

### CAPÍTULO III

#### BIENES SOBRE LOS CUALES SE EJERCE LA GESTIÓN

12. Objeto de la gestión
13. Bienes heredados por los hijos a causa de la indignidad o desheredación de los padres
14. Bienes heredados, donados o legados al hijo con la condición excluyente de la gestión de los padres
15. Bienes adquiridos con el trabajo del menor

## **Capítulo III**

### **BIENES SOBRE LOS CUALES SE EJERCE LA GESTION**

**SUMARIO:** 12. Objeto de la gestión. 13. Bienes heredados por los hijos a causa de la indignidad o desheredación de los padres. 13.1. Antecedentes. 13.2. Interpretación. 13.3. Derecho positivo extranjero. 14. Bienes heredados, donados o legados al hijo con la condición excluyente de la gestión de los padres. 14.1. Antecedentes. 14.2. Interpretación. 14.3. Derecho positivo extranjero. 15. Bienes adquiridos con el trabajo del menor. 15.1. Régimen del Código Civil. 15.2. Régimen posterior a la ley 17.711. 15.3. Régimen vigente. 15.4. Antecedentes. 15.5. Interpretación. 15.6. Opinión de la autora. 15.7. Apreciación crítica. 15.8. Derecho proyectado. 15.9. Derecho positivo extranjero.

## *12. Objeto de la gestión*

La gestión de los padres abarca todos los bienes de sus hijos, excepto: 1º) los que éstos “hereden con motivo de la indignidad o desheredación de sus padres; 2º) Los adquiridos por herencia, legado o donación cuando hubieren sido donados o dejados por testamento bajo la condición de que los padres no los administren” (art. 293).

Lógicamente, están incluidos en las excepciones los bienes subrogados a aquellos de cuya administración están privados los padres.

Las expresiones “administradores” y “administración” empleadas en el texto del artículo 293 aluden a la gestión de los bienes comprensiva de la celebración de actos de administración y de disposición, por axiomática hermenéutica. Emplearemos el sustantivo “administración” y sus derivados con tal alcance.

## *13. Bienes heredados por los hijos a causa de la indignidad o desheredación de los padres*

13.1. *Antecedentes.* La exclusión de la gestión paterno-materna, de los bienes que los hijos reciben cuando heredan al ascendiente en representación del padre o madre indignos o desheredados, fue unificada con la redacción de la ley 17.711. En efecto, el artículo 3301 del Código de Vélez excluía al indigno del usufructo de tales bienes, sin mencionar su administración. En la ley de 1968, además de disponerse que los hijos del indigno vienen a la sucesión por derecho

de representación, se enumeran los derechos que el padre no puede reclamar sobre los bienes recibidos por el representante: el usufructo y la administración.

El artículo 3749 fue también reemplazado en 1968 pero sin modificación en este aspecto: tanto la fórmula de Vélez Sársfield como la de la ley 17.711, vigente, excluyen al desheredado de la administración y el usufructo de los bienes heredados por el representante.

El antecedente del trámite legislativo se concreta en el proyecto de Belluscio, en su propuesta para el artículo 293, inciso 2º y en el proyecto elevado por el Poder Ejecutivo con igual numeración, inciso 1º. No se encuentra en ninguno de los otros proyectos que, cuando consideran expresamente la administración de los bienes, se limitan a fijar la regla general sustituyendo el sujeto singular (“el padre”) del artículo 293 del Código, por “los padres” (Menem-Sánchez, Guzmán) o por “el padre y la madre” (Gómez Miranda, Pedrini, Ruitort de Flores y otros), aunque queda sobreentendida la no derogación o sustitución de los artículos 3301 y 3749. El texto considerado figuró en las redacciones con media sanción tanto del Senado como de la Cámara de Diputados.

13.2. *Interpretación*. La ley 23.264, coherente con el sistema implantado de patria potestad y correlativa gestión conjunta, usa en toda la norma el sustantivo plural “padres”.

Es innecesario aclarar que el empleo de este vocablo no significa que ambos progenitores deban encontrarse en situación de indignos o desheredados para que el precepto sea aplicado ni que la indignidad o desheredación de uno repercuta sobre el otro<sup>39</sup>. Sólo el padre o la madre indigno o desheredado pierde la administración y el usufructo

<sup>39</sup> De acuerdo BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 293, parágr. 1. En igual sentido: DI CASTELNUOVO, G. R., LLORENS, L. R., SOLARI DEL VALLE, Claudio A., *Nuevo régimen de filiación y patria potestad (ley 23.264)*, en Revista Notarial (La Plata) N° 885, p. 203 y ss., com. al art. 293.

y, por cierto, ambos en la difícil pero no inimaginable hipótesis de que los dos sean indignos o desheredados con respecto a un único causante (por ejemplo, herederos instituidos en un testamento que incurrieran en causales de indignidad o progenitores primos hermanos entre sí desheredados por el abuelo común). Existiendo un progenitor en condiciones de administrar y disponer los bienes, a él corresponde hacerlo; si padre y madre son excluidos, se designará tutor especial.

