es, la asistencia de la Junta de Parientes o del defensor judicial- se adopta para el supuesto de que el conflicto de interés surja entre el único progenitor titular de la autoridad familiar o el único tutor. E igualmente, pese al silencio del legislador en este punto, cuando el conflicto de interés se plantee bien entre el menor y los dos abuelos titulares de la autoridad familiar bien entre el menor y el único titular de la autoridad familiar diferente a los padres (por este orden, el padrastro/madrastra, el abuelo o el hermano mayor). Interesa aclarar a este respecto que el CDFA atribuye preferentemente la autoridad familiar a los abuelos de la rama que mejor relación tengan con el menor y cuando éstos vivan separados, al que más se ocupe del nieto y, subsidiariamente, al más joven (art. 86 CDFA). Cuando la autoridad familiar corresponda a los hermanos mayores, en defecto de padrastro/madrastra y abuelos, tendrá preferencia el que mejor relación tenga con el menor y subsidiariamente al de mayor edad (art. 87 CDFA).

Finalmente, el art. 28.1.c. dispone que si el conflicto de interés se plantea entre el menor y el administrador voluntario, la asistencia será prestada por uno cualquiera de los padres -se entiende, siempre que tengan atribuida la titularidad y ejercicio de la autoridad familiar- o, en su defecto, por el tutor.

Adicionalmente, el mismo precepto en su apartado 2º contempla el supuesto de oposición de intereses en algún asunto concreto entre varios menores que deban ser asistidos por una misma persona -ya sea uno de sus progenitores, tutor o administrador voluntario-, disponiendo en tal caso el nombramiento a cada uno de ellos de un defensor judicial.

