

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

***LOS ARTÍCULOS 128 Y 131 DEL CÓDIGO CIVIL DESPUÉS DE LAS REFORMAS
AL DERECHO DE FAMILIA(*) (386)***

NOEMÍ DELLE COSTE DE SOSA

SUMARIO

1. Artículo 128. I. Menor que trabaja. II. Menores con título habilitante. 2. Artículo 131. I. Emancipación por matrimonio. II. Emancipación por habilitación de edad o dativa. A. Emancipados con consentimiento de sus padres. B. Emancipados sin consentimiento de sus padres. C. Habilitados dativamente. 3. Representación legal de los menores.

Nuestra legislación fija en la edad de 21 años la transición de la minoría a la mayoría de edad, y si bien hasta la llegada de la misma la regla es la incapacidad, existen figuras especiales que sientan las excepciones a la regla mencionada.

1. ARTÍCULO 128

No fue alcanzado por las reformas introducidas por las leyes 23264 y 23515

I. Menor que trabaja

En su segundo párrafo acuerda al menor la posibilidad de celebrar contrato de trabajo por sí en actividad honesta: "...Desde los 18 años... puede celebrar contrato de trabajo sin consentimiento ni autorización de su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

representante, quedando a salvo al respecto las normas del derecho laboral".

¿Qué debe entenderse por contrato de trabajo? El despacho de la XII Jornada Notarial Bonaerense(1)(387) (1968) propone sea considerada la expresión en su acepción técnica, dada por el derecho laboral que implica relación de dependencia. Coincidentemente, Borda(2)(388) sostiene debe entenderse por tal todo contrato en relación de dependencia, trátase de un empleo público o privado.

Con relación a la frase "actividad honesta", la doctrina es conteste en lo poco feliz de la expresión, ya que más que depender de un concepto moral, habrá que observar el aspecto de legalidad de la actividad desempeñada.

El menor, en estas condiciones, está legitimado para actuar como sujeto negocial e instrumental de una escritura. El escribano le solicitará el correspondiente certificado de trabajo, que anexará al protocolo, y precisará en el texto que el menor adquiere el bien con el producto de su trabajo, con indicación de los datos respectivos, no siendo pertinente efectuar verificación contable alguna.

II. Menores con título habilitante

La segunda parte del párrafo que analizamos contempla la situación del menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión, facultándolo para ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización.

Siguiendo la interpretación dada por la doctrina, debemos recordar que se entiende por "título habilitante" a todo aquel proveniente de un estudio disciplinado, científico o técnico, expedido por autoridad competente y cuya profesión u oficio se encuentre debidamente reglamentado para su ejercicio(3)(389). En lo que atañe a la expresión "por cuenta propia", se ha entendido que el uso de la misma no obsta a que el menor pueda emplearse "ya que sería absurdo que pudiera hacer lo más, trabajar por cuenta propia, y no lo menos, trabajar en relación de dependencia. Así como asociarse a los fines del ejercicio profesional, siempre que la responsabilidad del menor quede limitada a los bienes aportados, producto de actividad laboral o profesional"(4)(390).

Luego de la reforma introducida por la ley 17711, se discutió si la edad requerida al menor, en ambos supuestos del artículo, era la de 18 años, o si en cambio, ese límite de edad sólo podía exigirse para la celebración del contrato de trabajo. Había terminado por imponerse, incluso jurisprudencialmente, aquella que consideraba, en el caso de los menores con título habilitante, que el límite requerido era 14 años y no 18, pues dicha habilitación sólo podía beneficiar a los menores adultos, que tienen capacidad sólo para los actos que las leyes los autorizan a otorgar, constituyendo dicha habilitación profesional una de las facultades especiales que permite el artículo 55 del Cód. Civil; siendo que la capacidad otorgada en este caso no se presume por el desarrollo alcanzado por la edad, sino por haber obtenido un título habilitante.

Sin embargo, la ley 23264 reformó el artículo 275 del Cód. Civil, expresando

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el segundo párrafo del mismo: " ... Tampoco pueden antes de haber cumplido 18 años de edad, ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres", con lo cual se habría enrolado abiertamente en la tesis restrictiva, exigiéndole a todo menor adulto mayor de 14 años, pero menor de 18 con título habilitante, la pertinente autorización de sus padres. Se plantea así un nuevo conflicto de interpretación, esta vez entre ambos artículos (arts. 128 y 275); Zannoni - Bossert(5)(391), Etchegaray(6)(392), se inclinan por aceptar que debe prevalecer el artículo 275, dado su carácter de norma posterior, mientras que D'Antonio(7)(393), Solari del Valle y Castelnuovo(8)(394) consideran que debe - prevalecer aquella norma que amplía el marco de capacidad y que está redactada específicamente al caso, es decir, al ejercicio de una profesión que requiere título habilitante, artículo 128; tesis a la que adhiero. La autorización exigida por el artículo 275 sólo será necesaria para el ejercicio de oficio, industria y desempeño de una actividad profesional que no requiera título habilitante.

