

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La Convención de Panamá, 1975, coincide con la regla general de nuestro Código Civil en cuanto establece que los efectos y el ejercicio del poder se sujetan a la ley del Estado donde ésta se ejercerá (art. 5º).

Los arts. 1209 y 1210 del Código Civil contienen la norma general: todos los aspectos que hacen a los requisitos de fondo de un contrato (consentimiento, objeto, naturaleza jurídica, efectos, etc.)(***)(147) se regirán por la ley del lugar de cumplimiento del mismo. Se exceptúan los casos de fraude (arts. 1207 y 1208) y de violación del orden público (arts. 1206 y 14, incs. 1, 2 y 3 del Código Civil y art. 12 de la Convención de Panamá). Puede existir alguna incertidumbre en cuanto al "lugar de cumplimiento" sobre todo en los poderes generales; en tal supuesto se tendrá en cuenta lo previsto por el art. 1212 del Código Civil.

Los Tratados de Montevideo 1889 y 1940 (arts. 33 y 37) también consagran la misma regla.

No debemos olvidar, no obstante lo expuesto, que en materia contractual, las partes pueden acordar la aplicación de una ley distinta (autonomía art. 1197 del Código Civil). Este acuerdo puede presentar alguna dificultad práctica ya que el poder es, normalmente, un acto unilateral, concretándose la conformidad del apoderado en forma tácita a través del ejercicio del poder (art. 11, Convención Panamá).

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha determinado que la intervención de un notario extranjero crea una presunción de legitimidad (C.S., Fallos, tomo 48, p. 98; JA, tomo 6, p. 485).

El Colegio de Escribanos se expidió en consultas sobre el tema: Lanza Tanco, Rev. del Notariado 712, 1970, p.1136 y Cacciari, Rev. del Notariado 767, 1979, p. 1870; Lanzón, Rev. 777, 1981, p. 883.

II. En cuanto a la segunda parte donde se pregunta si dicho poder se anexa a la escritura, la respuesta se encuentra en la primera parte del art. 1003 del Código Civil: si se trata de un poder especial para un acto jurídico determinado, se anexará al protocolo. Si fuese menester su devolución, o se tratase de poderes generales, el notario hará constar esa circunstancia y agregará copia autenticada al protocolo. Si se hallaran protocolizados con anterioridad en el registro de la notaria, se expresará ese antecedente indicando el folio y año respectivo.

IV MENOR. Gestión de negocios. Presunción de onerosidad

DOCTRINA: A. En la práctica contractual es factible adoptar la figura de la gestión de negocios en las compras de bienes inmuebles para menores de edad.

B. La compra de un bien inmueble realizada para un menor de edad por la madre que no se encontraba en ejercicio de la patria potestad, aceptada una vez adquirida la emancipación por habilitación de edad, no hace presumir que el mismo fue habido a título gratuito.

C. En tales supuestos no son de aplicación las prohibiciones dispuestas en los artículos 134 y 135 del Código Civil.

(Dictamen del consejero León Hirsch, aprobado por el Consejo Directivo en sesión de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

26 de junio de 1991.) (Expte. 2826 - F - 1991.)

CONSIDERACIONES. 1. El tema central de la consulta invita - una vez más - a participar del debate, aún no agotado, acerca de la naturaleza jurídica de la compra de bienes inmuebles para los menores de edad.

2. El consentimiento, llamado también acuerdo de partes, supone en el contrato, como negocio jurídico bilateral, declaraciones de voluntad debidamente exteriorizadas y coincidentes en cuanto al objeto, al contenido y al fin.

2.1. Tales declaraciones pueden ser hechas por los propios interesados o valerse de otras personas.

En el primer caso, que es el ordinario, la declaración se hace personalmente o en nombre propio, coincidiendo el sujeto de la declaración y el sujeto del interés.

En el segundo nos hallamos en ámbito de la colaboración o cooperación jurídica de una persona en el contrato ajeno.

2.1.2. Esa actividad puede revestir las siguientes formas:

a) El tercero actuará como simple vehículo o portador de la declaración ajena, esto es, llevando o transmitiendo a su destinatario el documento o la comunicación verbal, y es un instrumento material de la declaración ajena como lo sería una carta, un telegrama, el teléfono, etc. No tiene injerencia activa ni iniciativa en el contrato. No emite la declaración de voluntad, sólo es portavoz de ella. Se trata de la figura del nuncio o mensajero. Esta clase de participación no ha sido contemplada en nuestro Código, que regula en forma conjunta representación y mandato, no obstante sus diferencias.

b) Si el tercero declara una voluntad propia, pero con el propósito de producir efectos jurídicos en intereses o patrimonio ajeno, es decir, si realiza un acto en nombre propio e interés ajeno, se nos muestra la representación indirecta, mediata, tácita o incompleta.

