EMANCIPACIÓN POR MATRIMONIO Y HABILITACIÓN DE EDAD

Por Luis MOISSET de ESPANÉS

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales; Profesor de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba; Laureado por la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires.

Revista Notarial de Córdoba, año 1969, N° 17-18, p. 17.

Sumario:

Introducción

- 1) La emancipación. Régimen del Código Civil
 - 2) La emancipación dativa o habilitación de edad
 - 3) Reformas introducidas por la ley 17.711
 - 4) Similitud del régimen jurídico aplicable a los emancipados por matrimonio y a los emancipados por habilitación de edad
 - 5) La patria potestad y la emancipación
 - 6) Otros problemas:
 - a) Matrimonio del emancipado por habilitación de edad.
 - b) El ejercicio del comercio y la emancipación por habilitación de edad
 - 7) Limitaciones a la capacidad del menor emancipado. Prohibiciones absolutas y relativas
-

Introducción

Los tópicos a estudiar en esta oportunidad son de gran interés, por cuanto la reciente reforma del Código Civil ha modificado nuestro sistema jurídico, especialmente en materia

de capacidad, introduciendo reformas sustanciales, de las cuales trataremos las más importantes.

Según sabemos, una de ellas fue la disminución del tope para alcanzar la mayoría de edad. Con ello se persiguió solamente una unificación de nuestro sistema con el Derecho Comparado, que tiene positivo valor en cuanto evita conflictos de Derecho Internacional privado, al equiparar la edad para alcanzar la mayoría de edad, fijándola en 21 años (artículos 126, 127 y 128).

Además, se han introducido otras modificaciones de gran importancia en el artículo 128, referidas a la capacidad del menor adulto que trabaja o que ha obtenido un título habilitante para el ejercicio de su profesión. En este punto se ha operado una reforma sustancial, a la cual, por razones de tiempo, no nos referiremos en detalle.

1) La emancipación. Régimen del Código Civil

Nos ocuparemos a continuación del problema de las reformas introducidas en materia de emancipación. Nuestro Código Civil había limitado la emancipación a una sola hipótesis: la emancipación legal por el matrimonio. Quien contraía matrimonio, quedaba habilitado para realizar una serie de actos; adquiría la capacidad civil, aunque fuese menor. Pero ésta era una capacidad relativa, ya que dos normas -las contenidas en los artículos 134 y 135- imponían una serie de restricciones a esa capacidad; algunas de carácter absoluto, porque esas prohibiciones no podían ser salvadas de ninguna manera; otras de carácter relativo, porque el menor podía realizar esos actos si lograba la autorización judicial. Tal el régimen vigente desde la sanción del código civil hasta la entrada en vigencia de la ley N° 17.711.

2) La emancipación dativa, o habilitación de edad

La doctrina nacional se había preocupado sobremanera frente a esta circunstancia, porque advertía el vacío. En nuestros sistemas jurídicos occidentales y ya desde muy larga data, ha sido frecuente conocer otra manera de adquirir anticipadamente la capacidad antes de llegar a la mayoría de edad. Cuando quien estaba encargado de ejercer la patria potestad concedía al menor autorización, es decir, le daba capacidad, estábamos frente a lo que se llamaba emancipación dativa. O cuando - según los sistemas - se solicitaba al magistrado que se anticipara la edad para que el sujeto pudiera obrar como si fuera una persona capaz, estábamos frente a lo que se llamaba emancipación judicial.

En resumen, una y otra forma pueden englobarse dentro de lo que se denominaría **habilitación de edad**. Pese a tener una edad inferior a la de la mayoría, por decisión de quien ejerce la patria potestad o bien por decisión del juez, se habilitaba al menor para obrar como si fuera una persona capaz.

Esta institución de la emancipación dativa o habilitación de edad, conocida en casi todos los sistemas positivos vigentes, no había sido aceptada por Vélez Sársfield, y un intenso movimiento doctrinario reclamaba su incorporación a nuestro sistema jurídico: congresos, dictámenes en distintas jornadas científicas, obras de doctrina, artículos publicados en periódicos jurídicos, se sumaban en forma unánime propiciando la modificación del Código para la incorporación de esta institución.

Por ello en este aspecto la reforma del Código civil ha sido acogida con general beneplácito, por lo menos en el sentido de que se ha incorporado algo que todos pensábamos debía incorporarse.

3) Reformas introducidas por la ley 17.711

Pueden presentarse discrepancias sobre la regulación que se ha dado al instituto, acerca de si esa regulación es o no la más conveniente. Según sabemos, antes de la reforma se conocía una manera de habilitación de edad, pero no estaba dentro del campo del Derecho Civil, sino únicamente reducida al campo de los actos de comercio. El menor que había cumplido 18 años, podía lograr la autorización de su padre para el ejercicio del comercio, pero nada más que para ello.

Esta institución de la habilitación de edad se proyecta al Código civil, y así nos encontramos con el artículo 131, que mantiene la emancipación legal por el matrimonio, con las limitaciones de capacidad establecidas en los artículos 134 y 135, aunque el artículo 131 sólo mencione el artículo 134:

"Los menores que hubieren cumplido dieciocho años podrán emanciparse por habilitación de edad mediante decisión de quien ejerza sobre ellos la patria potestad..."