El principal fundamento de la exclusión es ajeno a los intereses del hijo ya que responde a la efectividad de la sanción aplicada al indigno o desheredado, que disminuiría en sus proyecciones si obtuviera beneficios indirectos de los bienes que no recibe por vía hereditaria. Si bien este razonamiento hace al usufructo, también de la gestión pueden derivar ventajas para el administrador y es de temer que no la efectúe con la mayor eficiencia posible careciendo del incentivo del usufructo. Mazzinghi, por el contrario, encuentra reparos en la solución legal porque comporta liberar al indigno o desheredado de un deber legal y puede causar gastos que perjudiquen al menor<sup>40</sup>.

La técnica de la ley 23.264 es correcta, no debiendo apreciarse que incurre en repeticiones superfluas porque el artículo 293 *prima facie* repite lo ya previsto en los artículos 3301 y 3749: se trata de una sistematización conveniente que brinda mayor precisión al objeto de la gestión paterno-materna y, sobre todo, tiene una comprensión mayor pues se aplica aunque los hijos del indigno reciban la herencia sin que proceda el derecho de representación. La importante observación ha sido formulada por López Fuster y Pitrau ilustrándola con un ejemplo que es interesante transcribir: “Si nos imagináramos a un padre declarado indigno de suceder a uno de sus hijos (o desheredado por éste, podría agregarse), ante el fallecimiento de este último y en ausencia de otros sucesibles de llamamiento forzoso con

<sup>40</sup> MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, Nº 634.

derecho sobre el acervo, los bienes corresponderían a los hermanos del causante. En este caso, si bien los herederos tendrían derechos como consecuencia de la falla en la vocación del ascendiente, no es menos cierto que concurrirían por derecho propio, quedando excluidos de las previsiones de los artículos 3749 y 3301, lo cual es subsanado por la reforma del artículo 293 en su inc. 1º<sup>41</sup>. Efectivamente, el texto introducido por la ley 23.264 no hace hincapié en el derecho de representación y juega perfectamente en el supuesto exemplificado.

Está tácitamente admitido que el testador desherede a su sucesor legítimario y mantenga en él la administración de los bienes que por esa razón recibirá el hijo menor del desheredado. Desheredar es una facultad del testador de la que puede hacer uso o no e incluso que, efectuada, puede quedar sin efecto por la reconciliación (art. 3750). Nada obsta a que restrinja las consecuencias de la desheredación suprimiendo uno de sus contenidos que es secundario con respecto al principal consistente en la privación de la legítima<sup>42</sup>, pero ha de disponerlo así expresamente.

No está previsto que el testador designe administrador ni para el caso de que el desheredado fuera el único progenitor en ejercicio de la administración: la solución legal se encauza por la designación de tutor especial, por razonable interpretación extensiva del artículo 303 y lo establecido en el artículo 397, inciso 3º.

13.3. *Derecho positivo extranjero*. En el Código Civil español, redacción de la ley de 1981, están exceptuados de la administración de los padres, los bienes “adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especial-

41 LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, III, E.

42 DE PRADA GONZALEZ, José María, *La patria potestad en la reforma del Código Civil*, en *El nuevo derecho de familia español*, Madrid, 1982, p. 140.

mente nombrado” (art. 164, 2º). Obsérvese el orden fijado en la norma: el administrador designado por el testador se antepone al otro progenitor del menor.

La excepción es general en derecho extranjero llamando la atención el número de legislaciones en que no se dispone al regular la patria potestad, por ejemplo, los Códigos Civiles venezolano, peruano e italiano. Puede entenderse que está involucrada en el inciso 3º del artículo 274 del Código boliviano de familia, porque excluye de la administración de los padres a “los bienes dejados o donados al hijo, en defecto del padre o de la madre” que, como todos los que se encuentran en esa situación, “se administrarán por el curador que se nombre, salvo que al hacerse la atribución de ellos se designe un administrador, o por el hijo, si ha cumplido los 18 años, caso en el cual tendrá las mismas atribuciones que un emancipado” (parágr. final del artículo citado). Pero aunque no expresamente en los títulos dedicados a la autoridad de los padres, la excepción aparece en materia sucesoria, por ejemplo, por indignidad, extendida al usufructo, en el artículo 465 del Código Civil italiano (en el cual no se prevé la desheredación hereditaria); con respecto solamente a la administración de los bienes en el artículo 813 del Código Civil de Venezuela (donde tampoco se encuentran disposiciones sobre desheredación); por separado, para la indignidad extendida al usufructo, en el artículo 670 del Código Civil peruano y, con los mismos alcances, para la desheredación en el artículo 755.

#### *14. Bienes heredados, donados o legados al hijo con la condición excluyente de la gestión de los padres*

14.1. *Antecedentes.* El segundo inciso del artículo 293 reproduce la idea expresada en el artículo 294 original del Código Civil, agregando la referencia a la herencia condicionada y reemplazando “padre” por “padres”. Fue propuesto en los proyectos de Guzmán, de

Belluscio y del Poder Ejecutivo, siendo la redacción de los dos últimos idéntica a la de la ley vigente. Figuró en las dos leyes con media sanción anteriores a la sanción definitiva de la ley 23.264.

14.2. *Interpretación*. La similitud casi total del vigente inciso 2º del artículo 293 con el derecho anterior, permite beneficiarse con la doctrina y jurisprudencia elaboradas para éste.

