

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

artículos 54, 55, 56 y 95 de la ley de matrimonio civil. Por supuesto que esta enumeración no agota el tema, y aceptamos que den en el Código otros artículos a los que atañe la reforma. Nuestra contribución al problema es señalar la dualidad de técnicas utilizadas por la Comisión Reformadora y cuál es, a nuestro entender, el criterio que debe privar.

La Capacidad del Menor Emancipado Luego de la Reforma del Código Civil() (331)*

JOSÉ MARÍA R. ORELLE

SUMARIO

I. Antecedentes históricos. - II. Derecho comparado. - III. Régimen argentino antes de la reforma. - IV. Análisis de la reforma. - V. Conclusiones.

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

DERECHO ROMANO

Emancipatio

Surgió como una creación jurisprudencial, que por vía de la muy sabia legislación pretoriana, atemperó la extrema dureza de las leyes romanas. Con relación a la patria potestad, por ejemplo, sabemos que era un vínculo de carácter perpetuo, que solamente se rompía por la muerte o la capitis diminutio(1)(332) . En esta primera época, no era posible disolver voluntariamente dicho vínculo.

1. El primer adelanto fue una interpretación extensiva del precepto de la Ley de las 12 Tablas. Era la disposición contenida en la tabla 4, frag. 3: "Si pater filiun ter venium duvit filius a taper liber esto"(2)(333) . El significado del mismo es que el pater familia perdía la patria potestad en caso de haber emancipado por tres veces al hijo, haciéndolo sui juris. El procedimiento usado, fue el siguiente: El padre que deseaba emancipar a su hijo, lo vendía a un tercero (coemptionator) , quien lo manumitía, para que volviera al padre. Este, nuevamente lo manumitía (volviéndolo a vender) al coemptionator, quien tornaba a manumitirlo; y la tercera venta hecha por el padre producía la pérdida de la patria potestad(3)(334) . El coemptionator cerraba el ciclo, manumitiendo al menor, que quedaba sui juris. Como resultado de todo este mecanismo el coemptionator quedaba como titular del derecho de cuasi patronato. Para evitar esta consecuencia, se realizaba un pacto de fiducia, de manera que no quedara en manos de un extraño(4)(335) . En realidad este primer paco sólo producía efectos respecto a la patria potestad, pues el menor conservaba la incapacidad propia de su minoridad. (La mayoría se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adquiría a los 25 años) . Por ello, necesitaba la autorización de sus tutores o curadores para todo acto de disposición de sus bienes(5) (336).

2. Un nuevo adelanto, significó la interpretación más extensiva todavía, del precepto de las 12 Tablas ya visto. Efectivamente, se entendió que el procedimiento que hemos detallado, sólo era necesario para el hijo varón; de tratarse de un descendiente más lejano o de persona de sexo femenino, bastaba con una sola venta, seguida de una manumisión. Este procedimiento se aplicó hasta el siglo VI de la Era Cristiana(6)(337) .

Cabe aclarar, que no obstante las variaciones apuntadas, la emancipación conservó durante este primer período, un carácter punitivo. Significaba en los hechos una capitis diminutio máxima: el emancipado perdía todas las relaciones derivadas del ius civile, quedaba sin derechos hereditarios a la sucesión ab - intestato de sus mayores, y perdía también los derechos a la gentilidad.

En su aspecto positivo: Era considerado como sui juris, capaz de ejercer derechos familiares y ser pater familiae(7)(338) .

3. Atemperaciones pretorianas: Las iremos enumerando por su orden cronológico: a) Los emancipados adquirieron el derecho de heredar a su padre y demás cognados(8)(339) b) Les perteneció el peculio cuasi castrense(9)(340). c) Se les deja el peculio prefecticio y pasan a ser dueños del adventicio(10)(341) .

También el padre que hubiera emancipado voluntariamente a su hijo, logra como recompensa el usufructo de la mitad de los bienes adventicios(11)(342) .

4. 502 Después de J. C.: El emperador Anastasio permitió que el padre emancipara al hijo, con sólo obtener un rescripto imperial, aun estando ausente el menor(12)(343) .

5. 531 Después de J. C.: El emperador Justiniano suprimió el rescripto imperial, reemplazándolo por una declaración que debía hacer el padre, delante del magistrado, expresando su voluntad de emancipar al hijo menor. Era necesario el consentimiento del emancipado, y contando con éste, el magistrado daba su aprobación, levantándose acta de lo acontecido.

6. El emperador León admitió (Novela 25) , que bastaba la simple declaración de voluntad del padre para emancipar al hijo.

7. Llegó a admitirse luego, que cuando el padre hubiera autorizado a su hijo para que formase un establecimiento particular y viviese fuera de la casa paterna, se lo consideraría como emancipado(13)(344) .

8. Por último, se aceptó la emancipación del menor, por obtención de alguna dignidad, como ser flaminis de jupiter, o vestal (en los tiempos clásicos) , patricio, cónsul, prefecto del pretorio, prefector urbis, magister militarium, o la dignidad del obispado en época cristiana(14)(345) .

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Venia aetatis

1. Esta institución surgió durante el reinado de los emperadores Severo y Caracalla. Consistía en un favor especial acordado por el príncipe a los menores que tuvieran 25 años, a quienes por esta vía se les permitía la libre administración de sus bienes.

2. Más adelante, durante Constantino, se redujo la edad a 20 años para los hombres y 18 años para la mujer, debiendo probarse ante el pretor o gobernador de la provincia, tener la edad requerida. También era necesario acreditar honorabilidad y capacidad para administrar bienes.

Los efectos de esta forma de emancipación, eran más amplios que los vistos hasta ahora, ya que: hacía cesar la curatela, hacía cesar el derecho a invocar el beneficio in integrum restitutio, y asimilaba en general al emancipado a un mayor de edad, aunque respecto a las facultades de disposición para enajenar o hipotecar bienes inmuebles, era necesario decreto del magistrado(15)(346)

3. Justiniano fijó los plazos en que el menor de edad, llegado a la mayoría de edad, podía solicitar la anulación de los hechos en contradicción a las reglas enunciadas; 5 años para los actos a título oneroso y 10 años para las donaciones cuando fueran entre presentes y 20 años entre ausentes.

OTROS PUEBLOS

1) Hebreos. - La mayoría de edad se hacía coincidir con la pubertad y se adquiría la plena y total capacidad. La edad requerida era 13 años y desde ese momento, se podía contratar y realizar los demás actos de la vida por sí y además sin necesidad de representación alguna(16)(347) .

2) Derecho musulmán. - Se dividía en dos períodos separados por la pubertad. Dentro del primer período, había una subdivisión entre el menor de 7 años, y el que pasaba de esta edad. El menor de 7 años era absolutamente incapaz para contratar. A partir de esta edad, tenía capacidad suficiente para testar y aceptar donaciones. Si había realizado una enajenación a título oneroso sin la intervención de sus representantes, el acto no era radicalmente nulo, aunque sí anulable.

La plena capacidad se adquiría con la pubertad, evidenciada con signos físicos incontrovertibles. Lo dicho era sólo aplicable al menor varón, pues la mujer, para adquirir capacidad, era necesario que contrajera matrimonio o que alcanzara una edad en que ya no le fuera posible hacerlo(17)(348) .

3) Derecho germánico. - Podemos presentar el siguiente esquema: 1) Hasta los 12 años, incapacidad absoluta. 2) De 12 a 25 años, tutor obligatorio. 3) De 25 a 60 años, plena capacidad. 4) De 60 años en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

adelante, tutor potestativo.

Las normas referentes a mayoría de edad, sufrían importantes variaciones, según las localidades (oscilaban entre 21 y 25 años)(18)(349).

4) Derecho inglés. - El derecho antiguo fijaba la mayoría de edad en 14 años para el gentilhomme y 12 para el plebeyo. La diferencia era por razones de necesidad. En efecto, el plebeyo se veía tempranamente en la calle, luchando y trabajando para ganarse la vida, para subsistir; el gentilhomme, aletargado por la vida cortesana, tenía muchísima menos experiencia y vivacidad para enfrentarse con los problemas de la vida en relación(19)(350).

LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

El comienzo del estudio de la legislación española, nos introduce súbitamente, con una causal de emancipación no conocida, en la legislación romana. Se trata de la emancipación por matrimonio, que según algunos autores(20)(351) tiene raíz germánica.

En la actualidad, esta causa de emancipación ha sido receptada por casi todas las legislaciones.

1. Tanto los fueros municipales, como el fuero Juzgo (ley XIV, libro 4, título 2), como el fuero real (ley 8, libro 1, título XI), recogieron como causa de emancipación el matrimonio.

2. Las Partidas, significaron sin embargo un retroceso en la institución examinada. Desconocieron esta causal, volviendo al sistema romano y adoptaron el sistema establecido por el emperador Anastasio (ver infra, Nº 5). (Partida IV, título 18, ley XV).

En la ley XVI de la misma partida y título, se establecía un procedimiento mixto, producto de la mezcla de los preceptos imperantes en la época de los emperadores Anastasio y Justiniano, aplicable cuando el menor estaba ausente o cuando tenía menos de 7 años de edad. Era un acto voluntario que exigía además la solemnidad de la escritura pública. Asimismo, las partidas adoptaron la clasificación romana de los bienes, al establecer que en caso de emancipación el padre conservaba el usufructo de la mitad de los bienes adventicios (eran los que ganaba el hijo con su trabajo) o adquiridos por donación o legado.

3. Otro retroceso fue una Real Cédula del 9 de octubre de 1637, que disponía que los vecinos del nuevo mundo no debían conceder habilitación de edad a los menores de 18 a 20 años, en atención a la inexperiencia de estos jóvenes, y que en caso de solicitarla, debían remitir la documentación al Consejo para proveer lo que correspondiera(21)(352).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

4. Esta obstaculización "procesal" fue recogida por una reforma del año 1713, durante el reinado de Felipe V, quien en la Novísima Recopilación (Ley 4, título 5, libro 10) , dispuso que no se emancipara voluntariamente, so pena de nulidad, sin antes dar cuenta al Consejo Real, acompañando los documentos correspondientes.

5. La ley 14, e Instrucciones del 19 de abril de 1838, extendió a todos los casos la emancipación anastasiana, adoptada por las partidas, para la emancipación de los menores de 7 años y ausentes.

6. Cabe destacar, como detalle importante, que las partidas también adoptaron, como causa de emancipación, casos de dignidad del hijo (leyes VII y XIV) .

En cuanto a la revocabilidad de la emancipación, estaba consignado que era revocable por ingratitud.

7. Leyes de Toro: Se retoma la tradición del fuero Juzgo, incorporando al matrimonio como causa de emancipación (Ley XLVII) "hijo casado y velado era habido por emancipado en todos los casos y para siempre". Luego se suprimió este requisito respecto a "ser velado", por lograr la emancipación.

La ley XLVIII, confiere al hijo emancipado el usufructo de los bienes adventicios que antes disfrutaba el padre. Asimismo, el padre estaba obligado a darle al hijo emancipado el usufructo de los bienes que hubiera adquirido antes de casarse.

DERECHO PATRIO

1. En una primera época, fueron aplicadas las leyes españolas que hemos reseñado.

2. En 1824, la Junta de Representantes de la provincia de Buenos Aires sancionó un decreto, por el que se le reconoce al gobernador la facultad de otorgar a los menores de más de 20 años, una dispensa de edad para que puedan entrar en la administración de sus bienes. (Registro Oficial, N° 13, libro 4) .

El menor debía, antes de solicitar esta autorización, hacer una información judicial para acreditar su capacidad en la administración y manejo de sus cosas, quedando luego con la licencia concedida, en condiciones de contratar y comerciar libremente, obligándose como un adulto(22)(353) .

Cabe recordar que en ese momento de nuestro derecho, la mayoría de edad se adquiría a los 25 años, lo que no impedía que algunos individuos fueran designados para desempeñar importantes cargos públicos.

II. DERECHO COMPARADO

En la legislación comparada, pueden notarse básicamente dos grandes tipos, en la materia examinada. Un primer sistema, es el de las legislaciones que han adoptado el esquema del Código francés, o sea que consagran la emancipación matrimonial y la voluntaria, colocando al menor emancipado en una escala intermedia, entre la capacidad y la incapacidad.

El otro sistema, es el seguido por el Código alemán, y las legislaciones sobre las que ha influido, que consagran la total equiparación del menor emancipado al adulto.

Alrededor de ambas variantes, es que se han agrupado otras modalidades cuyo detalle examinaremos a continuación, abarcando las principales naciones europeas, y el derecho latinoamericano(23)(354) .

CÓDIGOS EUROPEOS **CÓDIGO FRANCÉS**

Causas de emancipación:

1. Por matrimonio (art. 476 del Cód. Civil) . Es una institución de orden público, expresa e irrevocable. Se produce de pleno derecho.

2. Dativa o expresa: Emanada del padre, o en su defecto, de la madre. Requiere solamente tener 15 años cumplidos, cuando la confiere el padre o madre, pues si no están de acuerdo, o no estén presentes para dar su consentimiento, entonces puede conferirla el Consejo de Familia, cuando tenga el menor 18 años cumplidos (arts. 477 y 478 Cód. Civil) .

En cuanto a la formalidad exigida por la ley, también varía según sea la autoridad otorgante. Si la conceden los padres, será hecha la declaración correspondiente ante el juez de Paz asistido de su secretario (art. 477) .

Si es concedida por el Consejo de Familia, se hace por deliberación de esta asamblea, bajo la presidencia del juez de Paz, declarando la emancipación al juez, la que consta en el acta que se levanta de lo actuado.

En ambos casos, notamos que la emancipación es un acto solemne, y se toma razón de la misma en los Registros de Justicia de Paz. Es revocable, pudiendo ser anulada por el tribunal, si fue concedida contra los intereses del menor.

Efectos:

1. Rompe la tutela y la patria potestad.
2. Respecto al matrimonio y la adopción continúa sometido al mismo estatuto restrictivo de todo menor (arts. 148 y 347 del Código Civil) .
3. Le confiere una semi - incapacidad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a) La representación se sustituye por asistencia.

b) Puede realizar libremente actos de administración

Respecto a los actos de administración, el concepto surge del artículo 481 del Código Civil francés. El menor puede realizar (emancipado) , actos de "pura administración". El énfasis legislativo, deja cerrado el marco a todo acto dispositivo; por ello es bien claro que el menor tiene el manejo de sus bienes. Así, puede realizar, entre otros, los siguientes actos jurídicos: arrendamientos no mayores de 9 años y percepción de rentas (art. 481 cit.) , reparaciones de conservación, acciones mobiliarias (art. 482, arg. a contrario) , contratar como arrendatario, sin límite de plazo, contratar arrendamiento de servicios, realizar enajenaciones de cosas muebles, que sean dentro de su actividad, actos de administración, colocación de capitales y rentas(24)(355) .

Respecto a los demás actos, especialmente los de disposición, conserva la incapacidad resultante de la condición de menor, requiriendo la autorización judicial.

Ahora bien, goza de un beneficio especial, el de reducción de compromiso por exceso. El acto de administración no es inatacable: puede obtenerse su resolución, por lesión (subjetiva) (art. 484, párrafo 2)

El exceso debe juzgarse como una noción extracontractual subjetiva, a diferencia de la lesión, que es contractual y objetiva(25)(356) . Para apreciar el exceso, el juez pondera la situación económica y social del menor, utilidad o inutilidad de los gastos y buena o mala fe de los que con él han contratado (art. 484) .

Esta peligrosísima institución(26)(357) ha sido atemperada por la jurisprudencia, y hasta tal punto, que ha sido prácticamente equiparada a la lesión (Reg. 10 de feb. 1890) .

Revocación:

1. ¿Cuándo puede ser revocada? Nunca en caso de matrimonio. En caso de emancipación voluntaria, es necesario que el menor haya hecho gastos excesivos. No basta su mala conducta en forma genérica.

2. Formas: (art. 485) establece que son las mismas formas adoptadas para conferirla. Josserand aclara con agudeza que debe entenderse la norma, como si dijera: "las que estuvieran en vigor si se tratase en el día de la revocación, de emanciparlo".

3. Efectos: de la revocación (art. 486) . El menor entra bajo los efectos de la tutela y continúa hasta su mayor edad en ella. No puede ser otra vez emancipado en forma voluntaria, aunque sí por causa de matrimonio.

4. Anulación de la emancipación: La jurisprudencia admite la anulación, cuando se concedió contra los intereses del menor, o en interés egoísta de los padres(27)(358) .

Menor comerciante:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El menor emancipado, queda autorizado para ejercer el comercio (si tiene 18 años cumplidos) . (Cód. de Com., art. 2°, modificado por ley del 28 - 3 - 1931)

Según el art. 487, es reputado mayor, pero solamente en cuanto a los autos relativos a su comercio. En la vida civil es un emancipado ordinario (porque en Francia es previo y necesario emancipar) . Como comerciante, no puede ampararse en el beneficio de reducción de obligaciones por exceso. No rigen estos principios para la venta de inmuebles (Cód. de Com., art. 6°, párrafo 2) .

CÓDIGO ITALIANO

En general, sigue los lineamientos del derecho francés.