Adviertan claramente que el artículo 131 expresa "podrán emanciparse". Quiere decir que la habilitación de edad es una de las formas de emancipación. La emancipación puede ser dativa o por habilitación de edad. Insisto en este aspecto ex profeso, con un propósito deliberado: porque algunos autores, después de sancionada la reforma han dicho que estas dos instituciones eran totalmente distintas, y que el régimen jurídico aplicable a la emancipación legal por el matrimonio, difería del régimen jurídico aplicable a los habilitados de edad. sin perjuicio de volver sobre este punto, me interesa recalcar que el habilitado de edad es un emancipado.

El tercer párrafo del artículo 131, continúa estableciendo la forma en que la habilitación de edad puede efectuarse cuando el menor no está bajo patria potestad sino bajo tutela. En este caso, será el juez quien la conceda. Vemos, pues, resumi-

das las dos formas de habilitación de edad dentro de esta institución, porque diferirá el camino para lograr la habilitación según que el menor esté sujeto a patria potestad o a tutela. Para este último caso prescribe la ley:

"Si se encontraren bajo tutela podrá el juez habilitarlo a pedido del tutor o del menor; previa sumario información sobre la aptitud de éste. La habilitación paterna se otorgará por escritura pública que deberá inscribirse en el Registro de Estado civil y capacidad de las personas. Tratándose de la habilitación judicial bastará la inscripción de la sentencia en el Registro. A los efectos del ejercicio del comercio por el habilitado deberá cumplirse con las disposiciones del Código respectivo".

"La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido del padre, de quien ejercita la tutela al tiempo de acordarla o del Ministerio pupilar".

La norma es extensa, y exige un análisis cuidadoso y detenido. Desde el primer instante ha provocado una copiosa doctrina sobre el particular, y se han suscitado enconadas polémicas sobre el alcance que debe darse a este artículo en varios aspectos.

4) Similitud del régimen jurídico aplicable a los emancipados por matrimonio y a los emancipados por habilitación de edad

Una de las primeras observaciones que se le formularon es aquella a la que hice referencia. como no es el único artículo reformado en materia de emancipación, y como el primer párrafo, al referirse a los emancipados por el matrimonio establece que las restricciones que se aplicarán son las del artículo 134, hay quienes sostuvieron en un primer instante que el

régimen jurídico del emancipado por el matrimonio no padecía las mismas restricciones que las que tenía el habilitado de edad.

Contra esta opinión doctrinaria reaccionó de inmediato la mayoría de los juristas del país. En el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil recientemente realizado en Córdoba, uno de los tópicos incluídos para ser considerado en los debates fue el relativo a la situación jurídica del emancipado y del habilitado de edad. Se presentaron varias ponencias, algunas por parte de juristas muy destacados del país, como Jorge Joaquín Llambías, miembros del Instituto de Derecho Civil de Córdoba, el Profesor Carranza de Río IV, la doctor Méndez Costa, de la Universidad de Santa Fe. Y es curioso advertir que todas esas ponencias coincidieron en que el Congreso debía declarar que el régimen jurídico aplicable a los emancipados por el matrimonio y a los habilitados de edad, era exactamente el mismo. Que esa declaración debía formularse de manera expresa para disipar las dudas que pudieran haberse suscitado por algún inadecuado lenguaje empleado en otros artículos del Código¹.

Ese lenguaje es el de los artículos 134 y 135, donde se establecen las prohibiciones. El primero de estos artículos expresa:

"Los emancipados no pueden ni con autorización judicial ...",

y el artículo 135 establece:

"Los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes ...".

¹. Recomendaciones aprobadas en el Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil en D.J.A. N° 3439, 2 de diciembre de 1969, p.13, donde consta que se recomendó interpretar que: "La emancipación es una sola y única institución. A la situación así denominada puede accederse por matrimonio o 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".

Los primeros han sostenido que estas prohibiciones se refieren sólo a los emancipados por matrimonio, que son, según el primer párrafo del artículo 131, los menores que contrajeren matrimonio. Pero quienes querían restringir estas prohibiciones a los emancipados legalmente por el matrimonio, olvidaban que al hablarse de la habilitación de edad, en el tercer párrafo del artículo 131 se expresa que los menores que hubieren cumplido dieciocho años podrán emanciparse por habilitación de edad. Entonces, las prohibiciones que se aplicaban a los emancipados por el matrimonio se hacen extensivas a los emancipados por habilitación de edad. Su régimen jurídico, por tanto, debe ser el mismo.

Las ponencias a que hicimos alusión, para salvar toda duda, al mismo tiempo que aconsejaban que se interpretase que las prohibiciones comprendían a los emancipados por matrimonio y a los emancipados por habilitación de edad, propiciaban retocar esos artículos, agregando después de "los emancipados" la expresión "y habilitados de edad", de manera que no pudiese discutirse la interpretación que debe darse al artículo.

Este ha sido uno de los primeros aspectos que se plantearon en todas las ponencias presentadas al congreso, y sobre eso había asentimiento general.