Los supuestos contenidos, en principio, son tres: la institución hereditaria, el legado y la donación, siempre a favor de alguien que al hacerse efectivo el llamamiento hereditario o la liberalidad, será todavía un menor. La cualidad común a los tres supuestos es la condición impuesta por el testador o donante consistente en que los padres del heredero, legatario, donatario, no administren los bienes heredados, legados o donados. La condición puede, obviamente, limitarse a excluir a uno solo de los progenitores, en cuyo caso la gestión corresponderá al otro (interpretación extensiva del art. 303) o, si éste no se encuentra en ejercicio de la administración, a un tutor a designar al efecto (ídem y art. 397, inciso 3º).

El fundamento, unánimemente admitido, reside en evitar que el autor de la liberalidad se abstenga de disponerla si no puede someter los bienes a una gestión distinta de la que corresponde por ley, ante la suposición de que el testador o donante está al tanto de circunstancias que lo conducen a preferir otra administración en el interés exclusivo del hijo. Para un texto semejante del Código Civil español, Diez Picazo y Ponce de León sostienen que “esta *lex privata* de exclusión de la administración debe encontrarse fundada en una causa razonable y justa (corresponderá la demostración de que no existió a quien la impugne)”<sup>43</sup>. En derecho argentino, es evidente que dejar de lado al administrador o administradores legales sin motivos serios,

<sup>43</sup> DIEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *La reforma del Código Civil en materia de patria potestad*, en *La reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, p. 306.

configuraría un definido abuso del derecho en los términos del artículo 1071: el ejercicio de una facultad contrariando los fines que la ley tuvo en mira al reconocerla.

La condición ha de estar expresamente consignada, lo que no significa que se exija una fórmula especial. Se ha resuelto que no sería suficiente con que se atribuyera la gestión a una persona distinta de los padres<sup>44</sup>, esto es, que se impusiera la condición en forma tácita. Tampoco es admisible que se pretendiera modificar el régimen de administración y disposición a cargo del otro progenitor o de un tutor especial: será exclusivamente el que la ley organiza<sup>45</sup>.

La controversia sobre si la privación de la administración puede imponerse cuando el testador lo hace con respecto a bienes incluidos en la legítima del menor, debe resolverse en sentido negativo, predominante en la doctrina nacional<sup>46</sup>. Quiere decir que el abuelo no es hábil para privar a su yerno o nuera de la gestión de los bienes que el nieto recibirá representando a su progenitor premuerto, hija o hijo del testador. La argumentación esgrimida antes de la ley 23.264 conserva su razonabilidad: el artículo 293 inciso 2º, se refiere a disposiciones testamentarias ajenas a la legítima de los herederos forzosos, el derecho a ésta es independiente de la voluntad del causante y, principalmente, la norma del artículo 3598 prohíbe cualquier condicionamiento de la legítima agregando que, de darse, se tendrá por no escrito. Borda aclara que la condición de no administrar los padres, puede ser impuesta con respecto a la porción de la herencia que exceda la legítima<sup>47</sup>. En efecto, a través de la mejora (art. 3605), el inciso 2º

44 BUSSO, *op. cit. loc. cit.*, com. al art. 294, N° 5 y jurisprudencia que cita.

45 Confr. ídem Nros. 11, 12 y 13.

46 Ver BORDA, *op. y loc. cit.*, N° 886 y sus referencias; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 634; ZANNONI, *op. cit.*, T. II, parágr. 1017; BUSSO recién cit., N° 10; MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las Sucesiones*, Buenos Aires, 1982, T. II, N° 846; LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, III, E *in fine*; BELLUSCIO, *Manual cit.*, 4a. ed., T. II, N° 547. CNCiv. Sala B, 13 de julio de 1953, en JA 1954-I, 360.

47 BORDA, *op. y loc. cit.*, p. 138.

del artículo 293 tiene un rol que cumplir dentro de la sucesión forzosa.

Cabe interrogarse asimismo sobre si uno de los progenitores podría excluir al otro de la gestión, por ejemplo, en las donaciones que hiciera a favor de su hijo o mejorándolo en su testamento. Nos inclinamos por sostener que el sentido del inciso 2º del artículo 293 rehusa esta interpretación: los padres son contemplados en el mismo en función distinta de la de testador o donante. Una aplicación de tal trascendencia tendría que fundarse en texto expreso, que no existe.

Otro supuesto imaginable es, finalmente, el de la sucesión *ab intestato* no legitimaria, por ejemplo, la hipótesis de un sobrino que hereda al tío en representación del padre premuerto si el causante quiere privar de la administración a la madre del heredero. No hay obstáculo en que así sea, en forma testamentaria, y probablemente al otorgar testamento se recurrirá a la institución hereditaria condicionada.