Causas:

1. Por matrimonio, queda el menor emancipado de pleno derecho, requiriéndose en cuanto a la edad para contraerlo, 16 años para el varón y 14 para la mujer (art. 84) , pudiendo dispensarse por razones graves, a los 14 y 12, respectivamente.
2. Voluntaria: A los 18 años por decisión del juez tutelar.

Quiénes pueden solicitar la emancipación:

1. Progenitor que ejerce la patria potestad.
2. Tutor.
3. El mismo menor, pero en este caso debe darse intervención al progenitor y/o al tutor. No puede otorgarse nunca contra la voluntad de quien ejerce la patria potestad, salvo que mediaren razones gravísimas para la concesión de la emancipación (art. 391, Cód. Civ. y Com.) .

Efectos:

Para el emancipado, cesa la patria potestad (arts. 316 - 392) , pero no por esto adquiere plena capacidad. Es puesto bajo curatela, al igual que el inhabilitado, la que es equiparado desde el punto de vista de la capacidad de obrar(28)(359) . Respecto al curador, puede ser el mismo progenitor, y si es una mujer menor de edad casada, el marido siempre debe ser nombrado por el juez tutelar, en forma expresa (ver art. 90, segundo párrafo, "in fine") .

El emancipado adquiere una limitada capacidad de obrar, circunscripta por la ley (art. 394) a los actos que no excedan de la administración de la minoridad. La regla general, es pues, la capacidad: puede cobrar capitales (con la asistencia del curador) , estando la validez del pago hecho por el deudor subordinada al nuevo empleado idóneo de la misma. Es curiosa esta limitación que revierte en perjuicio del menor, ya que por regla general nadie quiere hacer pagos. Sobre todo asombra la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

responsabilidad extraordinaria que carga sobre el que paga a un menor(29)(360) .

Según el art. 394, puede estar en juicio como actor o demandado.

Respecto a los actos prohibidos, son aquellos que exceden la ordinaria administración, y para ellos es necesario el asentimiento del curador. Para los menos relevantes, basta con la autorización del juez tutelar. Para los más relevantes (art. 375) , como enajenación de inmuebles, muebles no sujetos a rápido deterioro, constitución de prendas e hipotecas, división, compromiso o transacción arbitral, aceptación de concordatos, etc., se necesita autorización del tribunal, previa vista del juez tutelar (art. 394, último párrafo).

Respecto a la omisión de las autorizaciones necesarias, los actos hechos en infracción a lo detallado, son anulables, y pueden ser impugnados por el menor o heredero, o causahabientes (art. 396) .

Revocación:

Es revocable (la voluntaria) en caso de demostrada falta de aptitud del menor para administrar y la autoridad que puede hacer la revocación, es el mismo juez tutelar (art. 398, inc. 1º) . La emancipación legal no es revocable (art. 390) . En caso de revocación, resurgen la patria potestad o la tutelar (art. 398, segunda parte) . Cabe hacer la advertencia, respecto a la curatela en que se encuentra el menor emancipado: el menor puede solicitar el nombramiento de un curador especial, ante la negativa del curador designado, para darle su asentimiento; y toda vez que surjan conflictos de intereses entre emancipado y curador (art. 394) .

DERECHO ALEMÁN

El B. G. B., desconoce la emancipación por causa de matrimonio(30)(361) . En cierto modo, este desconocimiento tiene escasa influencia, desde que los varones no pueden casarse hasta tener 20 años cumplidos (la mayoría de edad se adquiere a los 21 años) , no admitiendo dispensa de edad para el varón(31)(362) .

Respecto a la habilitación dativa, adquiere en esta legislación características propias, pues en realidad es una declaración anticipada de edad, por asimilar al menor (con 18 años cumplidos y emancipado) al adulto, con plena capacidad (arts. 3 a 5 del B. G. B.) . La única restricción que subsiste es que, para contraer matrimonio, necesitan de la autorización paterna o materna; el de la madre para la declaración de legitimidad; y el de ambos padres para la adopción (arts. 1305, 1726 y 1474, B. G. B.) . Se necesita el consentimiento del menor.

El derecho alemán, reconoce también una habilitación profesional, otorgada por el representante legal, con aprobación del tribunal de tutelas. El menor puede realizar así una explotación independiente de una empresa con carácter lucrativo, siendo capaz para realizar todos los actos jurídicos inherentes a la explotación de la empresa, con excepción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de aquellos que ni los representantes legales pueden hacer sin resolución del tribunal de tutelas (112 y 113, B. G. B.) .
La habilitación es revocable, pero con aprobación de este tribunal.

CÓDIGO SUIZO

Contiene un régimen muy semejante al alemán, con la salvedad que admite la emancipación por matrimonio (art. 14) . La mayoría de edad se adquiere a los 20 años. La edad para contraer matrimonio es de 20 años para el varón y 18 para la mujer, pero este tope legal es dispensable a un mínimo de 18 y 16 respectivamente, con autorización paterna, materna o del tutor (art. 98, Cód. Civ.) .

La habilitación de edad, puede ser concedida a los 18 años por el padre, madre o tutor. Concluye totalmente la incapacidad resultante de su menor edad; salvo que para contraer matrimonio o ser adoptado, se requiere consentimiento paterno o de la autoridad tutelar (arts. 98 y 265 y 15) .

Es necesario el consentimiento del menor, para que sea habilitado.

Respecto a la revocabilidad de la emancipación legal, no se pronuncia, como en el derecho alemán, así es que debe interpretarse por los principios generales, concluyendo que es irrevocable(32)(363) .

CÓDIGO ESPAÑOL

También sigue los lineamientos del derecho francés. Acepta como causas de emancipación, el matrimonio y la habilitación voluntaria.

Respecto al matrimonio, está contemplado en los arts. 59 y regla tercera del 50. Distingue dos períodos:

a) Antes de los 18 años: El marido es el administrador de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario. No podrá el menor administrar sus bienes sin consentimiento del padre o de la madre, o en su defecto, y a falta de ambos, el tutor. Tampoco puede comparecer en juicio sin el consentimiento de las mismas personas.

b) Luego de los 18 años, tiene la administración de sus bienes, pero no puede, sin el consentimiento de las mismas personas mencionadas, tomar dinero en préstamo, gravar o enajenar bienes raíces.

Respecto a haber omitido los menores, el consentimiento de las personas necesarias, para contraer matrimonio (art. 45) : padre, tutor o consejo de familia, la emancipación por matrimonio sólo da derecho a los alimentos en cantidad no superior a la renta líquida de los bienes del emancipado.

Respecto a la habilitación voluntaria, el art. 318 del Código español, establece que el menor debe tener 18 años cumplidos, y que debe consentir el menor.

La forma requerida es la escritura pública (art. 316) , o el acta levantada

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ante el juez municipal, debiendo anotarse en el Registro Civil y no produciendo efectos contra terceros hasta su toma de razón.

Para el caso de menor de edad, huérfano de padre y madre, existe el beneficio de la mayor edad (art. 322) , por concesión del consejo de familia, aprobada por el presidente de la audiencia territorial, oído el fiscal. Es necesario, a estos efectos, tener 18 años cumplidos, consentir en la habilitación y que se considere conveniente al menor. Debe hacerse constar (la mancipación) en el Registro de Tutelas, y anotarse en el Registro Civil. Subsisten (art. 317) las restricciones para disponer de bienes.

El art. 310, establece que la habilitación, una vez concedida, no es revocable.

En cuanto a los efectos (art. 317) , la habilitación faculta para regir su persona y bienes como si fuera mayor, pero hasta que llegue a la mayoría de edad, no puede tomar dinero en préstamo, gravar o enajenar bienes raíces, ni comparecer en juicio sin el consentimiento del padre, madre o tutor.

CÓDIGO RUSO

El Código Civil de la U.R.S.S., no reconoce la emancipación por matrimonio, pues fija la edad para el matrimonio en 18 años (art. 79) . El Código de Familia (art. 67) hace el distingo, 18 para el varón y 16 para la mujer. En cambio, la reforma posterior, operada por el Código de Matrimonio, fija la edad, para ambos sexos, en 18 años, para contraer matrimonio. En vista de estas modalidades, se comprende que no tiene trascendencia alguna la emancipación voluntaria, debido al distinto régimen matrimonial, inclusive al sistema comunista, respecto a la propiedad privada de los bienes.

CÓDIGO PORTUGUÉS

Este Código, sancionado por decreto - ley 47354, y que comenzó a regir el 1° de junio de 1967 (salvo los arts. 1841 a 1850, referentes a reconocimiento de hijos, cuya vigencia es a partir del 1° de enero de 1968) , ha incorporado principios adecuados a la actividad que éstos tienen en la sociedad moderna.

La mayoría de edad, se fija en 21 años de edad (arts. 122 y 130) .

El art. 127 establece, a título excepcional, la validez de los siguientes actos realizados por menores:

a) Actos de administración o disposición de bienes que el menor haya adquirido por su trabajo o industria, viviendo en compañía de sus padres y con el permiso de ellos, o por la carrera militar, letras o profesión liberal, viviendo o no en compañía de sus padres.

b) Los negocios jurídicos propios de la vida corriente del menor, que estando al alcance de su capacidad natural, solamente impliquen gastos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

o disposiciones de bienes de pequeño importe.

c) Los negocios jurídicos relativos a la profesión, arte u oficio que el menor ha sido autorizado ejercer, o los practicados en el ejercicio de la profesión, arte u oficio.

Por los actos relativos a la profesión, arte u oficio del menor y por los actos practicados en ejercicio de su profesión, arte u oficio, sólo responden los bienes de los cuales el menor tenga la libre disposición.

El art. 127 establece que la incapacidad de los menores termina cuando llegan a la mayoría de edad, o cuando son emancipados, salvo las restricciones de ley.

El art. 132 establece que la emancipación puede resultar de: a) del casamiento del menor; b) por concesión del padre o de la madre, cuando ésta ejerza la patria potestad; c) por concesión del consejo de familia, a falta de padres, o cuando ellos no tengan la patria potestad; d) por decisión del tribunal de menores.

El art. 133 establece que el emancipado, tiene la plena capacidad de ejercicio de sus derechos y queda habilitado a regir su persona y disponer libremente de sus bienes, como si fuese mayor, salvo lo dispuesto en los arts. 136 y 1649. El art. 136 establece que la emancipación por concesión o decisión del tribunal de menores, puede ser relativa a ciertos actos o ciertas categorías de actos, quedando el emancipado en el régimen de los menores, en lo que respecta a los actos restantes. En este caso, debe hacerse constar en el Registro respectivo los actos o categorías de actos autorizados, a los efectos de su inoponibilidad a terceros. El art. 1649, relativo al casamiento de menores establece que el menor que contrajera matrimonio sin consentimiento de sus padres o tutor, pudiendo hacerlo, o sin aguardar la decisión favorable del tribunal en caso de oposición, será considerado menor en cuanto a la administración de los bienes que lleva al matrimonio o que posteriormente adquiriera por título gratuito hasta su mayoría de edad o plena emancipación. Pero los frutos de esos bienes, deben ser entregados al menor en proporción a los alimentos necesarios a su estado. Los bienes sustraídos a la administración del menor, caen bajo la administración de sus padres, tutor o administrador legal no pudiendo en caso alguno, entregarse en administración al otro cónyuge durante la minoridad de su consorte. Asimismo, no responden estos bienes, ni antes ni después de la disolución del matrimonio por deudas contraídas, por uno o ambos de los cónyuges en dicho período. La aprobación del matrimonio por los padres o tutor, hacen caducar las sanciones previstas.

El art. 134, establece que la emancipación por concesión del padre, de la madre, o del consejo de familia, sólo es posible con el consentimiento del menor, y después de haber cumplido éste 18 años de edad. (Estas normas hallan sus concordantes en los arts. 264, 265 y 270 del Código del Registro Civil, año 1967, decreto - ley 47878 del 5 de mayo de 1967) .

El art. 135 establece que el tribunal de menores puede decretar la emancipación del menor que tenga 18 años de edad cumplidos,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ocurriendo algunas de las siguientes circunstancias: a) ser el menor hijo ilegítimo; b) proceder el menor de matrimonio declarado nulo o anulado, o estando los padres divorciados, judicialmente separados, de cuerpos y bienes, o separados de hecho; c) estar el menor sin tutela; d) estar el menor abandonado. Finalmente, el art. 137 establece que la emancipación, sea dativa o por decisión del tribunal de menores, a requerimiento de este tribunal de oficio, es revocable, o también a solicitud del emancipado o del ministerio público, en caso que el emancipado demuestre su inaptitud para regir su persona o para administrar sus bienes. Esta revocación sólo produce efectos a partir de su registro.

CÓDIGO CHINO

No reconoce la emancipación voluntaria. El matrimonio (art. 13) , produce la asimilación a la capacidad del mayor de edad. La edad requerida para el matrimonio es 18 y 16 años varón y mujer respectivamente, y la mayoría de edad, ha sido fijada en 20 años (art. 12)

DERECHO LATINOAMERICANO

Aclaración previa:

Con referencia a los países que integran el grupo de naciones latinoamericanas, hemos preferido ofrecer una visión ya sistematizada, por dos motivos: el primero, porque debido al crecido número de países, la enumeración pormenorizada de cada uno de ellos, sería fatigosa y extensísima. El segundo motivo, es que muchas de las legislaciones a citarse ofrecen esquemas susceptibles de ser integrados en caracteres comunes, dentro de un plan armado de acuerdo a los aspectos salientes de la institución que estamos analizando.

En este orden de ideas, y para evitar citas legales repetidas, haremos a continuación el detalle de las normas que rigen la emancipación en los países cuyos códigos hemos consultado, y que servirá como guía para quien desee profundizar aspectos no detallados en este trabajo. Los números responden a los Códigos Civiles respectivos.

Bolivia (248 a 255) ; Brasil (art. 9) ; Chile (264 y 297 a 303) ; Colombia (312 a 317, 339 a 345) ; Ecuador (261 a 266) ; Perú (298 a 305) ; Uruguay (280 a 283 y 302 a 312) ; Venezuela (406 a 418) ; Costa Rica (152 a 156) ; Cuba (314 a 319) ; República Dominicana (476 a 487) ; Salvador (308 a 313) ; Guatemala (106) ; Haití (476 y 487) ; Honduras (263 a 275) ; Nicaragua (205 a 213) ; Panamá (271 a 277) ; México (641 a 645) .

A título de referencia y por el interés que ofrece el tema, veamos a continuación las edades que fijan los países respecto a la mayoría de edad: Guatemala (18 años) ; Paraguay (22 años) (33)(364) y Chile que la fijó en 25 años. Los demás países, incluyendo la Argentina, luego de la reforma, han establecido la edad de 21 años.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Distintas clases de emancipación

Emancipación legal: Aceptada por todas las legislaciones, a excepción de Guatemala.

Emancipación voluntaria: Adoptada por Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Uruguay, Venezuela, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá y Méjico.

Habilitación de edad: Bolivia, Brasil, Uruguay (por el Poder Ejecutivo) , República Dominicana, Haití y Panamá.

Emancipación judicial: Chile, Colombia, El Salvador, Ecuador Honduras.
Sistema chileno de habilitación de edad: Chile, Colombia, El Salvador, Honduras(34)(365) .

Causas de emancipación

Por matrimonio: Aceptada en todos los países, salvo Guatemala, en que el menor casado continúa bajo la patria potestad del padre. Dentro de esa causa, podemos analizar los requisitos exigidos por las legislaciones:

a) Edad: Nicaragua expresamente establece que debe tener el menor 18 años. Los demás países guardan silencio, y por lo tanto debe interpretarse que la edad requerida es la necesaria para contraer matrimonio, sin que se dé el caso de menores casados no emancipados.

b) Autorización: El Código Civil argentino, antes de la reforma exigía este requisito. El Paraguay (por la razón que hemos apuntado) , también lo hace.

c) Inscripción: Costa Rica.

Por muerte natural del padre: Es causa de emancipación legal, en Chile, Ecuador, El Salvador y Honduras, ocurriendo la misma consecuencia por la muerte civil del hijo (por abrazar estado religioso)(35)(366) .

Por mayoría de edad del hijo: Lo mencionan como causas de emancipación legal: Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras. Decreto que da la posesión de los bienes del padre: Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador y Honduras.

Nuevas nupcias de la madre: El Salvador.

Ejercicio de la función pública: Brasil.

Colación de grado universitario: Brasil y Perú.

Establecimiento civil o comercial por cuenta propia: Brasil.

Análisis de los diferentes tipos de emancipación:

Emancipación voluntaria:

Enumeramos los requisitos que exige:

a) Edad: 15 años en Bolivia, República Dominicana y Haití.

18 años en Brasil, Perú, Uruguay, Venezuela, Costa Rica, Cuba,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nicaragua, Panamá y Méjico y también actualmente el Código argentino.

b) Personas autorizadas para otorgarla:

- 1) Padre: Bolivia, Chile, Colombia, El Salvador, Honduras.
- 2) Padre o madre: Brasil, Uruguay, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Haití, Nicaragua y Panamá.
- 3) Padre, madre o tutor: Venezuela, Méjico.
- 4) Padre, madre o guardador: Perú.