Cabe agregar que el artículo 128, Cód. Civil, rige exclusivamente en la esfera civil y no innova en la profesional, razón por la cual, si la legislación que reglamenta la actividad exigiere otra edad, habrá que estar a lo que las leyes especiales dispongan.

Notarialmente el menor debería probar Su profesión mediante la exhibición del título profesional, del cual se agregará al protocolo la fotocopia respectiva, debiendo declarar además que el dinero empleado en la operación proviene de su actividad profesional.

Es clara al respecto la posición de Spota(9)(395): " ... El menor con capacidad laboral interviene por sí y sin el concurso de su representante legal, en las escrituras públicas de adquisición de bienes inmuebles o de derechos reales sobre sus bienes, cuando declara que esa adquisición la hace con el producto de su trabajo o profesión habilitada. Del mismo modo, interviene por sí en las escrituras de disposición de esos bienes. Esa manifestación del origen del dinero con el que se satisface el precio de adquisición, brinda esa calidad de bien disponible por el mismo menor, configurando la buena fe creencia del tercer adquirente a título oneroso o del acreedor hipotecario que celebre contrato con el menor". Los bienes así adquiridos conforman un patrimonio especial, que queda excluido del usufructo de los padres, según lo dispuesto por el inciso primero del art. 287, Cód. Civil.

Conviene destacar que la capacidad de los menores en ambos supuestos del artículo 128, se encuentra referida exclusivamente a la libre administración y disposición de los bienes adquiridos con su trabajo o profesión, y a estar en juicio civil, o penal por acciones vinculadas a ello; en lo que atañe a los restantes derechos, patrimoniales y extrapatrimoniales del menor, se mantiene su incapacidad y continúa sujeto a la patria potestad, lo que marca una profunda diferencia entre su situación y la de los emancipados.

Con relación a los menores adultos que trabajan por cuenta propia, sin título habilitante, de la combinación de los artículos 128, 275 y concordantes no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

surge claramente su situación:

- 1) no está encuadrado en el artículo 128, relación de dependencia o ejercicio de actividad profesional;
- 2) por el artículo 275 necesitará para ejercer su actividad la autorización de sus padres;
- 3) por el artículo 283 se presume que los menores que ejercieren empleo, profesión o industria, están autorizados para todos los actos y contratos concernientes al mismo, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 131. Las obligaciones que de estos actos nacieran recaerán únicamente sobre los bienes cuya administración y usufructo, o sólo el usufructo, no tuvieren los padres. La presunción de la norma se refiere a actos y contratos (que el menor celebre con motivo de su trabajo o servicios, siendo inaplicable a los emancipados en razón de su capacidad;
- 4) por el artículo 287. inc. 1, los menores tendrán el usufructo de los bienes así adquiridos;
- 5) por el artículo 293, los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad.

De ninguna de estas normas se puede deducir, a mi entender, que los menores en estas condiciones tienen la libre administración y disposición de los bienes que puedan adquirir por el ejercicio de su actividad; si el legislador así la hubiera querido lo hubiera expresado claramente, como lo hizo en el artículo 128; tampoco capacidad para actuar por sí. Además, si bien es digno de destacar la aptitud de algunos menores en estas condiciones para desenvolverse satisfactoriamente, tienen sus padres o tutores en las normas legales dos figuras que darán al menor la posibilidad de actuar con mayor libertad, sea por vía de la habilitación de edad (art. 131, Cód. Civil) o de la autorización para ejercer el comercio (arts. 11 y 12, Cód. Com.) . En contra, Gattari (Revista del Notariado N° 803, pág. 984), citando dos trabajos con interesante argumentación.

2. ARTÍCULO 131

1. Emancipación por matrimonio

El primer párrafo del artículo contempla el supuesto de emancipación por matrimonio. Su consecuencia inmediata es la extinción de la patria potestad, o la tutela, en su caso.

La misma tiene lugar aun cuando el matrimonio se hubiera celebrado sin la debida autorización, en cuyo caso el emancipado carecerá hasta la mayoría de edad o la posterior habilitación del derecho de administrar o disponer de los bienes recibidos antes o después del matrimonio a título gratuito, los que serán administrados por los padres o tutores.