5) La patria potestad y la emancipación

Otros tópicos que concitaron el asentimiento de todas las ponencias fueron los relativos a la necesidad de armonizar las nuevas disposiciones que se encuentran en el título de la emancipación, con otras dispersas en diversas partes del Código; por ejemplo, algunas en el título de la patria potestad, otras en el título de la tutela y otras en materia de contratos, que han sido indirectamente reformadas, pero que no habían sido retocadas por el legislador en la ley 17.711; verbi-

gracia cuando se habla de la forma en que termina la patria potestad, en el artículo 306 inciso 4° del Código Civil que expresa

"La patria potestad se acaba: ...

4° Por emancipación legal de los hijos".

Evidentemente, este inciso respondía a la formulación del Código en la época de su redacción, porque el Código solamente conocía la emancipación legal por el matrimonio; pero la patria potestad también se acaba cuando se produce la emancipación por habilitación de edad.

Así, pues, el artículo 306 debería ser retocado.

Lo mismo ocurre con la tutela: si el menor no está sujeto a patria potestad sino a tutela, y se le otorga habilitación de edad, la tutela se acaba. El menor por la habilitación de edad, pasa a ser una persona capaz, y debe cesar la sujeción a un representación necesaria. El artículo 455, en materia de tutela, también debería ser reformado. El inciso 2° del mencionado artículo expresa:

"Por la muerte del menor, por llegar a este la mayor edad o por contraer matrimonio".

En este inciso debería efectuarse el agregado "por la habilitación de edad".

Sobre estos tópicos hay general asentimiento, pero no unanimidad. En el Congreso, precisamente basándose sobre el hecho de que estas dos normas no han sido reformadas, dos profesores tucumanos, Antoni y Colombres, presentaron un despacho en disidencia, sosteniendo que en el caso de la habilitación de edad, no se terminaba la patria potestad o la tutela, y que el menor seguía siendo incapaz, sujeto a representación. Al respecto, expresan los mencionados profesores: "Debe entenderse que la habilitación de edad no hace cesar la patria potestad".

Este es un despacho que en realidad quebraría todo el

sistema de la emancipación. ¿Qué finalidad puede tener la emancipación, si el menor va a seguir sujeto a la patria potestad? El problema es más complicado de lo que parece a primera vista, porque ellos apuntan a otra finalidad, y sostienen que el menor emancipado por la habilitación de edad, aunque sujeto a patria potestad, puede ejercer los actos de una persona capaz.

Y decimos que apuntan a otra finalidad por lo siguiente: el menor que se emancipa por habilitación de edad y deja de estar sujeto a patria potestad, será responsable con su patrimonio de los daños que ocasione por un hecho ilícito. Y éste es el problema serio que crea la habilitación de edad.

Cuando un menor que tienen diez años cumplidos y no ha llegado a la mayoría de edad, está sujeto a la patria potestad, y comete un hecho ilícito dañosos en perjuicio de un tercero, el menor responde personalmente con su patrimonio por la responsabilidad directa que surge del artículo 1109 del Código. Pero además de ser responsable el menor, debe responder el padre de ese menor, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1114 del Código Civil.

Pero el padre del menor sólo es responsable por los hechos ilícitos de su hijo, mientras éste se encuentre bajo la patria potestad. Cuando el hijo deja de estar bajo la patria potestad, cesa la responsabilidad del padre.

Entonces, si nosotros entendemos -como debemos entender- que con la habilitación de edad ha cesado la patria potestad, llegamos también a una consecuencia no querida por el legislador, que puede ser sumamente grave; y es que cese la responsabilidad del padre por los actos ilícitos que haya cometido el hijo menor. Y digo que es una consecuencia grave por lo siguiente: dentro de nuestro sistema, la emancipación por habilitación de edad, cuando es conferida por el padre, no tiene ningún contralor jurisdiccional. Cuando el hijo está sometido

a la patria potestad, el padre, por propia voluntad, puede emancipar al menor, y el juez no interviene para nada ni puede verificar si el hijo tiene o no la menor, y el juez no interviene para nada ni puede verificar si el hijo tiene o no la madurez de juicio suficiente como para actuar en la vida jurídica. Entonces puede ocurrir que el padre que quiera liberarse al responsabilidad frente a un hijo díscolo, imprudente, acuda al subterfugio de emanciparlo, quedando automáticamente liberado si en el futuro el hijo comete actos ilícitos, y su patrimonio no debe responder.

En realidad, aunque la conclusión de los profesores tucumanos respecto a este problema no sea, dentro de la técnica jurídica, la que corresponde al sistema, no hay en su ponencia nada de descabellado, sino el sano propósito de lograr por esta vía que el padre no pueda liberarse de su responsabilidad emancipando al menor.

6) Otros problemas

Ahora bien: los otros tópicos que señalábamos anteriormente, se refieren a las discordancias que existen, por ejemplo, en el artículo 1440, en materia de contratos. Pero estas discordancias no tienen mayor importancia. Sí es importante señalar la polémica que se suscita alrededor de dos problemas con respecto al emancipado por habilitación de edad. En primer lugar, ¿necesita el emancipado por habilitación de edad, autorización especial para el ejercicio del comercio? En segundo lugar, ¿el emancipado por habilitación de edad, necesita o no autorización para contraer matrimonio?