Como advertencia, debemos decir que sólo ha sido consultado el Código Civil de los respectivos países, sin investigar las normas concordantes en materia procesal, o jurisprudencia, que pueden haber extendido el ámbito gramatical del texto a otros supuestos.

c) Consentimiento del menor: Lo exigen como requisito expreso: Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Cuba, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Méjico. En Venezuela se debe oír al representante del menor. Los Códigos de Bolivia, Uruguay, Costa Rica, República Dominicana, Haití y Panamá guardan silencio.

d) Intervención del Consejo de Familia o Consejo de la Tutela: Uruguay, Perú, Venezuela.

e) Demostración de buena conducta del menor: Méjico.

f) Demostración de la aptitud para administrar de sus bienes: Méjico.

g) Formalidades:

- 1) Escritura pública en Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá.
- 2) Actas judiciales: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, Uruguay, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Haití y Honduras.
- 3) Inscripción: Costa Rica, Cuba, Nicaragua y Panamá.

Emancipaciones anómalas: Aunque en sus respectivas legislaciones se menciona como causa de emancipación, constituyen lo que en nuestra legislación son causas de pérdida de la patria potestad. Rige en Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador y Honduras.

a) En Bolivia es obligatorio emancipar al hijo en casos de sevicias, prostituir al menor, admitir lo que se ha dejado al padre en testamento con causa de emancipar al menor, y también si hay padrastró, por disconformidad del hijastro.

b) En los países del grupo chileno, el juez puede por motivos análogos a los mencionados, emancipar directamente al menor.

c) En Perú, cuando el guardador no emancipa al pupilo, a pesar de tener los requisitos exigidos por la ley, el Consejo de Familia puede pedir la emancipación y el juez decide, luego de oír al guardador.

d) En Méjico, la emancipación es un derecho del menor que está en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

condiciones siempre que demuestre su buena conducta y aptitud para el manejo de sus intereses.

Efectos de la emancipación:

Emancipación legal:

- a) Cesación de la patria potestad: Se produce en todos los países, excepto en Guatemala.
- b) Capacidad plena: Brasil, Costa Rica, Nicaragua y Panamá.
- c) Subsistencia de la incapacidad: Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador y Honduras.
- d) Capacidad con restricciones: Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, Cuba, República Dominicana, Haití y Méjico.

1. Actos de administración: Que los menores emancipados puedan administrar sus bienes, es el efecto universal y casi indiscutido de la emancipación. Las restricciones se mantienen en aquellos actos cuya caracterización, como de administración o de disposición no es clara: Así en Cuba, los menores de 18 años, aun casados, necesitan autorización para celebrar arrendamientos. Es, en cierto modo, el criterio que contenía nuestro Código Civil antes de la reforma, que prohibía efectuar arrendamientos superiores a 3 años.

2. Actos de disposición:

- a) Donaciones entre vivos: Prohibidas en Argentina, Paraguay, Uruguay, República Dominicana y Haití. En Méjico se requiere autorización judicial. En Cuba, están absolutamente prohibidas a los menores de 18 años. Para los mayores de esa edad se requiere autorización del padre, madre o tutor. En Venezuela, hace falta autorización del juez y curador.
- b) Venta o hipoteca de inmuebles y venta de títulos: Requieren autorización judicial en Paraguay, Uruguay y Méjico. Autorización del juez y del tutor o representante legal en Venezuela. Prohibidos en República Dominicana y Haití. En Cuba, a los menores de 18 años. Luego de esa edad pueden hacerlo con autorización del padre, madre o tutor.
- c) Aprobación de cuentas de la tutela: Prohibida en la Argentina y Paraguay. En Uruguay, hace falta autorización judicial y en Bolivia, República Dominicana y Haití, un curador especial, debiendo ser nombrado en los dos últimos países, por el Consejo de Familia.
- d) Adquisición de deudas: No puede adquirirlas en República Dominicana, Haití, en los que hace falta la autorización del Consejo de Familia, homologado por el tribunal civil, con intervención del Ministerio Público. En Cuba, antes de los 18 años, también lo tiene prohibido. Luego de esa edad puede aprobarlas, con autorización del padre o madre. En Argentina, Paraguay y Uruguay, debe hacerse con autorización judicial, en los dos primeros países, cuando pasen de \$ 500 m/n. y en el último, cuando pasen de \$ 1.000 m/n.
- e) Recepción de pagos: República Dominicana y Haití, con intervención

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de un curador especial. En Argentina y Paraguay, con autorización judicial cuando pasen de \$ 1.000 m/n.

f) Capacidad procesal: Transacción y compromiso arbitral: Se necesita autorización judicial en Argentina, Paraguay y Uruguay. Intervención en juicio civil: Exigen curador ad - litem o tutor, Uruguay, Venezuela, República Dominicana y Haití; Méjico también. (En República Dominicana y Haití, sólo para acciones inmobiliarias) . En Cuba, los menores de 18 años necesitan autorización del padre, madre o tutor. En Argentina y Paraguay, autorización judicial.

Emancipación voluntaria: Produce los mismos efectos que la emancipación legal, en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, Uruguay, Venezuela, Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua y Panamá.

En Cuba, necesitan autorización del padre, de la madre o del tutor para realizar actos de disposición o estar en juicio. En Méjico, para contraer matrimonio hace falta el consentimiento de la persona que emancipó (padre, tutor o juez) .

Habilitación de edad (sistema francés) :

Remisión: Los mismos efectos que la emancipación legal, en Bolivia, Brasil, Costa Rica, República Dominicana y Haití.

Uruguay: Hace falta curador especial para contraer matrimonio.

Panamá: Hace falta autorización judicial para actos de disposición a para aprobar las cuentas del tutor. No habilita para el ejercicio de los derechos políticos.

Emancipación judicial: En todos los países que existe esta institución (Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras) , produce los mismos efectos que la emancipación legal.

Emancipación por habilitación en edad (sistema chileno) : Chile, Colombia, El Salvador y Honduras, exigen autorización judicial para la venta o hipoteca de inmuebles, y aprobación de cuentas de la tutela. Además, la venta de bienes raíces debe ser hecha en pública subasta.

Revocabilidad de la emancipación:

Como observación general, la emancipación por matrimonio es irrevocable, mientras que la voluntaria es revocable. Esta observación es consecuencia natural de los motivos que fundamentan a ambos tipos de emancipación.

1) Por disolución del matrimonio: Irrevocable, en Argentina y Paraguay expresamente.

Por consagrar la irrevocabilidad en forma amplia, en Brasil, Chile, Colombia, Uruguay, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Honduras,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nicaragua, Panamá y Méjico.

Guardan silencio: Bolivia, Ecuador, Perú, Venezuela, República Dominicana y Haití.

2) Por nulidad del matrimonio: El concepto general es que la emancipación subsiste para el cónyuge de buena fe.

3) Otras causas:

a) Por justa causa: Bolivia.

b) Por incapacidad para administrar: Venezuela.

c) Por conducta inmoral del emancipado: Ecuador (mediante procedimiento judicial) .

d) Vuelta a la vida civil del padre o la madre: Ecuador, por ministerio de la ley.

e) Reaparición del padre desaparecido: Ecuador.

f) Por reducción de las obligaciones: República Dominicana y Haití. En estos países, cuando el tribunal civil reduce las obligaciones asumidas por el menor, la emancipación se vuelve revocable.

g) Ausencia de disposiciones: En Perú, el Código Civil guarda silencio absoluto sobre revocabilidad de emancipación.

III. RÉGIMEN ARGENTINO ANTES DE LA REFORMA

Fuentes: El artículo 132, que consagra como única causa de emancipación, por motivo de matrimonio, ha sido extraído del art. 67 del Esboço de Freitas. Este jurista, según conceptos expresados en el Esboço, era contrario a la idea de la emancipación dativa(36)(367) .

Esta repulsa, seguida por Vélez Sársfield, obedece a una situación histórico - sociológica, que ha cambiado totalmente desde la época en que estos conceptos fueron expresados. Hoy en día la aceleración vertiginosa de la economía moderna, el ritmo de competencia en que se vive y las necesidades crecientes del grupo familiar, han motivado que no solamente las mujeres tengan activísima intervención en la industria, el comercio, las profesiones y aun movimientos políticos, sino que han causado una cada vez más activa y profunda intervención de los menores, en dicho proceso.

Con razón, pues, afirma Spota(37)(368) , que la habilitación de edad, así como la mayoría de edad fijada en 21 años, constituyen un fondo común legislativo, que ningún legislador puede ignorar.

Código Civil .

En consecuencia, en el Código Civil argentino la única causa de emancipación era el matrimonio, que según la armónica interpretación de los arts. 131 y 132, debía reunir dos requisitos: a) que fuera celebrado contando con las autorizaciones pertinentes, y b) que no fuera posteriormente anulado.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a) Matrimonio celebrado con la autorización correspondiente: El art. 131 del Código Civil establece que la emancipación sólo tendrá lugar en el caso de matrimonio de éstos, cualquiera fuera la edad en que se hubieran casado, con tal que el matrimonio se hubiera celebrado con la autorización necesaria, conforme a lo dispuesto por este Código.

Del texto del artículo pueden notarse dos aspectos: El primero, que respecto a la edad, no cualquiera edad habilita para contraer matrimonio, ya que la Ley de Matrimonio Civil N° 2393, art. 9, inc. 4, fija, reformada por el art. 14 de la ley 14394, los mínimos legales: 16 años para el hombre y 14 para la mujer, y un matrimonio entre individuos de menor edad a los mínimos establecidos, no puede celebrarse.

El otro aspecto es que el caso de matrimonios celebrados sin autorización, es un caso anómalo, como para ser objeto de tratamiento del Código, ya que presupone una suma de errores o de connivencias (entre los contrayentes y el oficial público interviniente) .

Pero es en el terreno de la determinación de los efectos del matrimonio celebrado sin autorización, en orden a la emancipación, donde se han suscitado las polémicas: Veamos las posiciones sustentadas por nuestros civilistas:

A) Los primeros comentaristas del Código(38)(369) , afirmaban que la emancipación no se producía, y los menores conservaban la misma incapacidad anterior al matrimonio. Los fundamentos eran de tipo exegético: 1) La locución "con tal que" (art. 131 del Cód. Civil) , es suficientemente indicativa de que la autorización es una condición esencial para que el efecto (la emancipación) se produzca. 2) La armonía de esta conclusión, con los arts. 177 y 193 (hoy derogados) .

Esta teoría está francamente abandonada por la doctrina moderna, y sobre todo por haberse resaltado la injusticia de tamaña sanción, respecto a los hijos del matrimonio e inclusive frente a los mismos contrayentes.

B) La segunda posición afirma categóricamente que la emancipación se produce, con la única limitación que los menores pierden la posesión y administración de sus bienes (arg. art. 131 del Cód. Civil con el art. 13 de la Ley de Matrimonio Civil) . Además, los autores que apoyan esta posición(39)(370) , hacen notar que el autor del Esboço, expresamente castigaba a los menores que se casaban sin autorización, privando de todo efecto a la emancipación. Esta expresa sanción, al no ser volcada por Vélez Sársfield al art. 131, indica - en opinión de los autores citados - que no quiso incluirla deliberadamente.

Ahora bien, adoptando esta última posición, cabe determinar el status, en materia de capacidad, que tienen los menores que se han casado sin la autorización pertinente: 1) No queda limitado el gobierno de la persona del menor en el cumplimiento de sus obligaciones como cónyuge e hijo. 2) Tienen la disposición, uso y goce de los bienes adquiridos por la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sociedad conyugal, arts. 283, 287 y 288 Cód. Civil(40)(371) . Sobre tales bienes, los padres no tienen usufructo. 3) La patria potestad de los hijos del matrimonio pertenece al padre(41)(372) (arg. art. 264, ley 10903 art. 1º y 11357 art. 7) . 4) Tiene el libre ejercicio de las acciones extrapatrimoniales (divorcio, alimentos frente a los padres, etc.) . 5) La libre administración y el usufructo de los bienes de sus propios hijos (art. 287 Cód. Civil) .

El artículo 13 de la Ley de Matrimonio Civil, establece con un severo rigor, que la falta de autorización no es susceptible de repararse "por medio alguno". A pesar de tal rotunda afirmación legislativa, Spota cree que la falta de autorización puede subsanarse con posterioridad, si lo conceden (el permiso) las mismas personas que debieron otorgarlo al momento de la celebración. Dice el mencionado autor que el art. 13 establece la inconfirmabilidad por vía judicial, pero no destruye la posibilidad de conformación por la vía explicada.

b) Matrimonio no anulado: Arts. 84, 86, 89 y 92 de la Ley de Matrimonio Civil. El art. 132 del Cód. Civil consagra que en caso de anulación del matrimonio (por nulidad o por anulabilidad) torna sin efecto la emancipación, pero con efectos hacia el futuro (ex nunc) .

Por ello, los actos jurídicos otorgados hasta el día que la sentencia de nulidad tenga autoridad de cosa juzgada, son válidos.

1. Efectos de la anulación frente a terceros: La ley convalida los actos de los menores realizados con anterioridad a la sentencia, conjugando así la teoría de la apariencia jurídica, con la de buena fe del tercero, haya o no posibilidad de conocer la causa que lo invalida. Es importante resaltar que la acción de nulidad de matrimonio, sólo puede ejercerse por quienes la ley legitima para ello (ver arts. 84 y 85 del Cód. Civil, reformado por Ley de Matrimonio Civil(42)(373) .

2. Matrimonio putativo: Es el caso de matrimonio celebrado con algún impedimento que lo vicia de nulidad o anulabilidad, con buena fe de uno o ambos cónyuges. También sobre este punto encontramos profunda divergencia doctrinaria.

Una primera corriente, prácticamente abandonada hoy en día, sostiene que la emancipación queda sin efecto, tanto respecto al cónyuge de buena fe, como al de mala fe, haya o no hijos(43)(374) . Se apoya en que la ley no distingue, y como la causa de la emancipación es el matrimonio, al desaparecer la causa, se desvanece el efecto.

Una segunda corriente(44)(375) , afirma la subsistencia de la emancipación para el cónyuge de buena fe, en caso de haber hijos. Se apoya en los siguientes argumentos: a) La subsistencia de la emancipación solamente se justifica en interés de los hijos. b) El art. 88 de la Ley de Matrimonio Civil declara perdidos los derechos al cónyuge de mala fe, con respecto a la patria potestad, lo que implica reconocerlos al de buena fe.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Otra posición, más amplia, otorga al cónyuge de buena fe, haya o no hijos, la subsistencia de la emancipación. Es sustentada por Salvat(45) , Arauz Castex(46)(376) , Llambías(47)(377) y Spota(48)(378) . Estos autores analizan y exponen los siguientes puntos a su posición: a) La ley no hace distinción alguno. b) Implicaría una injusta sanción para el cónyuge de buena fe, pues no ha cometido hecho propio que lo prive de un derecho adquirido. c) Necesita el cónyuge de buena fe de los efectos de la emancipación para el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos (en caso de haberlos) y también para el caso del cumplimiento de sus deberes de asistencia recíproca con su cónyuge.

El art. 87, incs. 1, 3 y 4 de la Ley de Matrimonio Civil mantiene respecto del cónyuge de buena fe, las siguientes obligaciones: 1) Obligaciones alimentarias. 2) Subsiste la patria potestad sobre los hijos concebidos durante el matrimonio putativo, quedando los hijos con los derechos y obligaciones de un matrimonio válido. 3) Queda la posibilidad de legitimación de los hijos naturales.

En consecuencia, la emancipación desaparece únicamente: respecto al cónyuge de mala fe, y respecto a ambos cuando son de mala fe(49)(379)

Irrevocabilidad de la emancipación: El art. 133 establece la irrevocabilidad de la emancipación aun en caso de muerte de alguno de los cónyuges, lo que produce la disolución de la sociedad conyugal. En caso, o mejor dicho, la solución de la irrevocabilidad debe extenderse al divorcio y a la separación de hecho, por ser aplicables las mismas razones que fundamentan la irrevocabilidad en el caso de fallecimiento de uno de los esposos.

Con razón aclara Spota, que el matrimonio es la causa de la emancipación, y no la subsistencia del estado de casado(50)(380) . Además, la apariencia jurídica y la protección de los intereses de los terceros, unido a la falta de culpabilidad del cónyuge (o cónyuges separados o divorciados) , imponen la solución propiciada.

Capacidad del menor emancipado:

Cuestión previa: Para un mejor desarrollo del tema, conviene aclarar que su desarrollo estará condicionado a la opinión que merezca a cada autor que enfrente el punto, la influencia que ha tenido la sanción de la ley 11357, sobre los menores emancipados.

Para quienes opinen, siguiendo una importante tendencia(51)(381) que la sanción de la citada ley ha establecido una ampliación de la capacidad de la menor casada, que debe extenderse al varón, resultarán derogados la mayoría de los artículos que regulan la capacidad de los emancipados, especialmente los que fijan restricciones en actos de administración.