El término "habilitación" utilizado en la redacción debe ser interpretado como ulterior autorización o confirmación, por los representantes legales del menor, del matrimonio celebrado; la que se anotará marginalmente en el acta de matrimonio, no guardando relación con el mismo vocablo usado en la segunda parte del artículo, referido a la emancipación dativa, ya que un menor no podría emanciparse dos veces por distintas causas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La emancipación por matrimonio es irrevocable y legal, subsistiendo mientras el matrimonio sea considerado válido, aun por la muerte de los cónyuges.

Cabe recordar que el artículo 166 de la ley 23515 modificó las edades mínimas para contraer matrimonio, fijándolas en 16 años para la mujer y en 18 años para el hombre.

II. Emancipación por habilitación de edad o dativa

Fue incorporada en nuestro derecho en la segunda parte del artículo 131, Cód. Civil, por la ley 17711, modificado por la ley 23264. Tiene por objeto acelerar el proceso del logro de la capacidad. Surte iguales efectos que la lograda por matrimonio; aquélla se funda en la existencia del vínculo, ésta en la aptitud del menor.

Para ser sujeto de esta institución se requiere como requisito indispensable que el menor tenga 18 años cumplidos, existiendo dos procedimientos distintos, según estén sometidos a la patria potestad o bajo tutela. En el primer caso, sólo podrá lograrla mediante la decisión de quienes ejerzan la patria potestad (art. 264 quater, inc. 2º); en el segundo, la acordará el juez de la tutela a pedido del tutor o del pupilo. Es un acto formal que requiere "instrumento público", según reforma de la ley 23264 (escritura pública en la anterior redacción) o resolución judicial, debiendo inscribirse además, en ambos casos, en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La declaración de voluntad debe ser de ambos padres (arts. 131, 264, incs. 1º, 2º y 5º y 264 quater, inc. 2º) o del padre o madre que se encuentre en ejercicio de la patria potestad (arts. 131 y 264, incs. 3º, 4º y 6º), quienes presentarán las libretas de familia o partidas respectivas, pudiendo formalizarse por instrumentos separados, siendo conveniente en tal caso que dejen constancia en el instrumento de la voluntad faltante para complementar el acto.

Siguiendo los lineamientos del fallo publicado en L.L. 11/11/ 69, fallo 64005, t. 136, en el que se resolvió que "la habilitación de edad que prevé el art. 131, no puede conferirse sin el consentimiento del menor, ya que la misma no sólo importa la adquisición de derechos, sino también la asunción de responsabilidades, y que originara una discusión doctrinaria; la ley 23264 introdujo en forma expresa, en la nueva redacción del artículo, la necesidad de contar con el consentimiento del menor para su habilitación".

Según lo aprobado en el IV Congreso Nacional de Derecho Civil (1969) "la emancipación es una sola y única institución. A la situación así denominada puede accederse por matrimonio o por habilitación de edad, luego, todos los emancipados se encuentran en idéntica situación jurídica, pero sólo la emancipación por habilitación de edad es susceptible de ser revocada judicialmente cuando los actos del menor demostraren su inconveniencia". Lo que sucederá a pedido de sus representantes legales.

Ante la falta de previsión legal, la doctrina se ha planteado la posibilidad de una segunda habilitación, después de haber sido revocada la primera; las soluciones no son coincidentes, ya que mientras Borda(10)(396) sostiene que la misma no sería posible, pues al haber sido revocada han debido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mediar circunstancias graves que no podrían ser dejadas de lado para una nueva habilitación, Tau Anzoategui propone, en tal caso, que la segunda habilitación sea otorgada judicialmente, ya que una decisión judicial (la revocación) no puede ser anulada por quienes sean titulares de la patria potestad. Este último argumento, estimo, tiene fuerza suficiente como para adoptar una posición al respecto.

Otra de las reformas introducidas por la ley 23264, relacionada con el artículo que comentamos, es la necesidad de que los menores emancipados por habilitación de edad no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de los padres que ejerzan la patria potestad, su tutor o el juez, requerida por el artículo 10 de la ley 2393, ahora modificado, lo que colisiona con la interpretación mayoritaria sobre el tema y algunas disposiciones legales, por ejemplo, el artículo 306: "La patria potestad se acaba... 4° Por emancipación legal de los hijos...", lo cual plantea una nueva divergencia doctrinaria sobre el alcance de la emancipación dativa: ¿se acaba la patria potestad o simplemente se atenúa, o suspende?, como sostiene D'Antonio(11)(397).