**14.3. Derecho positivo extranjero.** La exclusión de la gestión paterno-materna por disposición del autor de liberalidades a favor del menor es general en el derecho positivo aunque se registran importantes excepciones como las de Italia y Francia. El BGB la establece en el parágr. 1638, apartado 1 y el Código Civil peruano en el artículo 425. El Código de Familia de Costa Rica exceptúa de la administración parental los bienes heredados, legados o donados al hijo, si se dispone así por el testador o el donante, de un modo expreso o implícito (art. 132). El código de Venezuela prevé un caso especial en el inciso 2º del artículo 272, que excluye a los bienes recibidos en herencia, donación o legado, aceptados en el interés del menor contra la voluntad del padre y la madre que ejerzan la patria potestad y, si hubo desacuerdo entre ellos, dispone que la administración sea asumida por el que quiso aceptarlos. En el inciso 3º del artículo 274 del Código de Familia de Bolivia se excluyen los bienes dejados o donados al hijo en defecto del padre o de la madre y los que han sido aceptados en contra de la voluntad de ellos. El artículo 84 del Código

del Menor paraguayo de 1981, excluye los bienes donados o dejados a los hijos en testamento con la condición comentada.

El caso de la restricción a la legítima está especialmente previsto en los Códigos venezolano y de Familia de Bolivia, recién citados. El mismo artículo recordado de aquél, en el inciso 1º, establece la exclusión de la administración paterna de los bienes heredados, legados o donados al hijo con la condición de que lo padres no los administren “pero esa condición no podrá imponerse a los bienes que vengan al hijo por título de legítima”. En el boliviano se excluyen los bienes dejados o donados al hijo con la determinación de que no sean administrados por los padres “pero esta determinación no tiene efectos si se trata de bienes que constituyan la legítima” (art. 274, inciso 2º).

El artículo 164 del Código Civil español, inciso 1º, exceptúa de la gestión paterna, “los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá, agrega, estrictamente la voluntad de éste sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos”. La doctrina se ha planteado el interrogante de la modalidad impresa en el caso de la legítima, cuestión que parecía de más fácil solución antes de la ley de 1981. “Parece que respecto de estos últimos bienes no cabía, antes, privar al padre de la patria potestad, ya que los hijos debían recibirlos sin gravamen ni condición de ninguna especie (art. 813, parágr. 2º) y la patria potestad era un derecho inderogable concedido directamente por la ley a los padres... ¿Es mantenible esta tesis después de la reforma?”, se pregunta de Prada González, y responde opinando que no “y que, por tanto, el disponente, incluso en el supuesto de que el hijo sea legítimario, puede excluir a los padres de la administración”. Los razonamientos en que basa su conclusión son importantes: “Es verdad que no han variado las normas sobre gravamen de legítima, pero lo cierto es que el establecimiento de una administración ajena más que un gravamen sobre la legítima del hijo lo que implica es una limitación de los derechos de la patria potestad del padre, cuya regulación hoy se ha flexibilizado, y en la que, en cierto grado, se ha introduci-

do la autonomía de la voluntad, razón por la cual no resulta aventurado aceptar que al no establecer el precepto restricciones sea posible la exclusión que permite incluso respecto a los bienes recibidos en pago de legítimas”<sup>48</sup>. No creemos que las observaciones formuladas sean extensibles al caso argentino: la administración de los padres tiene ciertos márgenes de disponibilidad pero la elección de administrador depende del acuerdo de los progenitores o de la resolución judicial, nunca de terceros. Por otra parte, la privación de la gestión parental es una condición impuesta a la legítima misma, aunque afecte directamente a los padres y no al legitimario y no se comprende cómo justificar que se restrinja un derecho que corresponde por ley y que ésta sustrae a la voluntad del causante.

### *15. Bienes adquiridos con el trabajo del menor*

El artículo 293 no excluye de la gestión paterno-materna, los bienes adquiridos con el trabajo del hijo. La cuestión es de particular importancia y requiere, incluso, el análisis de la legislación vigente en tres distintos períodos, a saber, el de vigencia de las normas originales del Código Civil, el posterior a la ley 17.711 y el actual.

*15.1. Régimen del Código Civil.* Los textos orginales del Código Civil implicados en la cuestión son: el 293 (“El padre es el administrador legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aun de aquellos bienes de que no tenga el usufructo”), el 287, inciso 1º y 2º (“El padre y la madre tienen el usufructo de todos los bienes de sus hijos legítimos que estén bajo la patria potestad, con excepción de los siguientes: 1º) De los bienes que los hijos adquieran por sus servicios civiles, militares o eclesiásticos. 2º) De los que adquieran por su trabajo o industria, aunque vivan en casa de sus padres”), 283 (“Se presume que los hijos de familia adultos, si ejercieren algún empleo público, o alguna profesión o industria, están autorizados por sus

<sup>48</sup> DE PRADA GONZALEZ, *op. cit.*, p. 138.