La actividad del representante reúne todas las características análogas a las de quien realiza el negocio en su propio nombre, pero existen relaciones internas entre representante y representado extrañas a la otra parte contratante. De allí la calificación de prestanombre o testafarro, si bien no debe identificarse la interposición de éste con los supuestos en que ella es ficticia o simulada.

Media, pues, un mandato oculto, que no crea obligaciones entre el representado y el otro contratante. Los efectos del negocio que aquél concluye afectan a su persona, en relación con los terceros y no a la persona oculta en cuyo interés interviene.

El concepto indicado no es de aplicación en las compras que se realizan "en comisión" ya que si bien existe en tales casos un mandato oculto, se lo considera de naturaleza sui géneris, regido por principios diversos al común.

La figura de representación indirecta puede encontrarse en nuestro derecho positivo en el contrato de comisión, legislado por el Código de Comercio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Dispone el art. 233 que el comisionista queda directamente obligado hacia las personas con quienes contratare, sin que éstas tengan acción contra el comitente, no éste contra aquéllas, a no ser que el comisionista hiciera cesión de sus derechos a favor de una de las partes.

c) Finalmente, si el tercero concurre a la formación del contrato declarando su propia voluntad pero en nombre y en interés ajeno, de modo que los efectos jurídicos y económicos, activos y pasivos, se produzcan exclusiva e inmediatamente para la persona en cuyo nombre se contrata, se da el caso de la representación directa, propia, verdadera, inmediata, plena.

En este tipo de representación el sujeto de la voluntad es el representante, y el del interés, el representado.

En la representación directa se distingue la función activa, que consiste en emitir la declaración en nombre de otro y es la de mayor preponderancia, y la función pasiva, a cargo de quien recibe la declaración de voluntad ajena.

Pero la diversificación más importante que corresponde hacer es la de representación legal o necesaria, llamada asimismo orgánica y representación voluntaria o negocial, que también ha sido llamada inorgánica y eventual.

La primera tiene por objeto suplir una falta de capacidad para formar la voluntad destinada a surtir efectos jurídicos y puede ser referida asimismo a los entes colectivos y a ciertas situaciones jurídicas como la quiebra o el concurso. Las facultades del representante provienen de la ley, que delimita, además, la esfera de facultades. En la representación voluntaria las atribuciones del representante emergen de la libre voluntad del representado y es él quien determina su extensión y límites, por medio del poder, que puede ser general para todos los negocios o ceñirse a uno o varios negocios determinados.

La representación legal, en principio, no es delegable. En la voluntaria es posible la sustitución.

Con respecto a la representación legal, no debe asimilarse a ella la asistencia de personas parcialmente incapaces, en las que se integra el defecto de incapacidad, pero sin sustituir la voluntad. En Brasil, por ejemplo, tratándose de un menor púber (mayor de 16 y menor de 21), para la venta de bienes inmuebles de su pertenencia y sin perjuicio de la autorización judicial, el menor debe concurrir y suscribir la escritura. En consecuencia, es asistido y no representado.

3. Cuando los padres compran para sus hijos menores de edad un bien inmueble, lo más probable es que lo adquieran ejerciendo la representación legal del mismo.

Sin embargo, hay otra forma - quizás la más frecuente - que se emplea en la práctica notarial cuando los padres efectúan estas compras.

Consiste en la manifestación de que adquieren para el menor, con o sin indicación de la procedencia del dinero, quien oportunamente procederá a aceptar la compra.

Si bien no desconocemos las profundas discrepancias doctrinarias

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

existentes acerca del encuadramiento jurídico de la declaración expresada, en este lugar, por exceder el marco de un dictamen, no nos detendremos en el análisis de ellas.

Solamente ponemos de relieve que, para la solución del caso, tal como lo sostuvimos en la IV Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, celebrada en el año 1974, adherimos a la doctrina que considera que los padres pueden despojarse del carácter de representantes legales y actuar como gestores de negocios.

