

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

TEMA XI ¿Cuál es la Capacidad del Menor que Trabaja por Cuenta Propia?

Doctrina:

La ley 17711 no ha cambiado el status jurídico para el menor que trabaja por cuenta propia, no en actividad profesional ni en relación de dependencia y por lo tanto, no tiene capacidad que confiere el art. 128 del Código Civil a éstos. (Es decir a los que ejercen actividad profesional o trabaja en relación de dependencia.) (Opinión del consejero Villalba Welsh, a la que adhirieron los consejeros Pelosi, Pondé, Ferrari Ceretti, Yorio, Silva Montyn, Martínez Segovia, Bollini, Solari y Falbo.)

Debe puntualizarse, sin embargo, que subsiste para el menor que nos ocupa, su capacidad para hacer donaciones de lo que adquiriera en ejercicio de alguna profesión o industria, a tenor de lo prescripto en el segundo párrafo del art. 1807, inciso 7º, del Código Civil. (Agregado del consejero Pelosi.)

La conclusión es más incisiva desde el punto de vista notarial, que debe tener muy en cuenta el instituto, ya que siendo una capacidad especial, la interpretación debe ser restrictiva. (Por unanimidad.)

Algunos consejeros piensan que el sistema resulta ilógico, al acordar capacidad a los menores que ejercen profesión o trabajan en relación de dependencia mientras otros opinan que es lógico, conforme a los fundamentos dados por los consejeros Ferrari Ceretti y Solari en su dictamen.

OPINIÓN DEL CONSEJERO ALBERTO VILLALBA WELSH

El menor con título profesional que ejerce la actividad para la que está habilitada y el menor de 18 años que celebra contrato laboral, gozan, conformes al art. 128 de Código Civil, de capacidad especial. Se plantea el interrogante de si el menor que trabaja por cuenta propia, no en actividad profesional ni en relación de dependencia, goza de esa misma capacidad especial o si a su respecto su status jurídico no ha sido modificado por la ley 17711.

Estimo que previo a todo debemos preguntarnos si existe para el menor la posibilidad jurídica de trabajar por cuenta propia o si para ello requiere su autorización paterna.

El art. 275 del Código Civil, ubicado en el título de la patria potestad, prescribe que los hijos no pueden ejercer oficio, profesión o industria separada, vale decir, en forma independiente de los padres, sin licencia o autorización de éstos. A su vez el art. 283 establece que se presume que los hijos de familia adultos, si ejercieren algún empleo público, o alguna profesión o industria, están autorizados por sus padres para todos los actos y contratos concernientes a esas actividades. Es decir, que pueden tratar con el menor sin necesidad de que se acredite la autorización paterna, pues ésta se presume por el solo hecho de la actividad del hijo, que se supone conocida por el padre.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se deduce así que con licencia expresa o presunta del padre, el menor adulto puede ejercer profesión o industria en tanto no realice actos de comercio, pues en tal caso requeriría la autorización debidamente inscripta que exige el Código de Comercio.

Cabe ahora preguntarse si esta actividad del menor - ejercicio de industria o profesión sin título habilitante, por cuenta propia - lo coloca en la situación prevista en el art. 128 del Código Civil, respecto al menor que trabaja en relación de dependencia o en profesión reglamentada con título habilitante, es decir, si con el producido de su actividad puede adquirir bienes, administrarlos y disponerlos libremente.

Creo que se impone la respuesta negativa, particularmente desde el punto de vista notarial, que es por lo demás el que siempre tiene en cuenta el Instituto para encarar la solución de las cuestiones que se plantean. Y el fundamento es que, puesto que se trata de una capacidad especial, la interpretación debe ser restringida aunque se nos aparezca carente de logicidad. Es que los notarios, como ya lo dije en otra oportunidad nos manejamos con reglas técnicas que nos son impuestas por el legislador, y nuestra posición es distinta de la del juez, que tiene potestad para expresar en la sentencia su voluntad, que en definitiva integra la del legislador, completando y a veces incluso corrigiendo o adaptando su quehacer.