padres para todos los actos o contratos concernientes al empleo público o a su profesión o industria. Las obligaciones que de estos actos nacieran, recaerán únicamente sobre los bienes, cuya administración y usufructo, o sólo el usufructo, no tuviese el padre") y 1807, inciso 7º ("No pueden hacer donaciones:... inciso 7º] Los hijos de familia, sin licencia de los padres. Pueden sin embargo, hacer donaciones de lo que adquieran por el ejercicio de alguna profesión o industria"). Considérese también el artículo 275: "Los hijos no pueden... ejercer oficio, profesión o industria separada, sin licencia o autorización de los padres". Las interpretaciones doctrinarias no fueron coincidentes: Machado sostuvo que el padre administraba todos los bienes adquiridos por su hijo mediante el trabajo personal, excepto los mencionados en el primer inciso del artículo 287. "Esto se llamaba, explica, en la antigua legislación *peculio castrense* y *cuasi castrense*, y comprendía los bienes adquiridos en la profesión de las armas, o de servicios eclesiásticos o empleos públicos. Cada uno de estos estados exige una especie de emancipación, porque no se comprendería la continuación de la patria potestad bajo el servicio militar, p.e., en lo que se relaciona con ese oficio, sin embargo, para todos los demás actos de la vida civil está sujeto a ella. Lo mismo sucederá con relación al empleo público que desempeñe". Refiriéndose al artículo 1807, inciso 7º, admitió la capacidad de los menores para donar bienes adquiridos con su trabajo con tal que fueran púberes y hubieran sido autorizados por sus padres para ejercer alguna industria pues "en general, los padres se encargan de administrar y guardar lo que ganaren sus hijos, dándoles lo necesario para sus gastos menores"<sup>49</sup>. Para Llerena, los bienes excluidos del usufructo no estaban bajo la administración paterna, según dedujo del artículo 283 "que da a entender que esos

<sup>49</sup> MACHADO, José Olegario, *Explicación y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1922, T. I, com. al art. 293, p. 527; nota al artículo 287, p. 539/540; T.V, com. al art. 1807, p. 49/50. Sobre estos antecedentes históricos: PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, 1970, T. IV, p.232 y ss. y CASTAN VAZQUEZ, op. y loc. cit.

bienes sobre los cuales de antemano está autorizado el hijo para tratar, están bajo la exclusiva dependencia de éste”<sup>50</sup>. Según Lafaille, el padre administraba todos los bienes del hijo, aun aquellos de cuyo usufructo no gozaba, en una interpretación textual del artículo 293. “La privación del usufructo, concluyó, no induce la del derecho de administrar”<sup>51</sup>. En Busso, la regla era la misma pero excluyendo de la gestión paterna a los bienes contemplados en el inciso 2º del artículo 287, con tal de que se encontraran afectados a ese trabajo o actividad profesional, basándose en el argumento del artículo 283<sup>52</sup>.

15.2. *Régimen posterior a la ley 17.711.* La ley 17.711 incorporó al Código Civil una redacción distinta del artículo 128, de máxima importancia. En los párrafos segundo y tercero del mismo dispone: “Desde los dieciocho 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. El menor que hubiere obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión podrá ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. En los dos supuestos precedentes, el menor puede administrar y disponer libremente los bienes que adquiere con el producto de su trabajo y estar en juicio civil o penal por acciones vinculadas a ellos”. Ninguno de los cuatro textos reproducidos en el número anterior, *ab initio*, fue modificado o sustituido por la ley de 1968. Deben tenerse en consideración asimismo, los artículos 32 y 34 de la ley 20.744 no alterados por la ley 21.297, del siguiente tenor: “Art. 32. Los menores desde los dieciocho años... pueden celebrar contrato de trabajo. Los mayores de catorce años y menores de dieciocho, que con conocimiento de sus padres o tutores vivan independientemente de ellos, gozan de la misma capacidad. Los menores a que se refiere el párrafo anterior que ejercieren cualquier

<sup>50</sup> LLERENA, Baldomero, *Concordancias y comentarios del Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1887, T. I, com. al art. 293.

<sup>51</sup> LAFAILLE, Héctor, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, 1930, N° 603.

<sup>52</sup> BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 293, N° 18.

tipo de actividad en relación de dependencia, se presumen suficientemente autorizados por sus padres o representantes legales, para todos los actos concernientes al mismo”; “Art. 34. Los menores desde los dieciocho años de edad tienen la libre administración y disposición del producido del trabajo que ejecuten, regidos por esta ley, y de los bienes de cualquier tipo que adquieran con ello, estando a tal fin habilitados para el otorgamiento de todos los actos que se requieran para la adquisición, modificación o trasmisión de derechos sobre los mismos”.

Dejando de lado el tema de la capacidad para la celebración del contrato de trabajo (arrehaciada por el artículo 32 de la ley 20.744 con respecto al artículo 128 del Código Civil en cuanto a la supresión de la calificación de “honesta” de la tarea a asumir por el menor)<sup>52-1</sup> y también la cuestión de la capacidad procesal, circunscribimos nuestras referencias a la gestión del peculio del menor y de los bienes subrogados. La hipótesis relativa a su trabajo en relación de dependencia apareció más clara que la que consideraba su ejercicio profesional, pues ésta requirió dilucidar si cubría solamente el ejercicio por cuenta propia y, sobre todo, si bastaba con la obtención del título habilitante o si debía satisfacerse también el requisito de la edad de dieciocho años.