Antes de analizar estos problemas, debemos señalar cuáles son las diferencias que subsisten entre la emancipación legal por matrimonio, y la emancipación por habilitación de edad. Para emanciparse por el matrimonio, basta con contraer el

matrimonio, tener la edad mínima y celebrarlo con las formas debidas. Aunque el menor no hubiere contado con la autorización paterna, que requiere la ley para que contraiga matrimonio, la emancipación se produce, y la sanción por la falta de autorización paterna es sólo de tipo económico: el menor no gozará de la administración y disposición de los bienes que hubiese adquirido a título gratuito; pero la emancipación pro el matrimonio se produce de pleno derecho desde el momento en que se contrajo el matrimonio.

Además, esta emancipación tiene una característica esencial: es irrevocable: lograda la emancipación por matrimonio, el menor que ha adquirido capacidad y que ha dejado de estar sujeto a la patria potestad, se convierte definitivamente en persona capaz, y no va a estar sujeto de nuevo en ninguna hipótesis a la patria potestad.

En cambio, en la emancipación dativa se requiere que el menor tenga 18 años cumplidos; que se le otorgue -sea por el padre, o por el juez- la habilitación correspondiente; que se inscriba en el Registro de Estado civil de las Personas la autorización que se le ha dado. Desde ese momento el menor es capaz. Pero su situación de capacidad puede no ser definitiva. La emancipación, en esta hipótesis, es revocable. Si el menor a quien su padre o el juez ha considerado suficientemente maduro como para desenvolverse en los actos de la vida civil cuidando de su persona y su patrimonio, demuestra luego en su actuar que su patrimonio corre peligro o que no gobierna debidamente su persona, puede solicitarse al juez que deje sin efecto la emancipación, y que prive de capacidad a la persona que anteriormente la había conseguido.

He aquí una diferencia sustancial entre la emancipación legal por matrimonio y la emancipación pro habilitación de edad. Mientras una es irrevocable, la otra es esencialmente revocable y puede, por vía de una declaración del juez, dejar-

se sin efecto.

6-a) Matrimonio del emancipado por habilitación de edad

Esto es importante para el análisis de uno de los problemas que se plantean, cual es el de contraer matrimonio. Si nosotros admitimos que el menor que ha sido habilitado a los 18 años puede no sólo realizar libremente todos los actos o negocios jurídicos de carácter patrimonial, sino también contraer matrimonio sin autorización de su padre, le conferimos una arma al menor para que cuando se solicite la revocación de su emancipación, mientras esta se tramita judicialmente, contraiga matrimonio y transforme su emancipación revocable en una emancipación irrevocable. Así, por esta vía, el menor puede eludir la amenaza de la revocación.

Este argumento, que ha sido poco esgrimido, es el único argumento jurídico que tienen cierta validez para sostener la necesidad de la autorización posterior del padre para contraer matrimonio aún en el caso de que el menor haya sido habilitado de edad ².

Esto ha dividido mucho a la doctrina. Hay quienes sostienen, como la Dra. Méndez Costa ³, Bustamante Alsina ⁴, y otros, que es menester indispensablemente para el menor habilitado de edad, cuando quiere contraer matrimonio, que solicite la autorización del padre, peses a que ya no está sujeto a patria

². v. Néstor L. PORTAS: "Las personas individuales en la ley 17.711", Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año X, N° 21, pág. 89-109, y en especial pág. 95.

³. v. María Josefa MÉNDEZ COSTA, "Situación jurídica de los emancipados por matrimonio y por habilitación de edad", D.J.A. N° 3365, 18-VIII-69, en p. 13, J.A. tomo Doctrina 1969.

⁴. Jorge H. BUSTAMANTE ALSINA, "El nuevo régimen de las incapacidades según la reciente reforma del Código Civil", L.L. 130-1046 y ss.; Néstor L. PORTAS, trabajo y lugar citados en nota 2.

potestad. Otros autores afirman que -frente al texto muy claro de la ley, que lo convierte en persona capaz- no puede exigirse el requisito de la autorización del padre para contraer matrimonio, pues se trata de un menor emancipado de edad; pero que debe modificarse la ley, imponiéndose ese requisito ⁵. En realidad, el texto de la ley es muy claro. No creemos que, siendo una persona capaz, pueda agregársele una prohibición que la ley no ha impuesto ⁶.

La necesidad de autorización del padre para contraer matrimonio se refiere -artículo 10 ley de matrimonio civil- a los menores que están bajo la patria potestad del padre, pero no a los que ya se ha emancipado.

Quizás fuese conveniente -como lo ha sostenido Llambías- introducir expresamente la prohibición para este acto de tanta importancia que es el matrimonio, ya que lo que ha tenido en vista el padre al conceder al menor la emancipación por habilitación de edad, es su posibilidad para desenvolverse en el campo patrimonial, y no otra cosa. Y tratándose de algo tan importante como el matrimonio, que va a pesar dentro de nuestra organización jurídica por sobre todas la vida de la persona, se hace menester una especial maduración o reflexión antes de que aquel se contraiga. Quizá por tanto sería conveniente, en una reforma de la Ley, establecer que el habilitado de edad necesita autorización del padre para contraer matrimonio. Por en el momento actual -tal como está redactado el artículo- no podemos imponer esa prohibición.