Mi opinión es, pues, que el menor que trabaja por cuenta propia, no tiene la capacidad que confiere el art. 128 del Código Civil al que lo hace en resolución de dependencia o en ejercicio de actividad profesional.

OPINIÓN DEL CONSEJERO CARLOS A. PELOSI

Coincido con la opinión emitida por el consejero Alberto Villalba Welsh, en el sentido de que no puede extenderse la capacidad prevista en el art. 128 del Código Civil (texto según la ley 17711) al menor que trabaja por cuenta propia sin darse los supuestos contemplados en dicho precepto legal.

Sin embargo, debo puntualizar que subsiste para el menor que nos ocupa, su capacidad para hacer donaciones de lo que adquiera por el ejercicio de alguna profesión o industria, a tenor de lo prescripto en el segundo párrafo del art. 1807, inciso 7º, del mencionado código.

OPINIÓN DEL CONSEJERO EDUARDO BAUTISTA PONDÉ

Comparto los juicios emitidos por los consejeros preopinantes Villalba Welsh y Pelosi y es preciso compartirla "aunque se nos aparezca carente de logicidad", como enuncia el opinante Villalba Welsh, dadas las características de tipo restringido que regulan el segundo y tercer párrafo del art. 128 de la ley 17711.

Semeja incongruente que se tenga por capaz para administrar y disponer de los bienes que adquiera con el producto de su trabajo quien - tal vez - tenga apenas lo justo para conseguir un trabajo honesto y juntarse con un sueldo o jornal y, en cambio, no se le asigne capacitación al que revela aptitud y madurez para ganarse la vida por su propia cuenta y liberado de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

relación de dependencia.

La meditación parece haber andado un poco al garete a la época de ser encarada la reforma del código. No es sorpresa. Allí está el primer texto del art. 1185 bis que requirió el urgido hábito salvador de la tabla de erratas para borrar el "y a título oneroso". Y el adosamiento de la ley registral como foco iluminante del art. 2505. Y variadas situaciones como la que motiva este cuadernillo.

De todos modos, ya lo dice el consejero Villalba Welsh: "Creo que se impone la respuesta negativa... aunque se nos aparezca carente de lógica".

OPINIÓN DEL CONSEJERO FRANCISCO FERRARI CERETTI

El art. 55 del Código Civil reformado por la ley 17711, dispone:

"Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes le autorizan otorgar".

Y bien, los menores adultos que no han obtenido la emancipación ni han sido habilitados y los impúberes continúan dentro del régimen de la minoridad y se hallan sometidos a la patria potestad (art. 57, inc. 2).

En una palabra, son incapaces y para contratar requieren la intervención de los guardianes que la ley les ha dado.

El art. 128, párrafo segundo, sólo habilita a los menores que trabajan por cuenta ajena para celebrar contrato de trabajo o bien para ejercer una profesión si han obtenido el respectivo título habilitante.

En esos solos dos supuestos el art. 128, párrafo 3º, los habilita para administrar y disponer de sus bienes adquiridos con el producto de su trabajo. Pero nada más.

El menor que trabaja por cuenta propia, sigue supeditado a la patria potestad del padre y a las pertinentes disposiciones del Código Civil, arts. 283, 287, 293 y concordantes.

Y si lo hace a pesar de la prohibición del art. 275, esto en manera alguna puede cambiar la norma legal relativa a su incapacidad para contratar por cuenta propia.

Una medida de protección impone mantener la restricción como lo sostiene Llambías (Joaquín Jorge Llambías, "Estudio de la reforma del Código Civil, ley 17711, Nº 24, pág. 30): Un joven sujeto a la patria potestad, es decir, no emancipado, puede tener grandes dotes para concretar ingentes beneficios como los que puede ganar un artista precoz o un jugador de fútbol y carecer de todo tino para manejar los bienes comprados con el producto de sus actividades.

Lo prudente es someter al joven inmaduro a una especie de noviciado de la vida civil, a una actuación sujeta a cierto contralor cuando ella entraña peligro de disipación como cuando se trata de la enajenación de los bienes mencionados en la primera parte del nuevo art. 1277.