Gattari en un meduloso trabajo publicado en Revista del Notariado N° 811, pág. 1427 ("Los menores hasta los dieciocho años en las escrituras"), con su habitual honestidad intelectual, expresa: "Hasta hace unos diez años, yo pensaba que el padre o la madre en su caso, no podían despojarse de su carácter de representantes legales «como quien se despoja de su prenda de vestir» y actuar como gestores oficiosos. La base de tal pensamiento fue siempre la protección del menor, pero las razones que derivan de lecturas y meditaciones sobre el tema me han convencido de que, de tal modo, alguna vez sale perjudicado el menor: v.gr. si es imprescindible disponer del inmueble a su nombre para su propio beneficio, no puede hacerse sin autorización judicial que nunca alcanza a ser rápida. Por otro lado, tampoco es justo que la defensa y protección del menor se realice a costa de la voluntad del padre y de su libertad de disposición. Resulta chocante que la aparente ventaja de uno se funde en la desventaja del otro y que una persona con voluntad jurídica autónoma dependa de un carácter que se le atribuye en relación a otra persona sin voluntad jurídica autónoma. Y digo se atribuye porque ¿de qué norma surge que el padre, siempre que actúa en tal carácter, deba hacerlo como representante legal de su hijo y en ejercicio de la patria potestad? ¿Y qué ley le impide otorgar actos, por derecho propio, expresando una estipulación para el menor? . . ."

3.1. En el caso en consulta, si bien la madre efectuó la compra para sus hijos menores, ésta, tal como se expresa en el dictamen de cuya conclusión disintimos, no está en ejercicio de la patria potestad.

3.1.1. Considera dicho dictamen que, salvo casos excepcionalísimos (los cuales no enuncia), las compras realizadas para los menores de edad por quienes no se encuentran en ejercicio de la patria potestad deben considerarse una liberalidad.

Tal conclusión se funda exclusivamente en la presunción de gratuidad que le atribuye a tales supuestos la declaración de la recordada IV Convención del Colegio de Escribanos de esta Capital, que trató el tema: "Las compras para menores."

3.1.2. En el lenguaje usual, se entiende por interpretación la acción que tiende a fijar el sentido y el significado de las manifestaciones de la voluntad, especialmente de las palabras. Quien desee manifestar al exterior su voluntad interna, necesita valerse de ciertos signos que el mundo exterior pueda percibir; tiene que declarar su voluntad, y esta declaración se efectúa mediante las palabras. Poner en claro estas declaraciones es el fin de la interpretación .

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por ello y por los fundamentos que seguidamente expresaremos, consideramos que para interpretar el sentido de la declaración vertida por la madre en la escritura, debió partirse de la previa indagación de la voluntad real y no de presunciones carentes de apoyo normativo.

3.1.3. Las presunciones son recursos de que se vale la técnica jurídica para lograr sus fines.

Presumir equivale a extraer de las circunstancias variables de los hechos, las consecuencias más probables para satisfacer las exigencias lógicas del sistema jurídico o para asegurar la certeza de los hechos. Se funda en un juicio de probabilidad y anticipa una solución cuando resulta muy difícil hallarla.

Para Goldschmidt las presunciones legales son reglas jurídicas del derecho judicial material que obligan a deducir de un hecho otro hecho o un derecho mientras no se demuestre lo contrario.

Se diferencia, pues, de las normas de prueba legal, en que éstas regulan la fuerza probatoria de un medio de prueba, mientras que aquéllas regulan la fuerza probatoria de un hecho que habría de probarse. Toda presunción legal se asimila a una prueba de indicios, fortalecida con la atribución de fuerza probatoria por virtud de la ley.

3.1.3.1. Las presunciones pueden ser de hecho (judiciales) y de derecho (legales). Estas últimas, establecidas por la ley, se dividen en *juris et de jure* (no admiten prueba en contrario) y *juris tantum* (admiten prueba en contrario).

3.1.3.2. De acuerdo con el aludido dictamen, estaríamos en presencia de una presunción de derecho (legal) *juris tantum*, toda vez que, según resulta del mismo, admite "la posibilidad de prueba irrefragable en contrario".

3.1.3.3. Cabe entonces preguntarse: ¿, De qué ley surge tal presunción? o es que, además de las clases de presunciones mencionadas, ¿existen otras?

La respuesta que podemos dar es que no conocemos disposición legal alguna que presuma a la declaración formulada por el gestor, como un acto de liberalidad, ni sabemos de la existencia, por lo menos en nuestro derecho, de más clases de presunciones que las enunciadas.

En consecuencia, al no existir norma expresa que consagre tal presunción, no es viable acudir a este arbitrio; y por tanto, desechemos toda posibilidad de considerar que estemos en presencia de un acto de liberalidad.