Para quienes, en cambio, siguen la opinión, que cuenta con el aval de prestigiosos civilistas(52)(382) , que sostienen que la ley ha establecido el concepto doctrinario de acto de disposición, y por lo tanto, consagra un régimen más amplio en favor de la mujer que no cede ante

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consideraciones tan vagas como "la igualdad de los cónyuges y la supuesta voluntad del legislador"; resultarán derogados dichos artículos solamente respecto a la mujer, subsistiendo en cambio respecto al varón(53)(383) .

Por último, los que se enrolan en otra posición, sostenida por Rébora(54)(384) , Borda(55)(385) y Etcheverry Bonneo(56)(386) , deberán concluir que hay una paridad en la capacidad del menor varón y mujer casados, con la diferencia que la mujer menor casada debe acudir primero al marido para que le permita realizar algunos de los actos contemplados por los arts. 135 y concordantes y otorgándolo el marido mayor de edad, el acto es válido. Si el marido es menor de edad, o siendo mayor, lo niega, puede acudir al juez. Esta doctrina entiende que la ley al mencionar actos de disposición, alude a los contemplados por el art. 135.

Otro de los problemas analizados respecto a la sanción de la ley 11357, fue si dicha ley había modificado los efectos que hemos visto, respecto a los matrimonios contraídos sin autorización.

Algunos autores sostuvieron que la sanción de la ley de derechos civiles de la mujer, importaba una derogación de los arts. 101 y 13 de la Ley de Matrimonio Civil, y por lo tanto, la mujer menor de edad casada no perdía el derecho de poseer y administrar sus bienes. Fundamentaban la afirmación diciendo que: 1) El texto del art. 7º de la ley 11357 sólo establecía la necesidad de autorización (marital o judicial) para los actos de disposición de bienes. 2) No puede argumentarse contra esa interpretación, por vía de la desigualdad jurídica que producía. 3) Una ley posterior modifica a la anterior. Otros afirmaron la subsistencia de los artículos citados con las siguientes razones: 1) La ley 11357 sólo concedió una ampliación de capacidad, referida a la posibilidad de disposición de bienes, y no es extensible a la situación del matrimonio y sus requisitos. 2) Dicha norma ha tenido por meta consagrar la igualdad de los cónyuges y no desequilibrar la situación en desmedro del varón. 3) Una ley posterior deroga a las anteriores que se opongan, no a las que - armónicamente interpretadas - subsisten plenamente(57)(387) .

Antes de la actual reforma, podía admitirse la plena capacidad jurídica de la mujer casada, conforme a la Convención Internacional Americana de Bogotá de 1948, sobre derechos civiles de la mujer, ratificada por decreto - ley 9983 de 23 de agosto de 1957, ratificada a su vez por la ley 14467 de 5 de setiembre de 1958, si bien algunos autores sostenían que su vigencia estaba condicionada a que en el país fueran sancionadas las normas internas correlativas a dicha Convención, y que mientras tanto no tenía ésta carácter obligatorio, y por lo tanto, carecía de vigencia(58)(388) .

Sistematización: Estudiaremos los siguientes tópicos: actos conservatorios, actos absolutamente prohibidos y actos que requieren autorización judicial.

Ahora bien, debemos agregar que la situación básica del menor emancipado es de capacidad, con algunas limitaciones excepcionales

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que deben interpretarse restrictivamente. Tiene una amplia capacidad, especialmente en materia expatrimonial, adquiriendo máxima intensidad en las relaciones de familia. El ámbito legal que nos permite encuadrar la esfera de capacidad, surge de los arts. 128, 133, 134 y 137, y legislación concordante.

A) Actos conservatorios: Si se les reconoce al menor adulto, con mayor razón al menor emancipado. Puede, pues, interrumpir prescripciones, requerir la reinscripción de una hipoteca (arts. 3134, 3140 y 3935 Cód. Civil) , pues aunque ocasionen gastos, no son de volumen suficiente para negar su realización(59)(389) .

También puede el pupilo que tiene 18 años, requerir del juez de la tutela, la exhibición de cuentas por parte del tutor (art. 459 del Código Civil) . Puede, asimismo, incurrir en gastos necesarios para las cosas de su dominio (arts. 591, 2427, 2430, Cód. Civil) .

B) Actos absolutamente prohibidos: art. 134.

1) Aprobar las cuentas de la tutela y dar finiquito al tutor. Aquí no sólo juega, como fundamento de la prohibición, un motivo tuitivo del menor atendiendo a su inexperiencia, sino también reglas de moral y buenas costumbres, de primerísima importancia en materia de tutela. Ambas cosas pertenecen al juez de la tutela, con intervención del ministerio de menores.

2) No pueden hacer donaciones de bienes, de cualquier especie o valor. Esta prohibición no alcanza a las disposiciones testamentarias. Tampoco, por imperio del art. 1807, inc. 7, ni las donaciones que el marido hiciera a la esposa (arts. 1217 y 1222) , los obsequios o presentes de uso (art. 450, inc. 5 y art. 1807, inc. 4) .

3) No pueden ser fiadores (art. 2011, inc. 1) .

4) Respecto a la capacidad para ser tutores o curadores, las opiniones no son unánimes. Lafaille(60)(390) , Llerena(61)(391) , De Gásperi(62)(392)) , creen que el menor emancipado no puede, por vía del art. 398, inc. 1 y art. 475.

Llambías(63)(393)) y Borda(64)(394) , entienden que los menores resultan habilitados para dicha función, pues su status general es de capacidad, con las únicas restricciones expresamente mencionadas por las leyes.

C) Actos que requieren autorización judicial:

1) Venta o hipoteca de bienes raíces: Esta restricción es aplicable a la permuta (art. 1492 Cód. Civil) , usufructo (art. 2831 Cód. Civil) , uso y habitación (art. 2949 Cód. Civil) , servidumbres (art. 2979 Código Civil) y anticresis (art. 3241 Cód. Civil) . Está prohibida la venta, pero no la compra de bienes. Es importante la distinción, pues respecto a ello algunos autores admiten la compra de bienes inmuebles, aunque queda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

garantizado el saldo del precio con una hipoteca (ya constituida o a constituirse simultáneamente a la compra(65)(395) , mientras que otros(66)(396) no lo admiten, salvo que la parte del precio aplazado no supere los \$ 500 m/n. establecidos como tope por el art. 135.

Respecto a bienes muebles, tienen libre disposición de los mismos, siempre que en operaciones realizadas con ellos no se infrinjan los topes legales del art. 135.

2) Venta de fondos o rentas públicas que tuvieran: Ni las acciones de compañías de comercio o industria (art. 1440 Cód. Civil) , siempre que excedan estas operaciones de \$ 500 m/n. No está alcanzada por esta norma las adquiridas con el producido de su trabajo o industria (art. 1807, inc. 7, Cód. Civil(67)(397) .

3) Contraer deudas que pasen de \$ 500 m/n. y recibir pagos superiores a \$ 1.000 m/n.(68)(398) . La prohibición no puede burlarse mediante fraccionamientos de las cantidades(69)(399) y la deuda contraída en violación a esta norma es nula en su totalidad, y no por la parte que supere el límite establecido(70)(400) . Debe repetirse que esta sanción no alcanza a los actos hechos con el producido del trabajo (art. 1807, inc. 7, Cód. Civil) .

4) Hacer arrendamientos como arrendadores o arrendatarios, por un plazo que exceda de 3 años. El fundamento de esta prohibición es que arrendamientos a largo plazo son actos más de disposición que de administración; de allí la prohibición, que reconoce antecedentes numerosos en el derecho comparado. Esta norma ha quedado modificada por la ley de arrendamientos agrícolas (art. 43, ley 13246) que elimina la restricción para dar en arrendamiento rural hasta un máximo de 10 años y sin necesidad de autorización alguna. También puede tomarse en arrendamiento un predio rural, sin cortapisa alguna.

5) Hacer transacciones, ni sujetar un negocio a juicio arbitral. La prohibición es absoluta, y se refiere a toda clase de acciones y derechos(71)(401) .

6) Capacidad procesal: Su consideración hace necesario dividirlo en varios puntos:

a) Plena capacidad, para aquellas acciones concernientes a la esfera de actos que puede realizar. Así, para instaurar demanda por divorcio, separación de bienes, filiación, alimentos, acciones relativas a la patria potestad, curatela o tutela(72)(402) . También para ejercer acciones conservatorias, como interrupción de prescripciones, reinscripción de hipotecas y actos permitidos(73)(403) , Spota afirma que la autorización conferida para un determinado acto, importa la consecuente legitimación procesal para toda consecuencia o acto relacionado al acto permitido.

b) Clases de acciones:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Civiles: La norma comprende los contradictorios y los voluntarios, tanto como actor o demandado(74)(404) . Pero sí debe reconocérsele personería para solicitar la pertinente autorización judicial.

Criminales: Tiene plena capacidad cuando es acusado criminalmente (art. 286 Cód. Civil) , pero para acusar necesita autorización judicial previa(75)(405) .

c) Carácter de la intervención judicial: Algunos autores, como Salvat, Orgaz, Busso(76)(406) sostienen que es imprescindible el otorgamiento de un curador especial, además de la autorización judicial.

Otros autores, en cambio(77)(407), sostienen que únicamente se necesita autorización judicial, y que no debe nombrarse curador alguno.

Condiciones de la autorización judicial

Según el artículo 136, debe otorgarse en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente. La autorización, una vez concedida, no es revocable, aunque fuera perjudicial el acto para el cual el menor ha sido autorizado(78)(408). Esta apreciación es discrecional del juez, que resolverá el pedido conforme a las circunstancias del caso, pues dependerá del grado de necesidad del menor (en cuyo caso la necesidad a satisfacer será lo primordial, aunque la operación no sea patrimonialmente ventajosa) . Inclusive los magistrados, en ejercicio del patronato que ejercen sobre los menores, tratan sobre todo de orientar las operaciones hacia mayor seguridad y garantía, aunque las utilidades no sean tan elevadas.

Venta de bienes:

Aunque el art. 136 exige que se realice en pública subasta, se ha interpretado esta norma en concordancia con el art. 442 (de la tutela) , en forma tal de poder el juez autorizar una operación privada, si conviene a los intereses del menor. No podía ser de otro modo. El interés jurídicamente protegido es el menor. Toda vía que tienda a aumentar esa protección, debe mirarse con simpatía, máxime en el caso de la subasta pública, que en determinadas épocas de escasez de dinero, de "iliquidez", puede llevar a obtener un precio muy por debajo del valor real de un determinado inmueble.

Por ello, los jueces autorizan las operaciones privadamente hechas por los representantes legales de los menores, ad referendum de la pertinente aprobación, requiriendo tasaciones a profesionales universitarios (ingenieros, arquitectos) , con cuyo dictamen pericial pueden apreciar la ventaja (art. 136) de la operación propuesta.

Interpretación de la cláusula de mayoría de edad

Puede hacerse - sea por intervivos o por disposición testamentaria - una cláusula que mande que determinado bien no se ponga o entregue a favor de cierta persona, sino cuando llegue a la mayoría de edad. El art. 137 establece que frente a una cláusula de este tipo, la emancipación es irrelevante para anticipar la entrega del bien.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

De todos modos, esta es una norma interpretativa establecida por el Código, pues no impide que en forma expresa el disponente deje su voluntad consignada en el sentido que el bien sea entregado o a la mayoría de edad, o antes en caso de emancipación (arg. art. 533)(79)(409) .

IV. ANÁLISIS DE LA REFORMA

Precedentes:

1) Antecedentes legislativos:

a) Anteproyecto Bibiloni: Como nota destacada, Bibiloni se mostró enemigo de la admisión de la emancipación dativa, reconociendo como única causa de emancipación la matrimonial (arts. 115 y 117 de la primera redacción de su anteproyecto) .

b) El proyecto de 1936, en cambio, admitió la emancipación voluntaria, la que tenía lugar con el acuerdo del padre o la madre, en trámite realizable ante el juez, aplicable a individuos con 18 años cumplidos(80)(410) . También recogía la emancipación matrimonial. Expresamente entendió la comisión que no era aconsejable receptor otras causas de emancipación, como las preceptuadas por el Código Civil brasileño (ver ref. nota anterior) . En orden a la capacidad, tanto los menores emancipados por matrimonio, así como los habilitados, quedaban sujetos a un régimen de capacidad genérica, con particulares excepciones (arts. 560, 561) .

c) El anteproyecto de 1954: Legisla sobre la emancipación por matrimonio (arts. 79 a 83) y por habilitación de edad (arts. 84 a 86) .

La emancipación matrimonial, habilita para la administración de sus bienes, estableciendo topes cuantitativos (en cuanto a la capacidad para recibir pagos y contraer obligaciones, de \$ 10.000 y \$ 5.000 m/n.) respectivamente (art. 82, inc. 3) .

La capacidad procesal es amplia, sólo se restringe para aquellos actos para el que no estuvieran facultados (art. 82, inc. 6) .

En cuanto a la habilitación, se fijan los siguientes requisitos: 1) Tener 18 años cumplidos. 2) Conformidad de padre o tutor. 3) Trámite ante juez. 4) Inscripción en el Registro del Estado Civil de las Personas.

Asimismo, los menores de 18 años cumplidos de edad, huérfanos de padre y madre, o abandonados por éstos, pueden obtener la declaración iudicial de habilitación de edad, si acreditan sumariamente aptitudes suficientes para gobernar su persona y dirigir sus negocios. En este procedimiento será oído necesariamente el tutor del menor (art. 85) .

En cuanto a los menores habilitados de edad, quedan en las mismas condiciones de capacidad que los menores emancipados por matrimonio, con la salvedad que para contraer matrimonio requerirán la autorización de su representante legal, como si no hubiera habilitación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La habilitación será irrevocable (art. 84) .

El anteproyecto legisla sobre la habilitación comercial, salvo respecto a la publicación de la misma, que remite al Código de Comercio. Reputa mayor al menor, para todos los actos y obligaciones comerciales. La gestión del menor comerciante, sólo comprometerá los bienes cuya administración ejerza (art. 86) .

d) Proyecto del diputado José I. García Flores(81)(411) : Contiene las siguientes preceptivas: Modifica los arts. 126 y 128 del Cód. Civil. Establece la mayoría de edad a los 21 años. Equiparación de la capacidad del varón menor de edad, casado, a la mujer.

e) Proyecto de los diputados Carlos Ernesto Camet y David Errea(82)(412) . Llevan, mediante la reforma del art. 126 del Cód. Civil, la mayoría de edad a los 20 años. Citan, en el mensaje, la ley de creación de los tribunales del trabajo, que permite litigar al menor de 18 años.

f) Proyecto del diputado A. Ricardo Fuertes(83)(413) . Modificatoria de los arts. 126, 127, 128, 135, 136 y 137 del Cód. Civil. Establece la mayoría de edad a los 20 años. Menores impúberes hasta los 14. Adultos, de 14 a 20 años. Causan la cesación de incapacidad: a) Mayoría de edad. b) Emancipación. c) Habilitación de edad. La dispone siempre el juez, y como requisito los 18 años cumplidos, debiendo solicitarlo el padre, o en su defecto, la madre, con el consentimiento del propio menor de edad. Los sometidos a tutela, pueden solicitarlo por sí mismos, y la decisión se hace con citación del tutor y asesor de menores.

En cuanto a la capacidad, adquiérela como regla general con las siguientes reglas: Requiere autorización previa, para vender bienes inmuebles y constituir sobre ellos derechos reales, salvo para garantizar el pago de los saldos de precio en la compra de bienes. Para vender o preñar somovientes, salvo los que formen parte de un establecimiento agropecuario explotado por ellos. Enajenar los fondos o rentas que tuvieran y las acciones o cuotas en sociedades de comercio o industria. Comprometer un negocio a juicio de árbitros o transigir extrajudicialmente. En materia procesal, en procesos civiles, salvo divorcio, podrá el juez por auto fundado, proveerles de un curador especial en cualquier estado de la causa anterior a la sentencia. Suprime la necesidad de autorización previa, para formalizar arrendamientos superiores a tres años.

g) Proyecto Armando Luis Turano(84)(414) . Lleva la mayoría de edad a los 20 años.

h) Proyecto Gamond, E. J. A. y Blanco, R. V. M.(85)(415) . Muy similar al anterior, citando como apoyo doctrinario el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, año 1961, celebrado en Córdoba.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

i) Proyecto diputado Héctor P. Bravo(86)(416) . También confiere mayoría a los 20 años.

2) Precedentes doctrinarios:

Además de la opinión prácticamente unánime de los tratadistas, tanto extranjeros como nacionales expresadas en obras de índole general o en artículos especiales, resultan de particular interés:

a) El Código (proyecto) Civil Panamericano, elaborado por el doctor Cosentini, en el cual además de consagrar como causas de emancipación la voluntaria, y por motivo matrimonio, también recoge el de empeño de un cargo público efectivo, la obtención de un título de enseñanza superior y el alistamiento en fuerzas armadas, para los efectos relativos al mismo(87)(417) . También por el establecimiento civil o comercial. b) El Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, celebrado en Córdoba, año 1961, antecedente de la actual reforma del Cód. Civil en muchos de los puntos cuya consagración legislativa aparece en la misma. Al respecto, cabe señalar que la recomendación número 3, en lo concerniente a este punto, estableció: Que debe incorporarse al Código Civil la institución de la emancipación dativa o habilitación de edad, bajo las condiciones generales siguientes: a) Podrán gozar de ella los menores que hubieran cumplido la edad de 18 años; b) la dispondrá el juez con acuerdo del menor y a instancia de su representante legal, con audiencia del Ministerio Público de Menores e Incapaces. En el caso del menor sujeto a tutela, el juez podrá disponer la habilitación de edad, previa verificación sumaria de la aptitud y desarrollo intelectual del menor para dirigir su persona y bienes.

c) Los menores de uno y otro sexo emancipados por matrimonio o habilitación de edad, estarán en la misma condición civil respecto a sus derechos patrimoniales, sometidos a las restricciones vigentes, las que deberán ser sustancialmente actualizadas(88)(418) .