6-b) El ejercicio del comercio y la emancipación por habilitación de edad

⁵. Armando IBARLUCIA (h): "Emancipación por matrimonio y emancipación por habilitación de edad", L.L. 17-VI-68, p. 2 y tomo 130-1145; Jorge Joaquín LLAMBÍAS, "Estudios sobre la reforma..." p. 39 y 40.

⁶. Conf. Guillermo A. BORDA, "Emancipación", El Derecho, tomo 28-845.

Otro problema que ha dividido la opinión de los juristas argentinos, es el referente a la posibilidad o no que tienen los menores habilitados de edad para ejercer el comercio.

Antes de la reforma, era ya posible, en virtud de normas que se encuentran en el Código de Comercio, que un menor que contase 18 años, lograra la autorización de su padre, autorización ésta que luego -inscrita en el Registro Público de Comercio- le posibilitaría el ejercicio del comercio. No se convertía en persona civilmente capaz, sino que sólo estaba habilitado para el ejercicio de los actos de comercio

Ahora nos encontramos con la situación inversa: un menor -dentro del ámbito civil- recibe autorización del padre para los actos de la vida civil. ¿Quedaría habilitado automáticamente para los actos de comercio? El texto de la ley parece ser muy claro, en sentido negativo, ya que establece que para ejercer el comercio tiene que sujetarse a las prescripciones del Código de Comercio.

Muchos autores interpretan que las prescripciones del Código de Comercio son una nueva autorización del padre, mas la inscripción en el Registro Público de Comercio. Frente a esa posición extrema, existen otras dos: es decir que la doctrina ha dado tres soluciones, distintas que resumiremos así:

1°) El emancipado puede ejercer el comercio sin ninguna otra autorización.

Héctor Cámara ⁷, comercialista cordobés, opina que la habilitación civil de edad faculta al emancipado para ejercer el comercio sin más formalidad que la inscripción de dicha autorización en el Registro Público de Comercio.

⁷. Héctor CÁMARA, "La ley 17.711 y algunas de sus proyecciones sobre el Código de Comercio", en Rev. de Der. Comercial y de las obligaciones, año I, N° 4, agosto de 1968. En el mismo sentido Efraín RICHARD, en un trabajo inédito (remitido a la misma revista para su publicación), que hemos tenido oportunidad de consultar.

2°) Otra posición sostiene que es necesario cumplir con todas las formalidades del Código de Comercio, tal como lo afirma también el artículo respectivo ⁸.

3°) La posición intermedia ha sido sostenida por Garrido y Andorno, Bustamante Alsina, Portas y otros ⁹. Esta posición afirma que, como ya el menor se ha emancipado, se ha convertido en persona capaz y no está sujeto a patria potestad; no puede, por tanto, recabarse la autorización paterna, porque el sujeto no depende del padre; pero, como el Código de comercio exige una autorización ésta debe ser dada en este caso, por el Juez.

Este problema ha sido discutido en el Cuarto Congreso de Derecho Civil, donde el dictamen mayoritario optó por una fórmula algo transaccional. No se pronunciaba sobre el alcance del párrafo en cuestión, sino que afirmaba la conveniencia de establecer expresamente que el emancipado, cuando quiera ejercer el comercio, deberá ser autorizado judicialmente; y luego inscribir esa autorización de Juez en el Registro Público de comercio. Sostiene también que una norma de esta naturaleza debe incorporarse expresamente al Código.

Creemos que se optó por una solución transaccional por el hecho de que se quiso conseguir mayoría para un despacho.

Hubo una minoría -representada por comercialistas- que entendía (al igual que Cámara) que no se necesitaba autorización alguna. El despacho de la minoría respecto a este problema de que el habilitado de edad sólo debe reunir los requisitos formales (en este caso, llevar la sentencia judicial o la escritura pública por las que se otorgaron la habilitación de

⁸. Esta parece ser la posición de LLAMBÍAS, tal como surge de lo que expresa en el Apéndice a su Tratado de Parte General, N° 700 bis, p. 40, ed. Perrot, Buenos Aires, 1969.

⁹. GARRIDO y ANDORNO: "Reformas...", t. I, art. 131, p. 44 y 45; Jorge H. BUSTAMANTE ALSINA, trabajo citado; Néstor L. PORTAS, trabajo citado, p. 95; María Josefa MÉNDEZ COSTA, trabajo citado, p. 14.

edad ante el Registro Público de Comercio para que se inscriba), fue sostenido por Efraín H. Richard y Juan De Arteaga, coincidentes con la posición que sustenta en Mendoza el Dr. Pedro Lella.

Nosotros discrepamos, porque entendemos que la claridad evidente del texto de la ley exige que se cumplan todas las prescripciones del Código de Comercio.