Objeto de importantes estudios, puede afirmarse que la cuestión se resolvió por amplia mayoría en el sentido de excluir de la gestión paterna, por corresponder al hijo, el peculio de éste y los bienes adquiridos con el mismo, ya sea cuando el menor *mayor de dieciocho* años contrataba su trabajo como cuando el menor a *cualquier edad* ejercía la profesión para la que contaba con título habilitante, ya sea por cuenta propia o en relación de dependencia. Kemelmajer de Carlucci concluía en que el artículo 128 del Código Civil previó dos supuestos: el del menor que trabajaba que debía contar con la edad

52-1 Ver ALTAMIRA GIGENA, Raúl E., com. al art. 32, parágr. 2, en la obra de varios autores *Ley de Contrato de Trabajo*, Buenos Aires, 1986, T. I.

mínima de dieciocho años y prestar su actividad en forma subordinada, y el del menor que ejercía profesión, a quien le bastaban los catorce años, ya sea que la ejercitara por cuenta propia o en relación de dependencia<sup>53</sup>. El Instituto Argentino de Cultura Notarial, coordinando más de un dictamen emanado del mismo, se pronunció por que no era necesario que el menor profesional hubiera cumplido dieciocho años para que le fuera aplicable la ampliación de capacidad consistente en administrar y disponer libremente lo que obtuviera con su trabajo<sup>54</sup>. Es esta la tesis sustentada por Llambías, expresando claramente que la capacidad *laboral* se adquiría a los dieciocho años mientras que la capacidad *profesional* se adquiría independientemente de la edad y mediante la obtención de título habilitante<sup>55</sup>.

53 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La capacidad civil del menor que trabaja. Trabajador subordinado y menor profesional*, Buenos Aires, 1975, Cap. IV y, en especial, Cap. I y II sus referencias.

54 INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL, *Dictámenes*, en Revista del Notariado 707, 1260; 710, 479 (indirectamente).

55 LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 11a. ed., Buenos Aires, 1984, T. I, Nº 650 bis. Están de acuerdo en cuanto a la no exigencia de 18 años al menor profesional: LORENZO DE FERRANDO, María Rosa, *La capacidad de los menores en la Ley de Contrato de Trabajo*, en JA 29-1975, 553 y ss.; BELLUSCIO, Augusto César y ZANNONI, Eduardo A., *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, T. I, Buenos Aires, com. al artículo 128, II; RAFFO BENEGAS, Patricio y SASSOT, Alejandro, *Capacidad de los menores para trabajar y ejercer profesiones*, en JA Doctrina 1969, 554 y ss.; MOLINARIO, Alberto D., *La capacidad de los menores de edad que ejercen profesión*, en JA Doctrina 1972, 667 y ss.; PORTAS, Néstor, *Régimen general de capacidad*, en *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, La Plata, 1971, VI, p. 243; SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Buenos Aires, 1974, Vol. II, Nº 323; ORELLE, José M. R., *Compra de inmuebles por y para terceros*, Buenos Aires, 1977, parágr. 68.

Por el contrario, entienden que se requerían 18 años aun al menor profesional: SMITH, Juan Carlos, *Consideraciones sobre la reforma del Código Civil*, en LL 130, 1016; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *El nuevo régimen de las incapacidades según la reciente reforma del Código Civil*, en LL 130, 1046; RICHARD, Efraín Hugo, *Notas en torno a la capacidad de los menores de edad y, en especial, en cuanto a su actividad comercial*, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Año 2, Nº 10, agosto de 1969, p. 393 y ss. ("Se trata de los mayores de 18 años, que sin necesidad del consentimiento o autorización de su representante, pueden celebrar contrato de empleo o ejercer profesión a la que lo habilita un título obtenido": p. 339) y CAMARA, Héctor, *Capacidad de incompatibilidad de las personas individuales para integrar sociedades mercantiles*, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 19, Nº 110, abril de 1986, Nº 3.3.2 (y sólo por cuenta propia, es decir, no podría constituir sociedades con terceros).

Además de considerar las disposiciones del artículo 128 del Código, dentro de la temática aquí analizada, fue enfocada también la interpretación del inciso 7º del artículo 1807. Borda, que estimaba exigible la edad de dieciocho años solamente para el menor que trabajaba en relación de dependencia y no para el menor con título habilitante que se desempeñaba por cuenta propia, sostuvo que luego de la ley 17.711, la aptitud para donar los bienes que el menor adquiría con su trabajo debía considerarse limitada a los que habían cumplido los dieciocho años<sup>56</sup>. Mazzinghi compartió esta opinión y especificó que correspondía “interpretar restrictivamente una excepción tan importante al régimen de la incapacidad aplicando la norma más rigurosa, que era la del artículo 128”<sup>57</sup>. Belluscio también distinguió entre los dieciocho años exigibles al menor que contrataba su trabajo y la cualquier edad exigible al menor profesional, pero sosteniendo que si trabajaba antes de los dieciocho años, conforme al artículo 1807, inciso 7º, podía donar lo adquirido con el ejercicio de su profesión o industria, de lo que se desprendía que también podía disponer a título oneroso de lo así obtenido<sup>58</sup>.

Análoga fue la interpretación de D’Antonio, que encontró una solución indirecta al vacío legislativo sobre el menor que no había llegado a los dieciocho años y trabajaba, en esta norma sobre donaciones, señalando que en su consecuencia, ese menor poseía igualmente capacidad de administración y disposición de los bienes adquiridos con su trabajo<sup>59</sup>.