El menor que trabaja por cuenta propia sigue sometido al régimen de la incapacidad relativa (Alfredo Orgaz, Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, t. I, pág.151), y si quiere disponer de los bienes adquiridos con su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

trabajo en esas condiciones, sin tutela alguna, le queda abierto el camino del nuevo art. 131 del Código Civil para obtener la habilitación de edad. Por consiguiente participo de la opinión vertida por los consejeros Villalba Welsh, Pelosi y Pondé, y no pienso en la ilogicidad de que hablan sino que por el contrario pienso que ella es la conclusión a que se arriba lógicamente de una interpretación sensata del Código de Vélez Sársfield.

OPINIÓN DEL CONSEJERO AQUILES YORIO

De acuerdo con el enunciado que se desprende de los artículos del Código Civil sobre la cuestión que nos ocupa, debo agregar que comparto en sustancia los pensamientos formulados por los consejeros Villalba Welsh, Pelosi y Pondé; discrepando con la argumentación dada por el consejero Ferrari Ceretti en cuanto a los fundamentos que vierte para llegar a una misma conclusión.

Pienso que el párrafo segundo y tercero del art. 128 de la ley 17711 ha sido redactado con excesivo celo determinando un campo de aplicación restringido; aunque si bien al expresar en su texto que "El menor que hubiere obtenido título habilitante..." parece ser que el pensamiento de la reforma ha sido incluir dentro de este párrafo la mayor cantidad posible de casos, me refiero concretamente a la gran diversidad de Institutos que han proliferado hoy en día y que otorgan los mencionados títulos.

En cuanto al tema en cuestión, evidentemente estamos ante una situación injusta e ilógica - haciéndome eco de las razones vertidas por el consejero Pondé -, es indudable que el menor que trabaja por cuenta propia no se encuentra comprendido en la norma del art. 128, y por ende no tiene la capacidad especial que le confiere este artículo.

OPINIÓN DEL CONSEJERO DOMINGO SILVA MONTYN

Coincido con la opinión emitida por el consejero Villalba Welsh, a la que se han adherido los consejeros Pelosi, Pondé y Yorio.

No puede extenderse la capacidad del art. 128 del Código Civil al menor que trabaja por cuenta propia, pues se trata ésta de una capacidad especial.

Concuerdo con el señor consejero Pelosi en que el menor que trabaja por cuenta propia puede hacer donación de lo que adquiriera, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1807 del Código Civil.

OPINIÓN DEL CONSEJERO FRANCISCO MARTÍNEZ SEGOVIA

Coincido con las opiniones y fundamentos vertidos por los consejeros que han emitido dictamen.

OPINIÓN DEL MIEMBRO ADSRIPTO JORGE A. BOLLINI

Es evidente que la ley 17711 - art. 128 - ha ampliado las facultades del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

menor adulto que hubiere cumplido 18 años, reduciendo el ámbito de aplicación de los arts. 275 y 283 del Código Civil.

La nueva redacción del art. 128 establece un estado de capacidad intermedia, al autorizar al menor que haya cumplido 18 años para celebrar contratos de trabajo en actividad honesta, sin consentimiento ni autorización alguna y al permitirle el ejercicio de una profesión sin previa autorización.

Pero la modificación más importante del artículo, no sólo por la cesación del contralor paterno sobre los actos facultados, está en su última parte, que capacita al menor en estos dos últimos supuestos - habilitación laboral y profesional -, para administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo personal, tanto en una profesión como en actividad honesta. Es decir, que la limitación de la capacitación de los arts. 275 y 283 queda circunscripta al tema de la consulta - ejercicio de industria o profesión sin título habilitante, por cuenta propia -, y en consecuencia esta situación no está prevista en las que contempla el art. 128 reformado.

Coincido por lo expuesto con la opinión de los consejeros que me han precedido e igualmente coincido con Pelosi, sobre lo dispuesto por el inciso 7º del art. 1807.

OPINIÓN DEL CONSEJERO OSVALDO S. SOLARI

Coincido con el consejero Villalba Welsh y con quienes compartieron su criterio de que la capacidad del menor que trabaja por cuenta propia no es la misma que la de aquel que trabaja en relación de dependencia o ejerciendo una profesión con título habilitante. Concretamente, que el menor que trabaja por cuenta propia no tiene la capacidad que acuerda el último párrafo del nuevo art. 128 del Código Civil.