Existen, de otra parte, razones para ello; los actos de la vida civil -aunque sean de carácter patrimonial- no suelen tener muchas veces tanta gravedad respecto del patrimonio, como los actos comerciales, por la importancia económica que suele adquirir el patrimonio comercial. Por otra parte, la prudencia o diligencia necesaria para manejar simplemente un patrimonio sin dilapidarlo, no es la misma que la sagacidad que necesita quien desee ejercer el comercio. Al efectuarse un juicio de valor sobre la madurez de una persona, puede considerarse que ésta es apta para el cuidado de sus bienes, y sin embargo que no lo es para enfrentar una empresa comercial. De ahí que pueda pensarse con justeza que el legislador ha tenido en cuenta esa diferencia al establecer la cláusula, afirmando que no es bastante el juicio de valor realizado para otorgar la emancipación civil, para que con él se logre también la habilitación para el ejercicio del comercio.

Es curioso advertir que no existe coincidencia entre los propios autores de la reforma que se han pronunciado sobre el particular. Dos de los miembros de la **Comisión Reformadora** han escrito sobre este tema: Alberto G. SPOTA¹⁰ y Guillermo A. BOR-

¹⁰. Alberto G. SPOTA, "Sobre las reformas al Código Civil", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, p. 28: "...satisfacer los requisitos... determinados por la ley mercantil (esto último para el supuesto del habilitado que pretenda ejercer el comercio, en cuyas hipótesis ya no rige el requisito de la autorización que preveía el art. 11, C. Comercio, y sólo procede cumplir con las exigencias legales de inscripción y publicidad de la habilitación d edad que establece esa norma de la ley mercantil)". Postura similar a la de CÁMARA, que ya hemos expuesto.

DA ¹¹; el primero de ellos adopta la posición que sustenta el Dr. LELLA; BORDA, en cambio se inclina por la posición extrema: deben cumplirse todos los recaudos del Código Comercial.

7) Limitaciones a la capacidad del menor emancipado. Prohibiciones absolutas y relativas

Dentro de nuestro Código civil encontramos que los actos prohibidos al menor emancipado pueden ser clasificados en dos grandes categorías: casos en que la prohibición es absoluta y el emancipado no puede realizar el acto de ninguna manera, ni con autorización judicial (artículo 134), y casos en que la prohibiciones relativa, ya que el menor, recurriendo al juez, puede lograr autorización para realizar el acto de que se trata (artículo 135).

A nuestro entender todas estas limitaciones son comunes tanto al emancipado por matrimonio como al habilitado de edad.

Prohibiciones Absolutas

Las prohibiciones absolutas del artículo 134 son tres:

"Art. 134.- Los emancipados no pueden ni con autorización judicial:

1° Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito;

2° Hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito;

3° Afianzar obligaciones".

El inciso 1° contiene una prohibición concordante con la establecida en los artículos 465 y 841, inciso 5°, que nos dicen:

¹¹. Guillermo A. BORDA, trabajo y lugar citados en nota 6.

"Art. 465.- *Hasta pasado un mes de la rendición de cuentas es de ningún valor todo convenio entre el tutor y el pupilo ya mayor o emancipado, relativo a la administración de la tutela o a las cuentas mismas*".

Y al referirse a las transacciones, dice el:

"Art. 841.- No pueden hacer transacciones; ...

5°) *Los tutores con los pupilos que se emanciparen, en cuanto a las cuentas de la tutela, aunque fuesen autorizados por el juez: ..."*

Esta prohibición mira a proteger los intereses del menor emancipado que, aunque haya terminado la tutela puede todavía sufrir la influencia de la autoridad del tutor. Parece innecesario recordar que para la aprobación de las cuentas será menester un juicio especial, tramitado ante el juez que discernió la tutela, y con al la intervención necesaria del Ministerio de Menores e Incapaces.

También está prohibido, de manera absoluta, que el menor emancipado efectúe donaciones de los bienes que haya adquirido a título gratuito.

La donación es uno de los más graves actos de disposición que puede realizar una persona, puesto que se desprende de bienes que están en su patrimonio, sin recibir nada en contraprestación, por tal razón la norma está plenamente justificada, pero es menester recordar que al menor emancipado le está permitido efectuar donaciones de los bienes adquiridos con su propio trabajo, porque respecto a esta categoría de bienes le están permitidos todos los actos de disposición (artículo 135), Y ello es perfectamente concordante con la autorización similar que la ley acuerda a cualquier menor que ejerce el comercio, profesión o industria para donar esos bienes (artículo 1807, Inciso 7°, in fine). Lógicamente, si se concede esa autorización a cualquier menor adulto, no puede negársela

a los menores emancipados.

Entendemos también que esta prohibición del artículo 134 sólo alcanza a las donaciones, que son actos entre vivos; por tanto podría disponer a título gratuito de esos bienes para después de su muerte, efectuando legados por un testamento, que es una disposición de última voluntad.

Finalmente, el inciso tercero (agregado por la ley 17.711), ha incorporado a este artículo una prohibición que también se encuentra en el inciso 1° artículo 2011, que es la de obligarse como fiadores, "*aunque obtengan licencia judicial*".

Apuntamos que, respecto a la hipótesis de la fianza, SPOTA¹², incurriendo en un error manifiesto, dice que podrá otorgarse con autorización judicial. ¿En qué quedan, entonces, las prohibiciones tan claras y evidentes de los artículos 134 y 2011, inciso 1°?