3.1.3.4. Por otra parte, como lo enseña la doctrina en general, uno de los elementos caracterizantes de la gestión de negocios es que el gestor tenga intención de gestionar negocios ajenos (*animus aliena negotia gerendi*). Por ende, como expresa Riggiero (citado por Diego Espín Cánovas, Manual de Derecho Civil Español, vol. III, pág. 82), si el gestor realiza un negocio con la intención de obtener un lucro (*animus depraedandi*) o con intención de liberalidad (*animus donandi*), no cabría hablar de la gestión de negocios ajenos, sino de otras consecuencias.

La gestión de negocios descarta toda posibilidad de liberalidad. En tal sentido Spota (Instituciones de Derecho Civil. Contratos, vol. IX, pág. 76) al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dar el concepto de gestión de negocios ajenos enseña que "es un acto jurídico en cuya virtud una persona con capacidad para contratar se encarga de administrar, sin mandato, el patrimonio de otro (dueño del negocio), llevando a cabo actos o hechos jurídicos para uno o más negocios o hechos jurídicos, en el interés exclusivo del dueño del negocio sin la intención de efectuar un acto de donación, o sea, con la intención de obligarlo al reembolso de sus gastos e intereses, sin retribución (salvo si se trata de una labor inherente al modo de vivir del gestor), y sin perjuicio de la aplicación de las reglas de enriquecimiento indebido, conociendo o no el dueño del negocio la gestión emprendida pero hallándose en todo caso en la imposibilidad de oponerse a ella u ocuparse de tutelar sus propios intereses, no siendo suficiente la no oposición del dueño del negocio, pudiendo exteriorizar su voluntad contraria a la gestión y siempre que su oposición no sea contraria al interés público o al cumplimiento de obligaciones fundadas en el derecho de familia o todo otro interés legítimo del gestor en llevar a cabo el negocio (arts. 2288, 2289, 2297, 2302 y 2303, Cód. Civil y art. 115, L.CT)".

4. En el dictamen que cuestionamos, se resalta, una vez más, el acto de liberalidad realizado por la madre, argumentando que al momento de la compraventa del inmueble, la menor tenía sólo 13 años, y por ello "el dinero empleado en el pago del precio solamente pudo pertenecer a la menor por herencia, donación o legado, o como fruto de bienes con ese mismo origen, salvo supuestos excepcionales como podrían ser los de ejercicio por la menor de determinadas actividades artísticas, deportivas, de publicidad, etc., respecto de las cuales no existe en el sub examen el más remoto indicio"

4.1. Para nosotros el método interpretativo utilizado para llegar a la conclusión que se sustenta, es erróneo.

En efecto, es por demás sabido que hasta tanto la operación no sea aceptada por la persona para quien se manifiesta haber adquirido, el gestor puede disponer libremente del bien.

El dominio no se transfiere al menor hasta tanto éste acepte la compra, como ocurre de manera similar en la donación, que no tiene efectos legales mientras el donatario no la acepte en forma expresa o tácita, recibiendo la cosa donada.

Ello, en razón de que al negocio creado por el gestor le falta legitimación para obligar al dominus. Hasta tanto no se opere la ratificación, el negocio, respecto del dueño del negocio, se encuentra pendiente, puesto que frente a este último no despliega efectos.

Antes de la ratificación, el negocio creado por el gestor es ineficaz frente al dominus.

Es decir, que mientras no se cumpla la *conditio iuris* de su ratificación, el bien integra el patrimonio del gestor y, por tanto, es prenda común de sus acreedores.

Recién el dominus se apropia del negocio y desplaza al gestor cuando se opera la ratificación. Significa entonces que el bien se incorpora al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

patrimonio del dueño del negocio, una vez ratificada la gestión, produciéndose también, a partir de dicho instante, los efectos establecidos por la ley. Y, precisamente, uno de los efectos que consagra la ley es la obligación por parte del dueño del negocio de reintegrarle al gestor las sumas desembolsadas.

En consecuencia, el momento que debe tener en cuenta para el análisis pertinente es el de la aceptación y no el de la estipulación.

Recordemos, pues, que al momento de considerada operada la aceptación, la menor no tenía 13 años, sino 19 y se encontraba emancipada por habilitación de edad.

4.1.2. Respecto de la forma en que la aceptación del dominus debe ser efectuada pacíficamente, la doctrina ha opinado que no se requiere ninguna especial, bastando que la misma revista los requisitos de los actos de voluntad en general: capacidad de obrar, determinación y manifestación de voluntad, de modo que no necesariamente debe venir prestada expresamente, sino que puede igualmente hacerse tácitamente por actos concluyentes (Giorgio de Semo, La gestión de negocios ajenos en la teoría y en la práctica, pág. 160, arg. art., 1145, Cód. Civil).