Respecto a la capacitación laboral, el mismo Congreso, en el punto III declaró: Los menores de ambos sexos que hayan cumplido 18 años, aun cuando no se encuentren emancipados o habilitados de edad, pueden prestar su trabajo personal, concertar los contratos correspondientes y ejercer los derechos y acciones que de ellos resulten, sin perjuicio que leyes especiales establezcan una edad menor. Podrán actuar directamente en juicios atinentes a la relación laboral, como actores o demandados, con intervención del ministerio de menores(89)(419) .

Alcance de la reforma:

En materia de capacidad, ha sido profunda, especialmente en lo relativo a menores de edad y respecto a la mujer casada. Respecto a los primeros, ha incorporado el instituto de la habilitación dativa, con lo que se ha sumado a la universal corriente ya sólidamente establecida en la legislación comparada.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Respecto a la mujer casada, ha consagrado en forma definitiva su equiparación al varón, terminando con las dudas y parciales soluciones logradas con la ley 11357 y la sanción de la Convención de Bogotá.

Lo dicho adquiere sanción legislativa a través de los arts. 55 (que fija la condición básica de incapacidad de los menores adultos, finalizando una controversia originada en la defectuosa redacción del Código Vélez Sársfield) , el artículo 126 (que adopta los 21 años como los necesarios para adquirir la mayoría de edad) , la eliminación gramatical de la mujer casada entre los incapaces, afirmada a través del art. 3º, inc. 1 de la ley 17711, en cuyo texto consagra positivamente la plena capacidad de la mujer mayor de edad, como a través del sistema, que a continuación examinaremos.

Orden expositivo: A los efectos de un mayor ordenamiento en el análisis, dividiremos su examen en dos rubros: Habilitaciones legales, bajo el cual veremos la capacitación laboral y la profesional, y emancipación, bajo el cual veremos la voluntaria y la emancipación por matrimonio.

Habilitaciones legales: Hemos adoptado esta nomenclatura debido a la particular naturaleza de la capacitación laboral y profesional, que a nuestro juicio consagra una verdadera habilitación (pues faculta a realizar una serie de actos) que encuentra su fuente en la ley (de allí que la denominemos con el calificativo de legal) .

Laboral: El art. 128 (texto según ley 17711, art. 1º, inc. 16) establece que desde los 18 años el menor puede celebrar contrato de trabajo en actividad honesta, sin consentimiento ni autorización de su representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral.

a) Fuentes de la norma: A pesar de las normas consagradas en el Cód. Civil, que en principio impedían la celebración de contratos de trabajo antes de la mayoría de edad, sin la autorización de los representantes legales, la autonomía preceptiva del derecho laboral reconoció a los menores de edad la posibilidad de celebrar convenios válidos(90)(420) . Adquiere particular importancia, a pesar de esas concesiones jurisprudenciales y legales, la sanción de la actual reforma, pues pensamos, con Llambías(91)(421) , que las normas referentes a la capacidad deben estar contenidas en el Cód. Civil, sin perjuicio de la reglamentación específica que emane de cada una de las ramas del derecho que deban contemplar el aspecto de la capacidad.

b) Carácter de la remisión: Según la norma transcrita, vemos que contiene una remisión interna a las normas del derecho laboral. Esta remisión tiene una verdadera plenitud de efectos jurídicos, pues los principios que informan a esta rama del derecho, hacen que admita el trabajo de menores de 18 años, según consta en la ley 11317 ya citada, que contempla el trabajo inclusive de menores de 12 años de edad(92)(422) .

Asimismo podría impedir el trabajo de menores con 18 años cumplidos,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en tareas insalubres o peligrosas, sea este peligro tanto para su salud física como para su salud psíquica y moral. Por lo tanto, la norma de fondo que estamos analizando, establece un marco dentro del cual las normas específicas de derecho laboral puede establecer las variaciones emanadas de sus principios - con carácter reglamentario - .

c) Normas alcanzadas por la reforma: Deben considerarse asimismo rnodificadas, por lo menos en su contenido normativo, los siguientes artículos: 265 (en cuanto facultaba a los padres a elegir la profesión de sus hijos) ; el 274 (en cuanto los facultaba a celebrar en nombre de ellos cualquier contrato en los límites de su administración y estar en juicio por ellos, como actores o demandados) ; el art. 275 (que les impedía ejercer oficio, profesión o industria separada, sin licencia o autorización paterna)

Respecto al art. 279, entendemos que también ha sido alcanzado por la reforma, en lo que se refiere a los bienes adquiridos por el trabajo o industria del menor, pues con ellos podría válidamente contratar con su padre, ya que forman un peculio separado del régimen patrimonial ordinario del menor. Asimismo el art. 280 (que aparece reforzado con la actual reforma) , como asimismo el art. 283.

Respecto a las posibilidades del menor, con referencia a los bienes adquiridos con su trabajo, quedan prácticamente derogados los arts. 281, 282, 285, 287 inc. 2, 288 y 293. Asimismo y en lo pertinente a los arts. 411 y 412 (de la Tutela) .

d) Actividad honesta: Concordantemente con el espíritu social de la reforma, aparece consagrado en forma expresa este requisito de actividad honesta, mediante el cual entendemos que permite la atenta vigilancia del padre, en la elección del trabajo que desea contratar su hijo, pues éste tiene total independencia sólo cuando contrata una labor que no sea peligrosa para su salud física y moral, vigilancia que puede hacer efectiva el padre a través del ministerio público.

Profesional: Esta es una verdadera novedad en nuestro derecho, y asimismo con escasos antecedentes en el derecho comparado. Debe añadirse, sin embargo, que fue un problema debatido cuando el proyecto de 1936(93)(423) .

a) Antecedentes: Desde un punto de vista lógico, significa el reconocimiento de una capacitación oficial, que deba hallar su concordante en una mayor libertad de actuación. Asimismo, aunque no sea esencialmente un signo infalible de madurez, sí constituye una prueba de contracción al estudio y de un acentuado sentido de responsabilidad que debe ser apoyada.

En el derecho comparado, el Código Civil brasileño (art. 9º) , establece en su inciso d) que "la colación de grado científico en curso de enseñanza superior" produce la emancipación. El Código peruano (art.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

11) , establece con respecto a los mayores de 18 años, que su incapacidad cesa "...por obtener título oficial que autorice para ejercer una profesión u oficio". Quiere decir que en ambas legislaciones la obtención de un título, confiere efectos mucho más amplios que los que surgen de la norma analizada, pues otorgan la emancipación plena; en el mismo sentido el proyecto Cosentini.

b) Edad requerida: Es uno de los problemas que plantea este artículo, y que ya ha dividido a los primeros comentaristas de la reforma(94)(424) . Una opinión, sustentada por Smith y Bustamante Alsina, afirma que la edad necesaria es la de 18 años cumplidos. Otra opinión, sustentada por Llambías, afirma que el único requisito exigido es la obtención del título habilitante, independientemente de la edad.

En rigor de verdad, la interpretación gramatical del texto, muestra, en nuestra opinión, que el legislador ha distinguido dos casos: 1) la capacidad laboral para el menor con 18 años cumplidos; y 2) la habilitación que concede al menor que obtiene título habilitante, sin tomar en cuenta su edad. Esta opinión aparece sustentada por los siguientes argumentos: 1) No significa una implantación exótica, desde que el derecho comparado muestra su admisión en el art. 9 del Código brasileño. 2) No puede argumentarse acerca de lo peligroso que significa otorgar la capacidad que admite este artículo a un menor de 15 ó 16 años, si acto seguido se admite plenamente igual efecto (o mucho más amplio) , con relación a un menor de 16 años (o aún de 14 años, siendo mujer) , por el solo hecho de contraer matrimonio. 3) Por otra parte, la obtención de un título habilitante de por sí marca un límite natural de edad, que no puede llevar a edades absurdas. En este orden de ideas, pensamos que el límite mínimo de edad son los 14 años, pues esta habilitación sólo puede beneficiar a los menores adultos (art. 127) , según así lo afirma el art. 55 en cuanto preceptúa que dichos menores "...sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar constituyendo esta habilitación profesional, uno de los facultamientos especiales que permite el art. 55 citado. Respecto al ámbito temporal dentro del cual tiene vigencia esta causa de habilitación, pensamos que es desde la edad de 14 años hasta los 21, pues se trata de una habilitación específica que no debe confundirse con la capacitación laboral a que alude la primera parte de la norma.

c) Concepto de título habilitante: Al respecto cabe la duda sobre si por título habilitante debe entenderse como sinónimo de título universitario, o si también comprende otros profesiones u oficios, de carácter extrauniversitarios. Entendemos que la locución título habilitante, comprende los siguientes aspectos: 1) Realización de estudio disciplinado, científicos o técnicos. 2) La obtención de un título extendido por autoridad competente. 3) Que la profesión u oficio se encuentren reglamentados en orden a su ejercicio. Por lo explicado, entendemos que no es requisito el carácter universitario del título, sino que basta que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

faculte al ejercicio de esa profesión. Por las mismas razones, y apoyándonos en que la ley utiliza en su texto la palabra título, no basta la simple matriculación o inscripción, sino que es imprescindible que el ejercicio profesional esté facultado en base al título (profesional, técnico) que lo avala.

Por lo dicho, están comprendidos en el art. 128, los maestros, técnicos egresados de institutos de enseñanza técnica, profesores de idiomas, etc., y siempre que la profesión esté reglamentada por las autoridades oficiales competentes. No estarían comprendidos los martilleros, corredores de comercio, despachantes de aduana, pues las matriculaciones que deben cumplir no bastan por faltarles el título.

d) Por cuenta propia: Debe recordarse el artículo 270 del Cód Civil, en cuanto establece que los padres no están obligados a dar a sus hijos, los medios de formar un establecimiento.

Significa que el menor puede ejercer libremente la profesión, sin necesidad de trabajar en relación de dependencia. Sin embargo, creemos que esta facultad no obsta a que pueda también emplearse; y hacemos esta afirmación debido a la interpretación que hemos dado acerca de la edad requerida, pues sería absurdo que el menor pudiera hacer lo más (trabajar por cuenta propia) y no pudiera hacer lo menos (trabajar en relación de dependencia) .

Asimismo creemos injusta la observación de Llambías(95)(425) en cuanto interpreta que este tipo de habilitación sólo beneficia a los menores pudientes, pues entendemos que lo de cuenta propia se ha consignado para marcar claramente un aspecto esencial del ejercicio de una profesión, y sin perjuicio de la posibilidad que le hemos reconocido de trabajar en relación de dependencia. Por cuenta propia no significa obligadamente "patrimonio propio" o "inversión propia" sino una determinada modalidad de trabajo.

Capacidad de los menores profesionales y capacitados laboralmente

Está regida por el último párrafo del art. 128, en su actual redacción y que otorga la administración y disposición libre de los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos.

a) La naturaleza de la capacidad referida a los menores que trabajan o ejercen una profesión, presenta características especiales. Ante todo, el desempeño de un trabajo o ejercicio de una profesión, no hace surtir variante alguna en la esfera extrapatrimonial correspondiente al menor emancipado. Así no pueden ser tutores (art. 398, inc. 1) , ni curadores (arts. 474, 475 y 477) , siguen sujetos a la patria potestad (arg. arts. 306, 264 y correlativos) , requieren autorización judicial para casarse (ley 2393, art. 9, inc. 4, reformado por art. 14, ley 14394) , no pueden aceptar o repudiar la legitimación que sobre ellos hagan sus padres (art. 320, Cód. Civil) , no pueden ser testigos en testamento por acto público, salvo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que sean tenidos por capaces según la opinión común (arts. 3705, 3697) , salvo el caso de los testamentos militares, cuando sean oficiales de la clase sargento en adelante (art. 3675) .

Sin embargo, algunos efectos especiales causa el hecho de que tengan trabajo y puedan proveer a sus necesidades: en caso de ser hijos naturales, cesa la obligación de sus padres de darles alimentos (art. 331, Cód. Civil) , se presume que están autorizados por sus padres, para todos los actos y contratos concernientes al empleo público, profesión o industria (art. 283, Cód. Civil) . Hace surgir la posibilidad de suministrar alimentos, en los casos que la ley así lo establece (arts. 367 y sigtes.) . Por lo dicho, debe inferirse que la situación básica del menor sigue siendo la incapacidad, con la sola excepción de aquellas actividades inherentes a su empleo o profesión, y de la libre disposición que tiene de los bienes adquiridos con el producido de esa actividad. Como bien hace notar Llambías(96)(426) , hace surgir un peculio separado del resto de los bienes del menor, cuya posibilidad de disposición es totalmente independiente de los demás bienes. Cabe aclarar que el menor, en lo referente a la actividad que realiza, por consecuencia lógica del art. 128, tiene plena discrecionalidad en todas las decisiones y actos que realice en ejercicio de su actividad laboral o profesional, y de ninguna forma puede considerarse limitada esta actividad por el ejercicio de la patria potestad inherente a su padre (o madre, en su defecto) . Esta aclaración vale para hacer notar que la patria potestad también sufre una limitación en la esfera de la actividad que realiza el menor, y no solamente con respecto a los actos de administración o disposición de los bienes que adquiere con su trabajo. Así, en ejercicio de dicha actividad, puede el menor decidir actos de gran trascendencia jurídica y económica (como por ejemplo: si administra un campo, realizar un arrendamiento del mismo, enajenar ganado, contratar la construcción de elementos para dicho fundo, etc.; lo mismo si resulta gerente de un establecimiento comercial o industrial, actividad que lleva ínsita la posibilidad de adoptar resoluciones de gran importancia) .

b) Ambito patrimonial: En esta clase de aspecto, debemos distinguir (desde el punto de vista jurídico) , dos patrimonios, sujetos cada uno de ellos a reglas totalmente independientes.

1. Bienes adquiridos con su trabajo: En esta clase de bienes, es donde se produce la máxima liberación de las restricciones propias de la minoridad, con la consecuente ampliación de capacidad. Al consagrar la libre administración y disposición de los bienes adquiridos con el producido de su trabajo, ha establecido un concepto sobre el cual no hace necesario mayores abundamientos.

Aclaremos, sin embargo, algunas operaciones que pueden suscitar dudas: Bienes raíces. Tiene plena capacidad para adquirir y enajenarlos de cualquier forma (art. 128, última parte) ; sin embargo, se presenta la duda sobre si puede adquirir un bien inmueble, con una hipoteca ya constituida o constituyendo otra, en pago de parte del precio. Solari (op.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vertida en el Instituto Argentino de Cultura Notarial) , opina que únicamente puede el menor comprar al contado, ya que carecería de capacidad para contraer deudas sin autorización judicial. Nosotros pensamos, que debe admitirse esta posibilidad respecto al menor, como se hizo, en la antigua redacción del Código Civil, respecto al menor emancipado, a quien se le admitió la capacidad para adquirir bienes, aunque fuera contrayendo una obligación para el pago del precio. Debe admitirse, además, porque significa un acrecentamiento del patrimonio, aunque para lograrlo deba contraer una obligación. La opinión contraria significa limitar sobremanera la ampliación de capacidad que en forma amplia otorga el art. 128. La protección del menor está suficientemente protegida por las normas generales (arts. 953, 936 y sigtes., 923 y sigtes.) y especialmente la nueva redacción del art. 954.

Asimismo puede recibir pagos, negociar libremente toda clase de bienes muebles, semovientes o no, acciones, títulos, rentas, fondos de comercio, celebrar arrendamientos de sus bienes, hacer donaciones, etc. La capacidad para recibir pagos y contraer obligaciones, debe considerarse limitada únicamente aquellas que sean consecuencia natural de la actividad que realizan. Por ejemplo, un menor cuya actividad profesional sea la de técnico electrónico, podrá contraer obligaciones relativas a procurarse los elementos y materiales necesarios para su actividad. Podrá asimismo, recibir los pagos de honorarios y demás ingresos correspondientes a su labor. Respecto a su capacidad procesal (y sin perjuicio de su consagración anterior, en algunas jurisdicciones laborales) ha quedado definitivamente reconocida, ya que puede estar en juicio civil y penal por acciones vinculadas a ellos (los bienes a que hemos hecho referencia) , sin necesidad de autorización paterna o de cualquier índole. Debe entenderse que esta capacidad procesal, también la tienen para acciones vinculadas a su actividad laboral (demandas contra sus empleadores) y profesional (pleitos por trabajos realizados, cobro de pesos, incumplimiento de contratos, etc.) . Debe considerárselos, por lo tanto, legitimados para: otorgar poderes generales y/o especiales relativos a su actividad, celebrar transacciones, arreglos privados, y todo acto procesal que sea consecuencia de las acciones en las que intervengan.