Discrepo en cuanto se estima que esta diferencia de capacidad carezca de explicación o de fundamento.

Como explicación o fundamento, encuentro estas razones:

1. -En el menor que trabaja en relación laboral, hay de por medio un empleador que se supone lo ha ponderado física y/o intelectualmente y por creerlo capacitado lo ha admitido para el contrato de trabajo. Ese empleador viene así a constituirse en un elemento integrante o catalizador de la capacidad civil del menor.

2. -Cuando un menor contrae matrimonio, y, por la consecuente emancipación, logra esa capacidad, es el padre que autoriza el casamiento o el juez en su defecto quien realiza esa ponderación o análisis de capacidad. Por eso es que la ley actual, es decir el código después de la reforma, acuerda al emancipado capacidad casi total, vale decir con las limitaciones del art. 134. Antes no era tan amplia la capacidad del emancipado por matrimonio, y hay quienes piensan que la adquisición de capacidad por matrimonio en forma automática es peligrosa, porque a veces los padres dan la venia para el matrimonio de hijos menores forzados por ingratas circunstancias y no porque estimen que tengan la madurez apropiada para su capacitación civil. En este aspecto pueden verse

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

opiniones vertidas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil realizado en Córdoba en 1961. Como quiera que sea, también en el supuesto de matrimonio, la capacidad es lograda, bien que indirectamente, por la voluntad o decisión del padre o del juez.

3. - En igual sentido creo que puede interpretarse la capacidad resultante del ejercicio de una profesión para la que el menor obtuvo título habilitante. Este título, de por sí, importa una madurez intelectual que justifica que cuando el menor tenga bienes producidos por esa profesión pueda adquirir bienes, administrarlos y disponerlos. Aquí el elemento integrador de la capacidad del menor no está en la voluntad del padre o del juez, sino en la del establecimiento otorgante del título habilitante para el ejercicio de la profesión, o, si se quiere, en el título mismo.

4. - Alguna similitud habría, en este orden de cosas, con la tésis del art. 1897 del Código Civil que establece que el mandato puede ser válidamente conferido a una persona incapaz de obligarse. El mandato es válido, porque debe aceptarse que si el mandante lo ha conferido, es porque está convencido de que el mandatario que nombre es capaz de cumplir el objeto del mandato, aunque la civil lo tenga por incapaz para los actos de su vida civil. Tan así que si en vez de ser incapaz en el momento de otorgársele el mandato, se incapacitara con posterioridad, el mandato cesaría por imperio del art. 1963, inc. 4º. Téngase en cuenta que la incapacidad en el sentido de ausencia total o parcial de discernimiento, podría ser similar en uno u otro caso. Pero la diferencia reside en que cuando se da poder a un incapaz, quien lo otorga es porque estima que el mandatario tiene capacidad para lo que se le comete. Su voluntad y decisión, al igual que la del padre o el juez en los supuestos anteriores, son elementos integrantes de la capacitación del incapaz.

5. - Quiero decir que cuando un menor ejerce una actividad por cuenta propia, es él solo quien lo decide. Y puede que sea o no suficientemente maduro o capaz.

En cambio, cuando un empleador lo contrata o el padre o el juez lo autorizan a casarse, o alguien lo nombra mandatario, o un establecimiento le entrega un título que lo habilita para ejercer una profesión, es porque su desarrollo intelectual - elemento básico de la capacidad - ha sido examinado o puesto a prueba y el resultado ha sido favorable.

6. - En definitiva, se podrá estar o no de acuerdo con el criterio del legislador, pero pienso que debe aceptarse que la distinción entre la capacidad de uno y otros menores tiene fundamentación.

OPINIÓN DEL CONSEJERO MIGUEL NORBERTO FALBO

En cuanto al tema enunciado está referido al art. 128 del Código Civil, adherimos a la opinión del consejero Alberto Villalba Welsh, con el agregado que puntualiza el consejero Carlos A. Pelosi.