Resulta también de interés plantearse la hipótesis de que no se trate de un menor emancipado sino de un simple menor adulto que trabaja y, de acuerdo al producto de su trabajo. ¿Le estará permitido a este menor afianzar obligaciones? Entendemos que no; si se ha prohibido este acto al emancipado, que es una persona capaz, no puede admitirse que el simple menor adulto, que es un incapaz, esté facultado para realizarlo.

La prohibición se encuentra plenamente justificada, porque el fiador se obliga personalmente y debería responder con todo su patrimonio, no sólo con los bienes adquiridos con el producto de su trabajo, sino con todos los restantes. Además, en el momento de contraer una obligación de este tipo es difícil medir su alcance y el menor puede verse posteriormente sorprendido por las proyecciones que asume la obligación contraí-

¹². Alberto G. SPOTA, "Sobre las reformas...". p. 29.

da por medio de una fianza; por ello el Código, con el fin de tutelar al menor emancipado, prohíbe de manera absoluta que se obligue como fiador; y nosotros entendemos que esa prohibición es extensiva a los menores adultos que trabajan, pese a la frase de términos muy generales, contenida en el artículo 128, que pareciera autorizarlos a "disponer de los bienes que adquiriera con el producto de su trabajo", porque si bien la fianza es un acto de disposición, compromete la totalidad del patrimonio del menor, es decir que excede las facultades que le confiere el artículo 128.

El viejo artículo 135 estaba totalmente desactualizado, en especial porque las sumas que fijaba como topes no resultaban adecuadas debido al proceso inflacionario vivido por nuestro país y, en la práctica, muchas de sus prohibiciones habían caído en desuso, verbigracia las que se referían al monto de las deudas que podía contraer (no superiores a 500 pesos), o de los pagos que podía recibir (no mayores de 1.000 pesos).

Ya el Anteproyecto de 1954 proponía elevar esas cifras a \$ 5.000 y \$ 10.000 respectivamente¹³, y el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil aprobó una recomendación en el sentido de que las restricciones vigentes debían ser sustancialmente actualizadas¹⁴.

Otro aspecto que debemos señalar de la antigua norma es que enumeraba de manera taxativa las prohibiciones que hemos denominado relativas, es decir aquellas que podrán ser subsanadas pro medio de la autorización judicial¹⁵.

¹³. Anteproyecto de 1954, art. 82, inciso 3°.

¹⁴. "Tercer Congreso...", Actas, T. II, p. 770, Recomendación N° 3.

¹⁵. "Art. 135 (viejo). Tampoco podrán, sin expresa autorización del juez, y bajo pena de nulidad, vender o hipotecar bienes raíces, de cualquier valor que sean:

ni vender los fondos o rentas públicas que tuviesen, ni las acciones de compañías de comercio o de industria;

ni contraer deudas que pasen del valor de quinientos pesos;

La ley 17.711 ha reformado sustancialmente el artículo, que ha quedado redactado de la siguiente forma:

"Art. 135.- Los emancipados adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación sólo tendrán la administración. Para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de estos fuere mayor de edad".

Lo primero que advertimos al leer esta disposición es que se ha ampliado el ámbito de la capacidad del menor emancipado, casi hasta equipararlo con los mayores de edad, pues la única restricción de carácter relativo que subsiste es la prohibición de disponer de los bienes adquiridos a título gratuito, limitación que pueda ser salvada con la autorización del juez, o del otro esposo, si fuera mayor.

LLAMBÍAS¹⁶ critica duramente el artículo 135, diciendo que "se trata de uno de los preceptos más defectuosos de los contenidos en la ley 17.711". En especial muestra su desacuerdo por la amplitud de atribuciones que se conceden al emancipado, y considera que "hubiera sido más prudente no abandonar la enunciación de restricciones ¹⁷, actualizando las cifras, teniendo en cuenta también la dificultad que existe en distinguir entre los actos de disposición y los actos de administración.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina no ha parecido

ni hacer arrendamientos, como arrendadores o arrendatarios, por plazo que exceda de tres años;
ni recibir pagos que pasen de mil pesos;
ni hacer transacciones, ni sujetar un negocio a juicio arbitral;
ni estar en juicio en pleito civil."

¹⁶. Jorge Joaquín LLAMBÍAS, "Estudios de la reforma...", p. 47.

¹⁷. Autor y obra citados en nota anterior, p. 48.

advertir mayores inconvenientes en esta ampliación de la capacidad del menor emancipado; y respecto a la distinción entre los actos de administración y de disposición, que provoca -es verdad- algunas dificultades doctrinarias, procuraremos luego dar ciertas pautas generales que sirvan para guiarnos cuando procuremos determinar si el acto se encuentran en una u otra categoría.

Puede sí, objetarse que se supla la autorización judicial por la del otro cónyuge cuando se quiere disponer de un bien adquirido a título gratuito, solución que no nos parece conveniente ¹⁸.