2. Bienes que no hayan sido adquiridos con su trabajo: Respecto a estos bienes, están sujetos al régimen general de los menores de edad y por lo tanto sujetos a todas las limitaciones impuestas por la patria potestad (inclusive lo referente al usufructo que tienen los padres sobre los mismos) y la necesidad de la autorización judicial para todo acto de disposición de tales bienes.

Cabe hacer la referencia, con respecto a los bienes considerados en el punto 1, que también deben integrar ese grupo aquellos bienes adquiridos con el producido de la enajenación de bienes producto del trabajo del menor (subrogación real) .

c) Respecto a los bienes que fueran del menor, y no adquiridos por su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

trabajo, por ejemplo adquiridos por donación, legado, o herencia, entendemos que si fueran necesarios para la actividad que desempeñe su propietario, sea laboral o profesional, podría obtener la entrega de dichos bienes (aunque más no fuera en lo que respecta a su administración) , mediante la pertinente autorización judicial. Apoyamos esta afirmación en que todo lo que sea comentar y facilitar inclusive el trabajo y el desarrollo profesional del menor merecerá una buena impresión de los magistrados, siempre que sea en condiciones tales que no signifiquen un peligro para el mismo. Por otra parte, será un absurdo negarle aunque más no fuera el uso de bienes que ya están en su patrimonio, si de este modo se facilita su trabajo. Debe recordarse asimismo, que la opinión de los autores que han tratado el tema es favorable a todo lo que sea un gradual y progresivo entrenamiento del menor hasta alcanzar su plena capacidad, habiéndolo expresado inclusive en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, cuando se discutió el punto del grado de capacidad a otorgarse a los menores emancipados(97)(427) .

Emancipación

Emancipación voluntaria:

a) Consideraciones: Este instituto de la emancipación voluntaria ha sido incorporado a nuestra legislación, modificando así la actitud de rechazo que tuvo Vélez Sársfield, al redactar nuestro Código Civil. Se ha satisfecho de esta forma un anhelo largamente expresado de la doctrina nacional. Y, así mismo, se ha retomado una tradición que históricamente tenía antecedentes, tanto en la legislación patria, como en el derecho español y el derecho romano que es la fuente común.

Cabe apreciar que nuestro legislador actual no ha seguido en forma dogmática ninguno de los sistemas estudiados al analizar el derecho comparado (nos referimos a los dos sistemas básicos: alemán y francés) , pero el resultado es altamente elogiado por la forma simple y eficaz en que se ha regulado esta institución.

b) Status del menor emancipado: adquiere la plena capacidad, con las únicas limitaciones que la ley establece, las que por su índole deben considerarse en forma restrictiva.

c) Edad requerida: En este aspecto, la reforma ha seguido el sistema aceptado por la mayoría de las legislaciones extranjeras, salvo el caso de Bolivia, Francia, República Dominicana y Haití, que la aceptan a los 15 años.

Respecto al cómputo de la edad, debe aplicarse el Código Civil, arts. 24, 27 y concordantes, no pudiendo considerarse aplicable en cuanto a este aspecto la excepción establecida por el Código Civil respecto al art. 128, que adelanta un día el modo ordinario de computar los plazos, según los artículos que se han mencionado, lo que, al decir de un autor, significa un verdadero "regalo de cumpleaños". La prueba de la edad se realiza

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mediante la correspondiente partida de nacimiento (arts. 130, 79 y 80, reformado este último por el art. 113 de la ley de matrimonio) .

El requisito de la edad es esencial, es decir que no puede otorgarse el beneficio de la habilitación, aunque pudiera probarse una avanzadísima capacidad del sujeto, pues el legislador, cuando adopta un determinado índice (como lo hace respecto a la mayoría de edad) , constituye una presunción "legis", que no puede ser controvertida.

d) Decisión paterna o judicial:

1. Ante todo, dentro de este punto, notamos una cierta diferencia, según fuere la habilitación otorgada por quien ejerza la patria potestad, o por vía judicial. La razón de ser de esta diferencia estriba en la diferente situación en que se encuentre un menor en el hogar de sus padres, y los menores que se encuentran bajo tutela. Por otra parte, esta misma diferencia la vemos con mayor proyección en el Código francés, que exige la edad de 18 años para que el menor a quien sus padres no pueden otorgarle el beneficio por no estar de acuerdo, o no estar presentes, sea concedido por el consejo de familia, exigiendo en cambio la edad de 15 años cuando la habilitación la confiere la autoridad paterna.

2. Otorgada por quien ejerce la patria potestad: En este caso, la ley deja al padre, o en su defecto a la madre, el arbitrio para decidir si el menor tiene la suficiente madurez y aptitud para merecer la habilitación. No podría ser de otro modo, pues en un hogar normal, son los padres quienes más próximos se encuentran en el afecto y el cuidado de su hijo, y por lo tanto, son quienes están más dotados para juzgar sobre su aptitud(98)(428) .

Entendemos asimismo que esta decisión indica bien a las claras que debe tratarse de una resolución meditada por los padres, quienes, repito, tienen el arbitrio exclusivo para decidir el otorgamiento de la misma(99)(429) .

3. Quien ejerza sobre ellos la patria potestad: Este punto, requiere la consideración de diversas hipótesis.

Padre: Es el titular natural de este derecho (y obligación) (art. 264) .Por lo tanto es quien debe otorgarla y cuya decisión es la que debe tenerse en cuenta. El disenso de la madre no tendría relevancia frente a la voluntad del padre, expresada en la forma que la ley establece.

Madre: Es quien ejerce la patria potestad en caso de fallecimiento del padre - como asimismo en caso de haber perdido la patria potestad o el derecho de ejercerla, sin perjuicio del patronato del Estado nacional o provincial - en su caso (arts. 309, 310, Cód. Civil) .

Padres naturales: En este caso, la habilitación debe ser otorgada por quien primero lo haya reconocido, o aquel que haya sido declarado su padre o su madre (art. 264, Cód. Civil) .

Padres separados: En este caso, el titular del derecho de la patria potestad sigue siendo el padre, aún cuando la tenencia de los hijos, haya sido conferida a la madre, salvo que además el padre haya perdido el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ejercicio de la patria potestad o se le haya suspendido, en dicho ejercicio, por haber incurrido en las causales pertinente (arg. arts. 264, 309 y 310, y art. 76, Cód. Civil.) .

Ausencia con presunción de fallecimiento del padre: En este caso, entendemos que es la madre quien debe otorgar el beneficio, por ser asimilable el caso al fallecimiento del padre. Es la solución que adopta el derecho alemán, pues afirma que el consentimiento de la madre, es procedente también en caso de impedimento de mero hecho del padre(100)(430)

Padres separados de hecho: Se impone la misma solución que en el caso de padres divorciados, y por lo tanto, es el padre quien debe decidir la habilitación.

¿Puede el menor solicitar la habilitación personalmente? Fue un problema discutido en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil(101)(431) , pues está comprometido el derecho de la patria potestad que le compete a los padres, y que de esta manera se vería disminuido en su ejercicio. Otra opinión fue que debía reconocerse el derecho al menor considerando casos de verdaderos abusos en el ejercicio del derecho de la patria potestad. De todos modos, de acuerdo al contexto del art. 131, entendemos que el menor no puede solicitar la habilitación en forma directa, contra la voluntad paterna, pues la decisión ha sido concedida a los padres. De esta forma, se ha preferido darle prioridad a la autoridad paterna. Para los casos de abuso o mal desempeño de la patria potestad, están los remedios que conducen a la pérdida del ejercicio o la suspensión del mismo, de la patria potestad, por las causas que la ley reconoce.

4. Habilitación judicial: Es la vía a utilizar para el caso de los menores que se encuentren bajo tutela. Lógicamente, en este caso, la decisión sobre la procedencia o no de la habilitación, es privativa del juez, quedando abierta, por supuesto, la correspondiente apelación ante las cámaras correspondientes.

Iniciativa del tutor: El art. 131, 3er. párrafo, legitima al tutor para proponer al magistrado la habilitación del menor sometido a su cuidado. El motivo es que dicho tutor, por su proximidad y obligación de cuidado que tiene respecto al menor, es quien con esta proximidad puede considerar conveniente para el menor, el beneficio de la habilitación de edad. De todas formas, sólo tiene la iniciativa, ya que el magistrado es quien decidirá, en base a los elementos aportados en el expediente, la procedencia o no del beneficio solicitado.

Iniciativa del menor: Según la misma norma, el menor también tiene la facultad de solicitar su propia habilitación. Es elogiada esta facultad, ya que no entraña peligro alguno para el mismo, desde el momento que quien tiene la facultad decisoria es el juez, y nadie más interesado legítimamente en obtener el beneficio que el tutelado.

Juez competente: Es el juez de la tutela, por ser quien originariamente decidió el nombramiento del tutor, y por ser un aspecto de profunda

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

incidencia en el desenvolvimiento de la misma (arts. 803 y 804 del Código Proc. Civil y Comercial) .

Previa información sumaria: El requisito genérico a ambas formas de habilitación (voluntaria paterna y judicial) , es la aptitud del menor. En el caso del otorgamiento por sus padres, es un requisito que ellos deben ponderar al decidir el otorgamiento de la habilitación. Quiere decir que es un requisito implícitamente contenido en esa decisión. En el caso del otorgamiento por vía judicial, esa aptitud debe constar en el expediente de la tutela, sirviendo de elemento informativo para el magistrado, y todo funcionario que intervenga (asesor de menores, cámaras de Apelación, etcétera) . Por ello es que se exige la previa información sumaria, de la que surja la aptitud y habilidad del menor en el manejo de sus bienes.

Entendemos que en esa información sumaria pueden suministrarse informes de testigos que opinen sobre la madurez y capacidad del beneficiario, certificados de institutos de enseñanza o de aquellas instituciones en las que actúe el menor, informes de eventuales empleadores del mismo, etcétera, en fin, todo aquello que informe suficientemente al magistrado en orden a su decisión.

Obligatoriedad del juez a conceder la habilitación: Entendemos que el juez no está obligado a otorgar la habilitación(102)(432) , pues tiene la discrecionalidad para decidir sobre su procedencia. Por ello, para evitar decisiones apresuradas, y aun injustas, quedan abiertas las vías de apelación correspondientes. Es interesante, sin embargo, la opinión de Enneccerus, que cita a Oertman y Warneyer, en el sentido que cuando una autoridad está facultada para una cosa, por regla general está también obligada a ello, sin concurrir a su entender todos los supuestos. Pero la aceptación de ese criterio significa destruir la decisión judicial, que quedaría convertida en un simple requisito administrativo. En el correspondiente proceso, debe darse intervención al tutor, asesor de Menores, y aun al mismo menor, porque entendemos que las opiniones de todos ellos contribuyen a informar al magistrado de todos los elementos necesarios para la expedición de su fallo.

Respecto a la apelación, pueden solicitarla el menor, el tutor y el asesor de Menores.

5. Consentimiento del menor: Es un requisito exigido por la mayoría de las legislaciones extranjeras (ver infra, parte de Derecho comparado) , inclusive lo establecía el anteproyecto de 1954, y así también el despacho de la Comisión Definitiva del Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil(103)(433) . En realidad, debió implantarse el requisito del consentimiento del menor, pues si el instituto se ha consagrado en su beneficio, mal podría otorgarse contra su voluntad. Esta falta de previsión, estará moderada por los siguientes hechos: 1) No creemos frecuente que los que ejercen la patria potestad decidan habilitar al menor contra su voluntad, pues ningún resultado práctico tendría la misma. 2) En caso de habilitación judicialmente otorgada, creemos que los magistrados darán vista al menor, aunque fuere para completar los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

elementos informativos que se le hayan invocado. 3) Por el contrario, los mismos menores serán quienes impulsarán a sus progenitores a que les concedan la habilitación, por los beneficios y libertad que le confieren(104)(434) .

Asimismo, creemos que no debe el juez otorgar la habilitación en caso de oposición del mismo menor, en el respectivo expediente. En cambio, la oposición del tutor será simplemente un elemento a tener en cuenta por el magistrado que intervenga, pero careciendo de efectos decisivos.

6. Formalidad: El art. 131 establece como requisito formal el instrumento público. En efecto, en caso de la habilitación paterna, exige la escritura pública (art. 131 Cód. Civil) . En el caso de realizarse por vía judicial, el expediente también es instrumento público. Esta solemnidad debe interpretarse como un aval que obliga a meditarlo profundamente en el caso de la habilitación paterna, unido al asesoramiento notarial acerca de los alcances del acto a otorgar. En el caso de la intervención judicial, el mismo procedimiento obliga a que sea una decisión o iniciativa firme, debido a los requisitos y trámites que deben cumplirse.

Asimismo, esta formalidad significa una protección en cuanto a los terceros, que tienen la seguridad documental de la habilitación, que se vería fuertemente debilitada en caso de tratarse de documentos privados, si la ley los hubiera reconocido. Por otra parte, el legislador ha seguido la orientación de la mayoría de las legislaciones extranjeras.

7. Registración: El art. 131 establece que debe inscribirse (sea el testimonio de la respectiva escritura pública o el oficio de las piezas judiciales pertinentes) en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (decreto - ley 8203/63 y reglamento decreto 7114/63 y resolución que aprueba el reglamento interno 888/63 del Ministerio del Interior) . Cabe notar que la inscripción de la habilitación ha sido creada por la ley 17711, ya que de las normas legales citadas que regulan dicho registro, no surge que se haya contemplado la inscripción de esta clase de documentos.

Un aspecto a considerar es si esta registración es constitutiva respecto a la habilitación, o si sólo tiene efectos respecto a terceros. Nos inclinamos por la segunda opinión, ya que la habilitación otorgada con las solemnidades correspondientes surte plenitud de efectos respecto al mismo menor, a los eventuales testigos del acto, y al mismo escribano interviniente. También respecto a los terceros que la conozcan, siendo inoponible hasta su registración, respecto a los terceros que la ignoren (105)(435) .

Entendemos también que el requisito de la registración establece la obligación o la posibilidad (según sea el ámbito de actuación y el tipo de negocio que realice el menor) , de solicitar el respectivo informe al registro acerca de la subsistencia de la misma (art. 4º del reglamento interno citado y asimismo art. 115) . De esta forma, el requisito de la inscripción asegura respecto a los terceros la posibilidad de tener la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

certeza de contratar con un habilitado, lo que tiene enorme importancia respecto a la buena o mala fe de los mismos.

Emancipación matrimonial:

a) Consideraciones preliminares: En materia de emancipación matrimonial, en realidad se han adoptado, o más precisamente se ha consagrado legislativamente, una serie de conclusiones que ya la jurisprudencia había refrendado. Especialmente profunda ha sido la reforma en lo que se refiere al ámbito de capacidad de los emancipados, pues ha suprimido las incómodas restricciones del art. 135, variando también el contenido del art. 134.

b) Matrimonios celebrados sin autorización: Al respecto el art. 131, segundo párrafo, establece que "no tendrán hasta los 21 años la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito...". De esta forma queda consagrada oficialmente la doctrina de la plena emancipación (ver infra, pág. 20) , salvo la administración y disposición de los bienes adquiridos a título gratuito (antes o después de la emancipación), los que quedan afectados al régimen ordinario de los menores.

Se advierte una diferencia con respecto al art. 13 de la Ley de Matrimonio Civil, en cuanto ésta les negaba inclusive la posesión de los bienes. Con la actual redacción del artículo debe entenderse que tienen derecho a la posesión de los mismos, estándoles negada la administración y disposición de esos bienes.

c) Matrimonio putativo: También aquí ha sido terminada la polémica a que hemos hecho referencia (pág. 21 vta.) , pues el texto del artículo 132, segundo párrafo, establece que subsistirá la emancipación respecto al cónyuge de buena fe. Tiene particular relevancia que esta verdadera "interpretación legislativa", simplemente refrende una situación prácticamente consagrada por la jurisprudencia y doctrina anteriores, debido a la interpretación combinada con el nuevo artículo 3º del Código Civil, con relación a los supuestos de nulidad matrimonial producidos con anterioridad al 1º de julio de 1968(106)(436) .

d) La ley especifica el mantenimiento de la sanción (privarlos de la administración y disposición de los bienes adquiridos a título gratuito) , salvo ulterior habilitación.

Esto significa que si posteriormente fueren habilitados (por la autoridad paterna o por vía judicial) , la sanción pierde efectos, y les debe ser entregada la administración de tales bienes (la disposición sigue restringida en base al art. 135) . Entendemos que esta aclaración de la ley importa admitir la confirmación posterior de la falta de autorización para el matrimonio(107)(437) . De otro modo, no puede explicarse que la posterior habilitación haga cesar los efectos sancionatorios de la falta de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autorización. Adviértase, además, que para la habilitación son prácticamente los mismos individuos o autoridades que deben intervenir para otorgar la autorización a los efectos de matrimonio.

e) Por otra parte, en cuanto a los menores casados, ha surgido una nueva limitación por vía del art. 1277 pero no por causa de su minoridad, sino por haberse implantado el requisito del consentimiento de los cónyuges en todo acto de disposición de bienes gananciales.