Siendo la emancipación por habilitación de edad un acto revocable, es oportuno destacar la importancia de contar no sólo con el instrumento público que la acuerda, inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, sino también con el certificado de vigencia de dicha emancipación, expedido por el mismo Registro, previamente al otorgamiento de escrituras en las que intervengan menores en estas condiciones.

Asimismo, la actual redacción del artículo 131 contiene implícita la autorización para el ejercicio del comercio, sea que se trate de emancipación por habilitación de edad o por matrimonio, al suprimirse toda referencia al Código de Comercio; sin embargo, es aconsejable cumplir con ambos trámites de inscripción (Registro Civil y Público de Comercio) si quiere dársele alcance amplio.

Se advierte, no obstante, la situación que puede plantearse a las mujeres menores que aún no cumplieron 18 años y se hubieran emancipado por el matrimonio (art. 166, ley 23515), las que no podrán ejercer el comercio por no tener aún la edad mínima requerida por la ley mercantil (art. 10, Cód. Com.).

El Código Civil atribuye al menor emancipado la libre administración y disposición de sus bienes, con las únicas limitaciones surgidas de los artículos 134 y 135.

Así, no pueden ni con autorización judicial: 1) aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; 2) hacer donaciones de bienes que hubieren recibido por título gratuito; 3) afianzar obligaciones. Llambías las considera incapacidades de hecho anómalas, porque no están fundadas en razones de orden público, sino para protección del menor.

El artículo 135 establece que tienen capacidad de administración y disposición de sus bienes, con la única limitación de los adquiridos a "título gratuito", antes o después de la emancipación, respecto de los cuales sólo tienen la administración; para disponer de ellos necesitarán autorización

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de ellos fuere mayor de edad. Cabría agregar a estas limitaciones los bienes que el menor adquiere a título oneroso, pero con dinero proveniente de herencia, legado o donación, es decir, todo caso de subrogación real.

Resumiendo:

A. Emancipados con consentimiento de sus padres

1) Bienes habidos a título oneroso: Tienen libre disposición, podrán disponer de ellos sea a título oneroso o gratuito, sin necesidad de autorización. Deberá tenerse en cuenta el art. 1277, Cód. Civil, en los casos que corresponda su aplicación.

2) Bienes habidos a título gratuito: No pueden disponer de ellos a título gratuito ni con autorización judicial (art. 134). Sí pueden a título oneroso, con el correspondiente consentimiento conyugal, si uno fuere mayor, o con autorización judicial si no hubiere acuerdo entre ambos o los dos fueren menores.

Como el artículo 135 no especifica cuál de los cónyuges debe ser el mayor, cabe suponer que puede serlo tanto el titular disponedor como el no titular consentidor.

B. Emancipados sin consentimiento de sus padres

No pueden administrar ni disponer de sus bienes recibidos a título gratuito salvo ulterior habilitación. Respecto a los recibidos a título oneroso, tienen libre disposición, teniendo en cuenta el artículo 1277, Cód. Civil, en los casos que corresponda.

C. Habilitados dativamente

Tienen igual capacidad que los emancipados con consentimiento de sus padres, pero respecto de los bienes habidos por título gratuito sólo podrán disponer de ellos a título oneroso, con autorización judicial.

3. REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS MENORES

Siendo los menores adultos incapaces de hecho relativos, al permitírseles realizar sólo los actos que las leyes autorizan expresamente (art. 55, Cód. Civil), serán sus padres o tutores por vía de la representación quienes sustituirán al incapaz en el ejercicio de sus derechos y en la realización de los actos para los cuales el titular está legalmente impedido hasta la mayoría de edad.

Razón por la cual, no encontrándose el menor en los supuestos analizados precedentemente, serán sus representantes legales los encargados de declarar su voluntad, cumpliendo el presupuesto de hacer conocer a la persona con quien se celebra el contrato el carácter de esa actuación.

Al establecer la ley 23264 el régimen de ejercicio conjunto de la patria

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

potestad, tanto de hijos matrimoniales como de hijos extramatrimoniales cuyos padres convivan, deberán ser tenidos en cuenta en cada caso los distintos supuestos que pueden presentarse, enunciados en los seis incisos del artículo 264, el nuevo artículo 264 bis y concordantes, ya analizados en nuestro trabajo en equipo "Patria potestad y reforma al derecho de familia", publicado en Revista del Notariado número 806, pág. 1823. La relación jurídica quedará así configurada entre el tercero y el representado, en nuestro caso, el menor, que por obra de dicha representación no es sujeto instrumental de la escritura.