Debe señalarse, además, que subsisten algunas prohibiciones de disponer consagradas en artículos especiales, que no han sido modificados por la ley 17.711 y que, por tanto, afectarían no sólo la disposición de bienes adquiridos a título gratuito, sino también la de bienes adquiridos con el producto de su trabajo: nos referimos a la prohibición de hacer transacciones, sin autorización judicial (artículo 841, inciso 7°), y la de ceder créditos a acciones de la deuda pública (artículo 1440).

El artículo 1360, en cambio, que prohíbe la venta de bienes raíces suyos, sólo puede referirse -en la actualidad- a los llamados bienes propios, que son los adquiridos a título gratuito, por donación herencia o legado.

Tratándose de bienes recibidos a título gratuito no podrá venderlos, darlos en usufructo, o constituir hipotecas, prendas o anticresis sobre ellos; es decir, no podrá constituir ningún derecho real, porque estos actos son de disposición. Tampoco podrá renunciar a sus derechos, y en especial al derecho de recibir una herencia, porque la renuncia también es un acto de disposición; pero cualquiera de estas prohibiciones

¹⁸. Conf. Néstor L. PORTAS, trabajo citado en nota 2, p. 102.

puede ser subsanada por la autorización judicial.

Consideramos que tampoco podrá novar obligaciones que se refieran a esos bienes¹⁹ porque la novación es un acto de disposición (arg. artículo 1881) ni dar en arrendamiento inmuebles por plazos muy largos, superiores a los seis años (artículo 1881).

Esta afirmación nos exige plantearnos el problema de los actos de disposición y de administración.

ORGAZ ²⁰, que trata perfectamente este asunto, nos dice que acto de administración sería aquel que tiende a un normal aprovechamiento de un patrimonio o de las cosas, de acuerdo con su naturaleza y su particular destino.

Al acto de administración no se le opone el acto de enajenación porque hay enajenaciones que, son verdaderos actos de administración. Por ejemplo: el que administra un establecimiento de agricultura o de ganadería, cuando vende el producto de la cosecha agrícola o las crías del ganado, cumple un acto de administración, aunque enajena. No hace un acto de disposición, sino un acto de administración, porque es normal de la administración el vender el producto de la cosecha o las crías del ganado.

En cambio, hay actos de disposición que no son enajenaciones. Supongamos el caso de un sujeto que es propietario de un campo dedicado a la agricultura. Si resuelve cambiar el destino de su predio, a fin de emplearlo en una explotación ganadera, ese cambio de destino es un acto de disposición, pese a que no es ninguna enajenación.

Acto de disposición es el que entraña enajenación de capitales, o bien el que, sin importar enajenación alguna,

¹⁹. En contra Néstor L. PORTAS, trabajo y lugar citados en nota anterior.

²⁰. Alfredo ORGAZ, "Personas individuales", § 16, N° 23, p. 304 y siguientes.

compromete gravemente el patrimonio o la cosa, de modo que no puede estimarse como un acto ordinario, sino extraordinario. En otras palabras, actos de disposición son los que alteran sustancialmente la naturaleza de las cosas que integran el patrimonio (enajenación, gravámenes, cambio de destino, etc.).

Nuestro maestro, Pedro LEÓN, con el objeto de suministrar un criterio práctico para determinar qué actos son de administración, y cuáles de disposición, dentro de nuestro sistema jurídico, decía que: "estamos frente a un acto de administración cuando no se necesita ni autorización judicial, ni poderes especiales"; y que los actos serán de disposición "cuando la ley dispone la necesidad de autorización judicial (para los representantes necesarios); o de poder especial (para los representantes voluntarios)", citando como ejemplo los enumerados en el artículo 1881, en sus 17 incisos.

En general los menores emancipados son capaces para todos los actos de administración, y también para disponer de los bienes adquiridos con el producto de sus trabajos, necesitando autorización judicial solamente para disponer de los bienes adquiridos a título gratuito.

Si volvemos al problema del arrendamiento, diremos que, por lo general es un acto de administración, pues tiene al normal aprovechamiento del patrimonio; pero los arrendamientos por plazos muy largos ya no son normales, y afectan gravemente el patrimonio, convirtiéndose en actos de disposición porque traen como consecuencia la indisponibilidad del bien por mucho tiempo.

En tal sentido, si estudiamos las diversas normas contenidas a lo largo del Código, debemos llegar forzosamente a la conclusión de que el arrendamiento, cuando excede ciertos plazos, constituye un acto de disposición. Solamente debemos lamentar que el legislador no se haya mostrado coherente, ya que estos plazos varían, según los casos, desde los cinco

hasta los ocho años; verbigracia, los tutores no pueden arrendar los bienes del menor por plazo mayor a los cinco años (artículo 443, inciso 10); el mandatario que administra bienes ajenos, necesitará poder especial para un arrendamiento de inmuebles que exceda de seis años (artículo 1881, inciso 10); el marido que administra bienes de su esposa no puede darlos en arrendamiento por más de ocho años, si son rurales, y por más de cinco si son urbanos (artículo 1278).

Considerando que el plazo de ocho años constituye una excepción, ya que sólo se aplica para los inmuebles rurales, y que los restantes plazos oscilan entre los cinco y seis años, nos inclinamos a aplicar por analogía el artículo 1881, y considerar que debe exigirse la autorización judicial cuando el plazo del arrendamiento excede de seis años.