Ámbito de capacidad de los menores emancipados:

a) Ya hemos adelantado que mediante la emancipación, los menores adquieren plena capacidad, con las únicas limitaciones mencionadas en los arts. 135 y 134.

b) Régimen aplicable a la capacidad por habilitación voluntaria, y emancipación por matrimonio. Uno de los aspectos que mereció detallada consideración en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, fue el determinar si el ámbito de capacidad del menor habilitado en forma voluntaria debía ser el mismo que la capacidad adquirida por el menor que contrajera matrimonio. Esta discusión tiene plena razón de ser debido a los diferentes fundamentos que informan ambos tipos de emancipación. En el caso de la habilitación voluntaria, se trata de la aptitud reconocida al menor que se hace acreedor a este beneficio. En el caso del menor casado, el motivo es la incompatibilidad manifiesta del "estado conyugal" con el de hijo sujeto a la patria potestad. Una de las opiniones era que la emancipación matrimonial debía conferir un grado de capacidad menor con referencia a la emancipación por matrimonio, puesto que el hecho de contraer matrimonio no prueba necesariamente que se tenga la aptitud necesaria para el manejo de los bienes.

Otra opinión que se esgrimió en dicha asamblea, sostenía la total equiparación de ambas clases de emancipación a los efectos de una mayor simplicidad y uniformidad de regímenes. Por último, se propuso establecer un régimen diferencial en el caso de los emancipados por matrimonio, y en base a las siguientes etapas: 1) Hasta los 18 años, conferir una capacidad restringida a los actos de administración. 2) De allí en adelante, otorgar la plena capacidad, en igualdad a los habilitados en forma voluntaria(108)(438) .

La solución que adoptó la reforma que estamos analizando, es la total equiparación de ambas clases de emancipados. La redacción de los artículos 135 y 306, es deficiente, pues únicamente se refiere (en una interpretación exegética) a los emancipados por matrimonio. Pero de todos modos, frente a la falta de regulación expresa en lo que concierne a los menores emancipados dativamente, pueden surgir dos posiciones:

a) Considerar que al no estar reguladas las limitaciones específicas, son plenamente capaces sin limitación alguna(109)(439) .

b) Considerar que el ámbito de capacidad está regulado por la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

misma norma que contempla al menor emancipado por matrimonio. Consideramos que la última posición es la aceptable, por cuanto considerar la plena y total capacidad del menor habilitado, significa consagrar un estatuto referente a capacidad en base a una omisión, que es un apoyo demasiado débil para tamaña consecuencia. Por otra parte, es la solución que también consideran vigente los comentaristas de la reforma(110)(440) . También es la solución que adoptan la mayoría de las legislaciones que hemos visto al analizar el derecho comparado.

c) Actos prohibidos: El nuevo texto del art. 134 expresa que los emancipados no pueden ni con autorización judicial, aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito, hacer donaciones de bienes que hubiesen recibido a título gratuito y afianzar obligaciones.

El nuevo texto ha omitido la expresión "defensor de menores" que en la anterior redacción del Código Civil había originado una serie de especulaciones acerca de si esa inclusión era signo de que para este tipo de actos se requiriera la intervención de un funcionario especial o juez de Menores, completamente exótico a nuestra organización procesal, inclusive se ha pensado(111)(441) que Vélez Sársfield, al traducir a Freitas en esta parte del artículo, en vez de utilizar la expresión "Juez de huérfanos" que emplea Freitas, la sustituyó expresamente por "Defensor de Menores". Esta sustitución llama la atención, ya que en otros artículos había reemplazado cuidadosamente la expresión usada por el codificador brasileño, por la de "Jueces".

Asimismo ha suprimido la expresión "bajo pena de nulidad", que era una repetición innecesaria, desde que la única sanción aplicable al caso era la de nulidad, de acuerdo a los principios contenidos en el Código, arts. 1037 y sigs. del Cód. Civil. Subsiste la prohibición de aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito, ya que la misma tiene como fundamento motivos de índole moral y relativos a la institución de la tutela, que en nada se modifican por la amplitud de capacidad a que accede el emancipado.

Respecto a las donaciones de bienes, la antigua redacción prohibía que hicieran "sobre bienes de cualquier especie y valor por actos entre vivos". Actualmente, sólo están impedidos de efectuar donaciones de bienes adquiridos a título gratuito. Esto significa que dentro del patrimonio del emancipado, debe hacerse una discriminación entre los bienes adquiridos a título gratuito (que no pueden ser donados) y los recibidos a título oneroso (los cuales sí pueden ser dispuestos a título gratuito) . Además, la prohibición contenida en este artículo no enerva el derecho a realizar disposiciones de última voluntad.

Un aspecto de compleja elucidación se plantea en el caso de bienes obtenidos por el emancipado a título oneroso, pero con dinero proveniente de una donación, legado o herencia. Es el caso de quien, con dinero proveniente de una herencia, adquiere un bien inmueble, y luego pretende donarlo, merced a la nueva posibilidad que confiere el art. 134, inc. 2º. Por un lado, puede pensarse que esta clase de bienes son susceptibles de ser donados, por haber sido adquiridos a título oneroso.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero por otra parte, y con igual rigor científico, está claro que la adquisición realizada por el menor, está comprendida en los principios de la subrogación real, y por lo tanto, a los efectos de este art. 134 subsistiría siendo un bien adquirido a título gratuito. Entendemos que la norma debe interpretarse con un sentido económico - jurídico. La adquisición desde el punto de vista jurídico ha sido a título oneroso, pero con dinero proveniente de una donación. Por lo tanto, ese bien simplemente reemplaza al dinero recibido (subrogación real) y por ello afirmamos que está comprendido dentro de la prohibición del art. 134, inc. 2°.

El inc. 3° establece la prohibición de realizar afianzamientos de obligaciones, repitiendo la prohibición contenida en el art. 2011, inc. 1. Por ello, dice Llambías(112)(442) que esta repetición constituye una "superfetación", repitiendo palabras del maestro Colmo. Cabe la aclaración que la prohibición de otorgar fianzas, debe entenderse en favor de terceros, pero no impide garantizar obligaciones contraídas por el propio menor (arg. arts. 1986 y sigs.) .

d) Órbita extrapatrimonial del emancipado: La emancipación produce el efecto de poner punto final a la patria potestad (art. 306, inc. 4) . Aunque la redacción de este inciso parece referirse sólo al caso de los menores emancipados por matrimonio, debe extenderse su contenido normativo a los emancipados en forma voluntaria, por las razones que ya hemos fundamentado. También finaliza la tutela (arg. art. 455, inc. 2, último párrafo). Uno de los aspectos que ya ha provocado discrepancias doctrinarias es si la reforma implica que el menor habilitado en forma voluntaria, pueda contraer matrimonio sin necesidad de la autorización paterna o judicial, en su caso. Bustamante Alsina, recordando los preceptos de los códigos alemán y francés, que exigen, a pesar de la emancipación, la autorización para el caso de contraer matrimonio del menor. Llambías, por su parte, aun cuando no consiente la solución, piensa que la actual redacción del texto permite al habilitado contraer matrimonio sin necesidad de autorización paterna, pues el menor ha adquirido capacidad para todos los actos de la vida civil, con la sola excepción de los que le están prohibidos por los arts. 134 y 135. Nosotros pensamos, sin embargo, que los arts. 134 y 135 y aun la declaración contenida en la primera parte del art. 128 no se refiere (ni aun por extensión) , a un aspecto tan específico como la autorización necesaria para contraer matrimonio, que está inspirada en principios de resguardo de la familia e intereses superiores de la comunidad, no alcanzados por el aspecto esencialmente patrimonial que ha ampliado la reforma.

e) Actos permitidos con autorización judicial: Los menores emancipados necesitan de la pertinente autorización judicial para disponer de los bienes adquiridos a título gratuito, sea antes o después de la emancipación. Esta norma parece obedecer a que la ampliación de capacidad que ha instaurado la reforma al Código Civil, tiende a que los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

menores puedan libremente trabajar, desempeñar una profesión y libremente disponer de los bienes que adquieran con esas actividades. Extender su capacidad, sin cortapisa alguna, a los bienes recibidos a título gratuito, significaría entregarles la posibilidad de manejar bienes (que pueden ser de gran valor) sin que hayan medido los esfuerzos y sacrificios que su obtención supone. En cierto modo, el haber tenido la capacidad, energía y sacrificios necesarios para adquirir bienes con su trabajo, es un aprendizaje y educación que justifican les sea otorgada la libre disposición de esos bienes. Por eso no tiene importancia alguna frente al origen gratuito de su adquisición, que dichos bienes los reciba el menor antes o después de su emancipación.

Cabe repetir aquí el problema difícil de resolver respecto a los bienes adquiridos por subrogación real, aunque a título oneroso. Pensamos que la solución debe ser la misma que preconizamos en el caso de la donación, o sea que respecto a esos bienes es necesaria la autorización judicial.

f) Actos que pueden realizar libremente: Al respecto, como principio conceptual de alcance genérico, el art. 135 establece que tienen capacidad de administración y disposición de sus bienes (que es plena cuando se realiza a título oneroso su adquisición) . Bustamante Alsina opina favorablemente respecto a esta amplia capacidad consagrada por la reforma, que es compartida por Juan Carlos Smith. Por su parte, Llambías, con un severo rigorismo, ataca la gran esfera de capacidad que se le ha otorgado, manteniendo la opinión que había dejado reglamentado en su anteproyecto del año 1954.

Aunque la latitud del concepto exime la consideración de las facultades que abarca la capacidad del emancipado, entendemos que es ilustrativa la consideración de algunos actos especiales:

1) Compraventa: Art. 1360. Establecía la prohibición a los menores emancipados de vender sin licencia judicial los bienes raíces suyos, ni los de sus mujeres o hijos. Esta prohibición debe considerarse subsistente sólo respecto a los bienes adquiridos a título gratuito, ya que los adquiridos a título oneroso pueden ser libremente enajenados conforme a lo establecido en el art. 135.

2) Cesión de créditos: (Art. 1440) . También entendemos que la prohibición establecía en la mencionada norma, que impedía ceder inscripciones de la deuda pública, nacional o provincial, acciones de compañías de comercio o industrias, y créditos que pasen de \$ 500 m/n., sólo subsisten en lo referente a las adquiridas a título gratuito. Sin embargo, para Llambías, a pesar que considera derogado el art. 1360, tal derogación no implica la del art. 1440, que reputa subsistente(113)(443) .

3) Arrendamientos: (Art. 1510) . El menor emancipado puede libremente arrendar su cosas, y tomar las ajenas en arrendamiento. También puede hacerlo, respecto a los bienes adquiridos a título gratuito, salvo que se hubiera casado sin autorización, en cuyo caso no puede hacerlo por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

estarle negada la administración de esos bienes (art. 131) .

4) Donaciones: (Arts. 1807 y concs.) . Pueden hacer donaciones de los bienes que hubieran adquirido a título oneroso y con el producto de su trabajo, actividad o profesión (véase nuestra interpretación en los puntos relativos a las donaciones y enajenaciones que pueda hacer el menor emancipado) . (Conf. art. 1807, inc. 7) . Asimismo pueden aceptar donaciones, pues tienen plena capacidad civil.

5) Mandato: (Arts. 1894 y sigs.) . Pueden otorgar mandato para actos de administración de sus bienes, sean adquiridos a título gratuito u oneroso, y salvo respecto a aquellos bienes cuya administración les estuviera privada (conf. art. 1894) . Asimismo pueden dar mandato para actos de disposición de los bienes sobre los cuales tienen la facultad de libre enajenación (art. 1895) . Pueden ser mandatarios (art. 1896) .

También está alcanzado el art. 1898, por la nueva gama de actos que puede realizar el menor emancipado.

6) Fianza: (Arts. 134, inc. 3 y 2011, inc. 1) . No pueden ser fiadores.

7) Renta vitalicia: (Art. 2073) . El menor emancipado tiene plena capacidad para realizar contratos de renta vitalicia, salvo respecto a los bienes adquiridos a título gratuito, merced al último párrafo de la mencionada norma.

8) Depósito: (Arts. 2192 y sigs.) . El menor emancipado tiene plena capacidad para ser depositario y para depositar, ya que este contrato no significa disposición de aquellos bienes sobre los cuales no puede hacerlo.

9) Mutuo o empréstito de consumo: (Arts. 2240 y sigs.) . Tiene plena capacidad para realizar esa clase de negocios jurídicos.

10) Comodato: (Arts. 2255 y sigs.) . El menor emancipado puede celebrar contratos de comodato, salvo respecto a los bienes de cuya administración está privado (art. 131) .

11) Gestión de negocios: (Art. 2288) . También tiene capacidad, ya que dicho artículo establece que es aplicable a toda persona capaz de contratar.

12) Posesión: (Art. 2381) . Respecto a cosas muebles, que establece que su toma de posesión puede hacerse únicamente por tradición entre personas capaces (art. 2390) para tradición de rentas nacionales o provinciales, acciones nominativas o acciones endosables y al portador (art. 2391) . Respecto a tradición de instrumentos de crédito: El artículo 2392 ya facultaba a adquirir la posesión a los menores con 10 años cumplidos. También tiene incidencia respecto al art. 2399.

13) Tradición traslativa de dominio: (Art. 2601) . El menor tiene plena capacidad para recibir la tradición; y para otorgarla respecto de los bienes cuya enajenación le está permitida.

14) Usufructo: (Arts. 2831 y 2832) . Tiene capacidad también respecto a los bienes cuya enajenación le está permitida, siendo la cosa no fungible. Respecto a las cosas fungibles, tiene plena capacidad.

Las reglas enunciadas reciben aplicación respecto al uso (arts. 2948 y sigs.) y a las servidumbres (arts. 2970 y sigs.) .

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

15) Hipotecas: (Arts. 3118 y sigs.) . Pueden libremente hipotecar los bienes por ellos adquiridos, pero no pueden hacerlo respecto de aquellos bienes de cuya administración estuvieran privados (art. 131) , ni tampoco en fianza de terceros.

16) Prenda: (Art. 3213) . Sólo puede constituir prenda el que es dueño de la cosa y tiene capacidad de enajenar, y sólo puede recibir la cosa en prenda el que es capaz de contratar. Por ello, la capacidad debe medirse también de acuerdo a la clase de bienes pertenecientes al menor, según fueran adquiridos a título gratuito u oneroso.

17) Anticresis: (Arts. 3241 y sigs.) . También deben interpretarse de acuerdo a los principios que hemos expuesto en el punto anterior.

18) Tutela: Entendemos que el menor emancipado puede ser tutor, ya que la previsión del art. 398, inc. 1, cede ante la amplia capacidad civil que le otorga el art. 135.

19) Curatela: Asimismo pueden ser curadores, pues entendemos que el art. 477 debe entenderse ampliado en su contenido normativo.

20) Albaceazgo: (Art. 3846) . El menor emancipado también puede ser albacea, pues tiene capacidad de obligarse. Inclusive puede ser nombrado aún antes de la emancipación, con tal que estén emancipados al tiempo de ejercer el cargo.

g) Menores casados: Merced a la última parte del art. 135, respecto a los bienes adquiridos a título gratuito, antes o después de la emancipación, puede disponerse de ellos sin necesidad de autorización judicial en caso de mediar acuerdo de ambos cónyuges, y fuera uno de estos mayor de edad.

Revocación de la emancipación:

I) Emancipación matrimonial: Es irrevocable, aun cuando el matrimonio se disuelva en su menor edad por muerte de uno de ellos, tengan o no hijos. Recordamos que igual consecuencia debe aceptar para el caso de divorcio o separación de hecho.

En el caso de nulidad de matrimonio, hemos visto (art. 132) que subsisten los efectos de emancipación, respecto al cónyuge de buena fe.

II) Emancipación dativa: De acuerdo a la naturaleza de esa institución, y siguiendo la orientación del derecho comparado, el legislador ha consagrado la revocabilidad de esta clase de emancipación (art. 131, último párrafo) .

Para que esta revocación proceda, es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1) Inconveniencia para el menor: Ese requisito, de un contenido empírico, debe ser apreciado por el juez. No puede solicitarse la revocación por un acto aislado que se ha hecho con mala fortuna y por haber tenido problemas en sus negocios o actividades. Debe tratarse de un conjunto de actos que demuestre bien a las claras la inconveniencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la habilitación respecto al menor, por el mal uso que haga de ella. Asimismo, el único facultado para decidir la inconveniencia es el magistrado que intervenga, pues el padre, tutor o ministerio pupilar sólo tienen la iniciativa en cuanto a la gestión. Es innecesario decir que el juez no está obligado a la revocación (art. 131 ... podrá revocarse judicialmente) máxime que todo retroceso en materia de capacidad tiene que estar suficientemente fundamentado como para acarrear tan grave sanción. Inclusive, la existencia de este requisito en cuanto a la revocación indica, por argumento a contrario, que debe concederse ésta en beneficio únicamente del mismo, criterio que deben tener presente los magistrados al decidir aspectos vinculados a la habilitación, y no el interés o conveniencia o comodidad de los tutores que tengan.