Obviamente, cuando la ratificación se realice en forma expresa, deberán observarse las formas instrumentales prescriptas por la ley para conclusión de contrato (Ej.: escritura pública).

4.1.2.1. Si por un instante aceptáramos el método interpretativo utilizado en el dictamen en cuestión para llevar a la conclusión que sustenta, tendríamos que admitir que cuando los menores emancipados, por matrimonio o por habilitación de edad, adquieran bienes inmuebles por compra, necesariamente deberían dejar constancia, y según las circunstancias, probar el origen del dinero empleado en la misma. Caso contrario, se presumirá la gratuidad de la operación, y consecuentemente serían de aplicación los artículos 134 y 135 del Código Civil.

Si ello es así, creo que deberíamos comenzar a revisar las escrituras otorgadas por tales menores, pues se me ocurre pensar que por lo menos en nuestro caso particular nunca se nos ocurrió dejar constancia de tales circunstancias, ni exigir las pruebas que se pretenden.

5. Finalmente, y en razón de haberse expedido en el dictamen de cuya conclusión disentimos, acerca de la limitación de la capacidad de los menores emancipados por habilitación de edad, conforme las prohibiciones dispuestas por los arts. 134 y 135 del Cód. Civil, haremos unas breves consideraciones sobre el particular.

5.1. El tema no es tan pacífico en doctrina como se pretende.

En efecto, mientras algunos autores (Llambías, Estudio de reforma del Código Civil... ley 17711, págs 38/39; Borda, "La reforma del Código Civil. Emancipación", ED, 28 - 845; Garrido y Andorno, Reformas al Código Civil, pág. 59) consideran que las restricciones de los artículos 134 y 135 del Código Civil rigen tanto para los emancipados por matrimonio como para los emancipados por habilitación de edad; otros, en cambio (Molinario, "La capacidad de los menores de edad que ejercen profesión", JA, 1972 -

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

669/83; D'Antonio, Derecho de menores, pág. 293) ciñéndose a una interpretación literal del texto legal, sostienen que estas restricciones rigen sólo para los emancipados por matrimonio.

5.1.1. D'Antonio (ob. cit., pág. 292) categóricamente advierte que la ley ha precisado las limitaciones a la capacidad sólo en relación con los menores emancipados por matrimonio, no previendo restricción alguna respecto de los habilitados. La habilitación - dice - constituye una circunstancia legal que termina con la incapacidad propia de la menor edad. El efecto natural y propio de la emancipación es la plena capacidad civil y la eliminación de toda incapacidad derivada de la minoridad y si la ley impone limitaciones a esa capacidad plena, como lo hace con la emancipación por matrimonio, de ninguna manera se la puede extender por vía interpretativa a la emancipación por habilitación de edad, institución distinta de la anterior en esencia, caracteres y fundamentos.

5.1.1.2. Es interesante resaltar que el artículo 133, introductorio de los arts. 134 y 135, al señalar los efectos que produce la emancipación por matrimonio, se refiere expresamente a estos últimos, no sucediendo lo mismo cuando se refiere a la emancipación por habilitación de edad.

5.1.1.3. En sentencia de 10 de abril de 1989 dictada en autos "Alvarez Iglesias, María C. c/Pérez de Muñoz, Dolores", tramitados ante la Cámara Nacional en lo Civil, Sala K, publicada el 6 de junio de 1991 en la revista La Ley (año LV, N° 107), se resolvió: "El menor adquiere con su emancipación la capacidad plena propia del mayor de edad, pasando dicha capacidad a ser la regla y la incapacidad la excepción. Así, si bien es cierto que la capacidad del menor emancipado se encuentra limitada por las prohibiciones impuestas por los arts. 134 y 135 del Cód. Civil, una interpretación literal del texto legal permite concluir que estas restricciones y limitaciones rigen sólo para los menores emancipados por matrimonio, pero no para aquellos que lo han sido por habilitación de edad."

CONCLUSIONES:

A. En la práctica contractual es factible adoptar la figura de la gestión de negocios en las compras de bienes inmuebles para menores de edad.

B. La compra de un bien inmueble realizada para un menor de edad por la madre que no se encontraba en ejercicio de la patria potestad, y aceptada una vez adquirida la emancipación por habilitación de edad, no hace presumir que el mismo fue habido a título gratuito.

C. En tales supuestos no son de aplicación las prohibiciones dispuestas en los artículos 134 y 135 del Código Civil.

CONSULTAS ARANCELARIAS

ARANCEL. Insertar y agregar. Estudio de títulos. IVA