**15.3. Régimen vigente.** Los bienes adquiridos por el menor con su trabajo o ejercicio profesional, no figuran entre los excluidos de la

<sup>56</sup> BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil argentino. Parte general* (Buenos Aires, 1977), T. I, Nº 490 a 493; *Familia* cit., Nº 855, b).

<sup>57</sup> MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, Nº 634.

<sup>58</sup> BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 3a. ed. cit., Nº 542, 54), p. 275, 276; ver infra, nota Nº 61 y texto. BELLUSCIO *Manual* cit., 4a. ed., *loc. cit.*, Nº 547.

<sup>59</sup> D’ANTONIO, *Patria potestad* cit., p. 127 y ss.

gestión paterna según el artículo 293, pero sí entre los exceptuados del usufructo paterno (art. 287, inciso 1º). El artículo 283 es sustancialmente igual al que llevaba su numeración en el Código Civil original y en su segundo párrafo, son ambos absolutamente idénticos. El artículo 1807 de aquél continúa vigente en todos sus contenidos. El artículo 275 reza en su redacción de la ley 23.264, segundo párrafo: “Tampoco pueden (los hijos menores), antes de haber cumplido dieciocho años de edad, ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar sus personas de otra manera sin autorización de sus padres”. Los preceptos de la Ley de Contrato de Trabajo permanecen inalterados.

**15.4. Antecedentes.** El antecedente inmediato del actual artículo 293 es el proyecto Belluscio como se ha indicado, y en éste figura un primer inciso que completa las excepciones a la gestión paterna previstas en los incisos 2º y 3º, éstos sí reproducidos en la redacción de la ley 23.264. Dice aquel inciso: “1º) De los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesión o industria”. Aclara el autor que propone “concordar el artículo con el referente a la exclusión de usufructo de los padres, uniformando las soluciones”. Figuró así en el proyecto originariamente sancionado por el Senado pero no en el que obtuvo media sanción de Diputados, imponiéndose ésta finalmente.

**15.5. Interpretación.** Los bienes adquiridos por los menores con su trabajo personal no están exceptuados expresamente de la gestión paterna. Este silencio observado en lo que pudo ser un inciso más del artículo 293, comporta que tales bienes deben ser administrados y dispuestos por los padres en ejercicio de la patria potestad? Una respuesta de este tipo comportaría la derogación tácita del artículo 128, al menos en su último párrafo.

Entendemos que no se presentan aquí los requisitos que permiten fundar tal derogación tácita: si bien la materia es la misma, no hay incompatibilidad de contenidos simplemente porque no hay dos contenidos, sino un silencio opuesto a un contenido anterior. El ar-

título 128 conserva su ámbito de aplicación no afectado, más bien, corresponde interpretar que constituye un complemento de lo dispuesto en el artículo 293.

Pero la ley 23.264 influye sobre el citado texto del Código Civil según la ley 17.711, por la proyección del texto del artículo 275, en cuanto éste fija la edad de dieciocho años para ejercer profesión, sin autorización de los padres. Esto significa que ha quedado desplazada la interpretación anteriormente expuesta, con casi total coincidencia de opinión doctrinaria, que admitía el ejercicio profesional libre de los menores cualquiera fuera su edad si contaban con título habilitante, con la consiguiente ampliación de su capacidad para administrar y disponer lo adquirido con su actuación. Según la legislación de 1985, recién a los dieciocho años el menor con título profesional habilitante puede ejercer su profesión sin autorización, por lo tanto, también administrar y disponer su peculio y los bienes subrogados. Este texto es posterior en el tiempo al artículo 128.

En cuanto a la disposición del artículo 1807, inciso 7º, la correcta hermenéutica que le otorga eficacia recién después de los dieciocho años, aparece ahora confirmada con la norma del citado artículo 275, al quedar unificada en esa edad la ampliación de capacidad del menor.

López Fuster y Pitrau sostienen que “siendo el artículo 293 taxativo, no figurando en sus incisos lo relacionado con el peculio del hijo y no habiendo derogado la ley 17.711 en forma expresa el artículo 1807, inciso 7º, esta última norma es de aplicación —únicamente— a los casos de menores que han alcanzado los dieciocho años de edad”. Con respecto a todos los bienes adquiridos por los hijos de edad inferior (a los dieciocho), con el producto de su esfuerzo personal, sostienen que son administrados por sus padres, invocando como argumento corroborante lo dispuesto en el artículo 283, según el cual las obligaciones contraídas por los menores en los actos o contratos concernientes al empleo, profesión o industria que ejercen, recaen sobre los bienes cuya administración y usufructo o sólo el usufructo

no tuvieran los padres, de donde deducen la diferenciación que la ley efectúa entre los bienes de cuya administración y usufructo están privados los padres (textos coincidentes de los artículos 293 y 287) de aquellos que los padres administran pero careciendo del usufructo (esto es, los incluidos en el artículo 287 pero no en el artículo 293)<sup>60</sup>.