2) Judicialmente: Quiere esto decir que cualesquiera fuera el otorgante de la habilitación, la revocación admite una única autoridad: el juez. No puede ser de otra forma, toda vez que la restricción o limitación a la capacidad, debe ser decidida por el magistrado, con todas las garantías del juicio que aseguren la defensa y probanzas que merezca el caso. Además asegura que intereses o venganzas no vinculadas con la aptitud que tenga el menor, induzca a los progenitores a usar el arma de la revocación. Es una garantía, tanto para el menor como respecto a quien lo solicite, pues ambos deberán aceptar la decisión objetiva y razonada de un tercero ajeno a sus relaciones interpersonales.

3) Quiénes pueden solicitarla: A pedido del padre o la madre, según quien la hubiera otorgado. Aquí debe contemplarse el posible caso de que en el plazo que corre desde la concesión de la habilitación, hasta el momento de la solicitud de revocación, puede haber cambiado la titularidad de la patria potestad. Ante esos casos, debe entenderse que quien solicite la revocación debe ser el titular que ejerza la patria potestad, aunque haya cambiado la persona física que la ostente. Así, por ejemplo, si la concesión fue hecha por la madre, ante la desaparición del padre debido a su ausencia con presunción de fallecimiento; en caso de reaparecer el padre, debería ser quien solicitara, de proceder, la revocación del beneficio.

De quien ejercía la tutela al tiempo de acordarse: La redacción del artículo no es clara, ya que no separa con la disyunción "o" el caso del padre con respecto a la persona que ejercía la tutela. De cualquier forma, la inteligencia del texto debe hacerse como si existiera tal disyunción. Otra duda que emana del mismo consiste en determinar si la ley imperativamente establece que debe haber identidad física entre quien solicitó el beneficio y quien solicita la revocación. Pareciera que un requisito así consignado no tiene razón de ser, ya que el motivo impulsor hacia la revocación es el beneficio del menor, que no tiene relación alguna con la persona que lo solicite, máxime que quien toma la decisión es el juez en base a los elementos aportados al expediente. Por eso creemos que quien debe solicitar la revocación (o está facultado para ello) es quien ejerza la tutela al momento de hacerse necesario el pedido de revocación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Ministerio pupilar: Está legitimado para hacerlo, debido al patronato que ejerce sobre los menores y el papel que le toca en todo lo atinente a ellos (arts. 309 y 310 del Cód. Civil) . Además está claro que el ministerio pupilar difícilmente podrá intervenir realmente de oficio es decir, que procederá en la gran mayoría de los casos por denuncia de algún pariente del menor o interesado legítimamente en su conveniencia, desde que no se advierte en qué forma podría dicho ministerio enterarse de la actividad del menor, salvo el caso posible de ser comprobada su inaptitud, en alguna actuación que tenga intervención dicho ministerio. Ambas posibilidades quedan abiertas.

4) Registración: Por lógica implicancia de lo establecido en el artículo 131, la revocación debe inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Es la solución análoga al caso de anulación de matrimonio. En ambos casos, y hasta tanto no sea registrada la revocación, son válidos todos los actos que realice el menor con respecto a terceros de buena fe, es decir, que ignoren la anulación o la revocación. Desde el día de la inscripción surte efectos erga omnes. La registración adquiere un carácter esencial en el caso de revocación, del cual carece en el caso de la inscripción de la habilitación. Ello es así por un principio de protección hacia los terceros, que no tienen modo de conocer la cesación de capacidad del menor. Quiere decir que en el caso de la revocación, la toma de inscripción en el Registro es constitutiva respecto a terceros de buena fe.

El Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas deberá reglamentar todo lo concerniente al procedimiento de la toma de razón de los documentos pertenecientes a esta institución, como ser la expedición de alguna constancia documental de la toma de razón, los requisitos exigidos para inscribirlos, derechos arancelarios, plazos de validez de los certificados que expida, como así también la posibilidad de realizar anotaciones preventivas de litis que tengan incidencia sobre la capacidad del menor (revocaciones, solicitud de declaración de demencia, prodigalidad y demás causas de interdicción) .

Interpretación de la cláusula de mayoría de edad:

Respecto a esta cláusula, y atento a que el artículo 137 no ha sido reformado, entendemos que la emancipación voluntaria, así como la matrimonial no sería relevante frente a una disposición que mande que determinado bien se entregue a una persona al llegar a su mayoría de edad.

Pero no impediría, así como lo afirmamos en el curso del presente (pág. 27 vta.) que el disponente aclarara que la entrega debe hacerse al llegar a la mayoría de edad, o emanciparse por matrimonio, o al ser voluntariamente habilitado.

V. CONCLUSIONES

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1) La reforma implantada por la ley 17711 ha recogido en general interpretaciones jurisprudenciales sobre aspectos dudosos de la legislación civil, y asimismo ha incorporado especialmente en materia de capacidad nuevos institutos largamente reclamados por la doctrina.

2) El sistema que adoptaron los legisladores, de reforma parcial, es altamente elogiable, pues consideramos inoportuna en las actuales condiciones la reforma integral de ese monumento histórico - jurídico que es el Código Civil.

3) Sin embargo, esta técnica usada no ha podido evadirse de involuntarias incongruencias con el resto del articulado del Código Civil, cuya vigencia no ha sido modificada. Será obra de la jurisprudencia y de la doctrina que la inspira, integrar plenamente los principios e instituciones que se han insertado.

4) Cabe destacar que las modificaciones introducidas en la materia que hemos estudiado, se advierte que el legislador no ha seguido en forma ciega la mayor experiencia de otros países, sino que ha adaptado esa experiencia a nuestra estructura socio - jurídica.

5) En lo referente a capacidad laboral, la reforma ha regularizado una situación de inestabilidad y divorcio legislativo, que existía entre las normas del Código Civil y las normas y jurisprudencia en materia laboral. Actualmente la capacidad genérica para contratar a los 18 años, está como principio de fondo en el Código Civil, sin perjuicio de las posibilidades regulatorias de las normas laborales.

6) Se ha introducido la novedad en lo concerniente al joven profesional, a quien se lo habilita para el ejercicio de su profesión, y se lo faculta para la libre disposición de los bienes que adquiera con su trabajo. Entendemos que esta parte de la reforma, aunque produzca incertidumbres y vacilaciones propias a toda institución nueva, es una muestra más del espíritu renovador de los autores de la reforma. No solamente es un estímulo para quienes se esfuerzan en la obtención de un título habilitante, sino que es el adecuado reconocimiento a una madurez y tenacidad demostradas.

Un problema delicado en este punto, es la elucidación sobre si la ley habilita a partir de los 18 años (como en el caso anterior) o si la obtención del título y su consecuencia son independientes de la edad. Sin perjuicio de la interpretación que cada uno asuma, la seguridad de las contrataciones y la certidumbre de los derechos de los terceros, imponen una actitud prudente y de asesoramiento a quienes se vean alcanzados por estas disposiciones, para que en definitiva sean los mismos contratantes quienes adopten la solución, plenamente conscientes de las limitaciones interpretativas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

7) En este mismo orden de ideas, está la aclaración sobre los alcances de la locución "título habilitante" que aparece en el texto legal. Es importante realizar esa aclaración, pues muy diferente será la extensión de individuos beneficiados por la modificación, según comprenda profesiones universitarias, o si también alcanzará (como lo pensamos) a otros oficios y actividades extrauniversitarias.

8) La adopción de la emancipación dativa, entrega a la sociedad un medio eficaz para conferir mayor amplitud a los jóvenes cuyas capacidades y cualidades merezcan la libertad a la que puedan acceder. La estructura que se le ha dado a este instituto, sigue los lineamientos generales expuestos en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Se ha apartado, sin embargo, el legislador, en lo referente al consentimiento del menor, al que no implantó como requisito. Es criticable esta omisión, pues no se advierte qué consecuencias prácticas pueda tener la habilitación, si su propio beneficiario no está conforme o simplemente indiferente. Por ello, será conveniente, en las que sean otorgadas por vía judicial, que el menor sea oído. Se ha rodeado el otorgamiento de la habilitación con las formalidades y trámites de inscripción, que aseguran convenientemente su eficacia, unido a la certidumbre que adquirirán frente a los terceros.

9) Respecto a la emancipación matrimonial, la modificación ha codo, sobre todo, en un afianzamiento de las conclusiones a las que habían arribado la doctrina y jurisprudencia nacionales.

10) Respecto a la capacidad, es decir, a la extensión de la misma, consideramos acertada la simplicidad del actual régimen.

En materia de habilitados para su actuación laboral o profesional, se ha consagrado la libre administración y disposición de los bienes adquiridos con su trabajo, o sea un principio de justicia acorde con la responsabilidad que significa el desempeño de un trabajo o el ejercicio de una profesión.

Respecto a los emancipados, la reforma ha establecido un régimen de plena capacidad, con las únicas limitaciones que hallan su fundamento en normas de moral y buenas costumbres (en el caso del art. 134) , y la de la necesidad de autorización judicial en los bienes adquiridos a título gratuito. La simplicidad y coherencia lógica del sistema, significan un profundo adelanto con referencia a la anterior legislación.

Un aspecto de difícil interpretación es si al referirse la ley a bienes adquiridos a título gratuito, lo hace en la inteligencia de "bienes adquiridos con su trabajo", o si dicha expresión debe aplicarse según su sentido exegético. La conclusión, según sea la posición que se adopte, permitirá la libre disposición de bienes adquiridos por subrogación real, con dinero o bienes de origen gratuito. Por eso, el punto merece una exhaustiva investigación, que analice todos los aspectos, tanto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

económicos, sociales, de protección al menor y jurídicos, comprometidos en el resultado de la misma.

11) Un aspecto cuyos problemas son originados en el sistema de reforma parcial, significa la subsistencia de normas que no han sido expresamente derogadas y que son incompatibles con las modificaciones. Por citar algunas, bastan los arts. 1360 (de la compraventa), 1439 y 1440 (de la cesión de créditos), cuya subsistencia ya ha originado opiniones contrapuestas en doctrina. Entendemos que dichas normas y toda otra que sea inconciliable con artículos implantados, y que consagran como en el caso citado una capacidad general, que sólo cede ante limitaciones bien detalladas; deben considerarse derogados, y no debe entorpecerse el resultado positivo de la modificación, con interpretaciones apegadas al texto de la ley. Sin perjuicio de una posible declaración expresa mediante una ley aclaratoria.

12) Por último, la subsistencia de la irrevocabilidad de la emancipación matrimonial, y la revocabilidad de la habilitación dativa, unido al requisito de su registración, dejan completamente regulada la institución, sin posibilidad de daño a tercero de buena fe.

BIBLIOGRAFÍA

- Antoni, Jorge: Revista de Derecho Civil de Tucumán, año 1948, N° 1, pág. 9: "Tema de la edad y capacidad".
- Arauz Castex: Tratado de derecho civil, Bs. As., 1955.
- Alsina, H.: Tratado de derecho procesal civil.
- Bustamante Alsina: La Ley, t. 130, 27 de mayo de 1968.
- Bonfante, P.: Historia del derecho romano, Madrid.
- Borda, G.: Tratado de derecho civil, Editorial Abeledo.
- Busso, E.: Código Civil anotado.
- Boffi Boggero, L. M.: "Conceptos generales sobre emancipación en el Código Civil". Lecciones y Ensayos, 1961, 21 - 22.
- Belçaguy, Ernesto M.: "La capacidad para adquirir inmuebles del menor emancipado para ejercer el comercio". En Revista del Notariado, año 1965, pág. 1.
- Díaz de Guijarro: Comentario a fallo en La Ley, y J. Argentina, 1944, t. II, pág. 190.
- Desiry, R.: "Ejercicio del derecho de emancipar después del divorcio o separación de cuerpos...". Reseña en La Ley, 55 - 1150.
- De Castro, Federico: "Reformas o supresión del art. 321 del Código Civil". Reseña en La Ley, 74 - 957.
- De Fuentemayor, Amadeo: "Sobre la nueva redacción del art. 321 del Código Civil". Reseña en La Ley, 74 - 957.
- Espinosa, Carlos A.: "En torno a la capacidad...". Córdoba, 1965.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Comentario en La Ley, 83 - 1104.

Giménez, Eusebio: "La capacidad jurídica de la mujer", en Revista del Notariado, 1918, pág. 228.

Greca, Alejandro: "La emancipación en el Código Civil argentino y en la legislación contemporánea comparada". Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe, 1949. año 12, N° 60 - 61, pág. 5.

Gaing, Ernesto M.: "Emancipación en el derecho comparado". Seminario, Biblioteca de la Facultad de Derecho de Bs. As.

Genoud, Héctor: "Emancipación en el derecho latinoamericano". Biblioteca de la Facultad de Derecho de Bs. As. Seminario.

Josserand, Louis: Tratado de derecho civil, revisado y completado por André Brun.

Krotoschin, Ernesto: "El desarrollo del derecho de menores en Alemania", comentario en La Ley, 24 - 19, secc. Jurisp. Extranjera.

Lafaille, H.: Tratado de derecho civil.

Lozano, G.: Régimen jurídico de la minoridad. Bs. As., 1944.

Llambías, Jorge J.: Tratado de derecho civil. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1961. Y también comentario en Revista de la Facultad de Derecho de Bs. As., 1951, nov. - dic., pág. 1455: "La legislación civil de los menores y su reforma", y también comentario en Jurisprudencia Argentina, revista, lunes 5 de agosto de 1968.

Llerena, B.: Derecho civil, concordancias y comentarios del Código...argentino", segunda edición.

Montarcé Lastra, Antonio: "Notas para un estudio sobre la capacidad de las personas naturales en el Código Civil". en La Ley, 49 - 1007.

También "La voluntad individual y el límite de las incapacidades de derecho", en Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 1949, año XII, 3ª época, números 58 - 59, pág. 21.

Martínez Ruiz: "Los derechos civiles de la mujer casada", en Revista del Notariado, N° 677, pág. 5.

Machado, J. O.: Exposición y comentario del Código Civil argentino. Buenos Aires 1898 - 1903.

Messineo, F.: "Manual de derecho civil y comercial", E. J. A., Bs. As., 1954.

Martínez, J. A.: "Proyecto de Código de Menores", reseña en La Ley, 55 - 1076.

Orgaz: Personas individuales.

Orus, M.: "Ley francesa modificatoria del Código Civil en lo relativo a tutela y emancipación". J. Argentina, año 27 - 1965, 20 de julio.

Petit, E.: Manual de derecho romano.

Pandolfo, A. y otro: "De la emancipación y su autorización legal en el Código de Comercio vigente". Facultad de Derecho de Bs. As., monografía.

Ripert - Boulanger: Derecho civil. Editorial La Ley.

Rezzónico, L. M.: "Proyecto de ley sobre minoridad". J. Argentina, año 27, 10 de agosto de 1965, N° 2039, pág. 1.

Saavedra. María Josefa: "Régimen jurídico... en Bolivia". La Ley, 61 -

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

904.

Sanz, L. S.: "La emancipación de los menores". Tesis, Facultad de Derecho de Buenos Aires, 1949.

Salvat, R. L.: Tratado de derecho civil, 1947.

Spota, G.: Tratado de derecho civil. Bs. As., 1960.

Segovia, L.: El Código Civil argentino, su exposición y crítica bajo la forma de notas. Bs. As., 1881.

Smith, Juan C.: Comentario en La Ley, 20 de mayo de 1968.

Stratta, O. J.: "Ejercicio del comercio por los menores de edad". La Ley, 59 - 866.

Sajón, Rafael y otro: "Situación de la legislación relativa a la minoridad en Latinoamérica". Facultad de Derecho, Bs. As.

Saboia, Lima, "Protección legal y jurídica del menor". La Ley, 51 - 1296.

Tomé, E.: "Código del niño". La Ley 50 - 1266, y La Ley, 10 - 15, secc. bibliog.

Urruty, P.: "Emancipación y autorización para ejercer el comercio". La Ley, 88 - 1084.

Yorio, A.: Tratado de la capacidad jurídica de la mujer.

VARIOS

Revista de Jurisprudencia La Ley.

Revista de Jurisprudencia Argentina.

Gaceta del Foro.

Anteproyecto Bibiloni. Buenos Aires, 1936.

Anteproyecto de Código Civil de la comisión reformadora del año 1931.

Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961) .

Diario de Sesiones de Diputados.

Diario de Sesiones de Senadores.

Revista Notarial.

Revista del Notariado.

Límite de la Minoridad y Emancipación(*) (444)

JORGE A. BOLLINI

I. INTRODUCCIÓN

La ley nacional 17711 (ADLA, BOL. 14 - 68, 3) de reciente promulgación, introduce importantes modificaciones al título IX "De los menores", sección primera, del libro primero del Código Civil.

La reforma contiene tres propósitos fundamentales:

a) Límite de la minoridad, fijándola ahora en los 21 años, en concordancia con la gran mayoría de las legislaciones modernas (arts. 126 y 127)(1)(445) ; b) extendiendo la emancipación, a la voluntaria o por habilitación de edad, institución vastamente conocida en el derecho