Belluscio reproduce, después de la ley 23.264, lo fundamental de su comentario del artículo 128 posterior a la ley 17.711, es decir, explica que el menor de más de dieciocho años que trabaja y aun el que sin haber llegado a esa edad ejerce una profesión para la que ha obtenido título habilitante, es apto para administrar y disponer libremente los bienes adquiridos con el producto de su ocupación, los que están, por consiguiente, excluidos de la administración de los padres. En cuanto a los bienes adquiridos con el producto de su trabajo por el que no tiene aquella edad, entiende que no están excluidos de la gestión de los padres, señalando la incoherencia de un sistema que permite donar bienes determinados y, por lo tanto, disponer de ellos a título oneroso, y que no autoriza a administrarlos<sup>61</sup>.

Por el contrario, D'Antonio se mantiene en su amplia interpretación anterior. Sostiene que "los ingresos del menor que ha cumplido dieciocho años quedan excluidos de la administración paterna por corresponder la misma al menor (art. 128 del Código Civil); e igual consecuencia se produce respecto de los menores que no han cumplido dicha edad, conforme a lo establecido en el artículo 1807, inciso 7º del Código Civil, que autoriza al menor a donar tales bienes, y a lo dispuesto en el artículo 287 del mismo Código, que en su actual redacción y por su inciso 1º, excluye a los padres del usufructo sobre los mismos"<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, III, F.

<sup>61</sup> BELLUSCIO, *Manual* cit., 4a. ed., *loc. cit.*, N° 547; GOWLAND se pronuncia por la administración de los padres en cuanto a los bienes adquiridos por el hijo que no tiene 18 años: *op. cit.* VII, 4, c).

<sup>62</sup> D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., com. al art. 293, 2. Solución análoga de DI CASTELNUOVO, LLORENS y SOLARI, *op. y loc. cit.*

*15.6. Opinión de la autora.* En nuestra opinión, están excluidos de la gestión paterna el peculio y los bienes subrogados adquiridos por los menores que han cumplido dieciocho años, ya sea que trabajen en relación de dependencia o hayan obtenido título habilitante que ejercen por cuenta propia o también en relación de dependencia (art. 128 del Código Civil interpretado en el contexto de la legislación vigente). Por lo tanto, recién a esa edad son hábiles para donar dichos bienes (art. 1807, inciso 7º, en idéntica interpretación) y antes de la misma, carecen de capacidad para administrar y disponer el mencionado peculio y los bienes subrogados, cuya administración y disposición corresponde a los padres.

*15.7. Apreciación crítica.* Es razonable atribuir a los padres la gestión de los bienes adquiridos por los hijos antes de los dieciocho años, aunque provengan de su trabajo personal, siendo suficiente protección la que deriva del régimen a que está sometida la gestión paterno-materna y de la carencia de usufructo. En la generalidad de los casos, la actuación de los progenitores será más provechosa que la que puede brindar el mismo menor sobre beneficios a veces sumamente cuantiosos. Tampoco la elevación de la edad de los profesionales es totalmente inconveniente porque será casi siempre breve el lapso entre la culminación normal de los estudios que precedieron a la obtención del título y el arribo a aquélla. Además, el menor podrá recurrir contra una actitud abusiva de sus padres.

*15.8. Derecho proyectado.* Las consecuencias de la aceptación definitiva del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial a que se hizo referencia supra en el párrafo 4.2, en virtud de las disposiciones de sus artículos 55, 126, 128, 131 y 133 allí reproducidos, serían las siguientes: a) la superación del silencio del artículo 293 con respecto a la gestión de los bienes adquiridos con el trabajo del menor adulto; b) el derecho de éste a administrarlos y disponerlos libremente; c) la derogación expresa del artículo 128 actual por

sustitución, quedando su normativa excedida por los efectos de la mayoría de edad a los dieciocho años; d) los bienes adquiridos por el menor con su trabajo antes de los catorce años continuarían bajo la gestión de sus representantes legales y no modificándose el artículo 1807, sin perjuicio de que subsistan las alternativas planteadas por la doctrina para conciliar dicha gestión con la facultad que inviste el menor de donarlos, nos pronunciaríamos porque ese límite mínimo estuviera dado por la norma del artículo 55, es decir que recién a los catorce años la mentada aptitud sería efectiva dentro de la capacidad dispositiva del menor.

15.9. *Derecho extranjero*. Según el artículo 164 del Código Civil español, se exceptúan de la gestión paterna los bienes que hubiere adquirido con su trabajo o industria el hijo mayor de 16 años, pero sus facultades no son plenas porque solamente pueden celebrar por sí solos los actos de administración ordinaria, mientras que necesitan el consentimiento de los padres para los que excedan de ella.

Dichos bienes están atribuidos a la gestión del menor, sin restricciones, en el Código boliviano de Familia (art. 274, 1º) y a los que han cumplido dieciséis años en las mismas condiciones de un menor emancipado, en el Código Civil de Venezuela (art. 273). Los mismos, si el trabajo, profesión o industria es ejercido con asentimiento de los padres, y también los entregados para que ejerzan estas actividades, son administrados por los menores según el Código Civil de Perú (art. 245). El artículo 132 del Código de Familia de Costa Rica dispone claramente que “El hijo menor administrará y dispondrá como si fuera mayor de edad los bienes que adquiera con su trabajo” (segundo párrafo).

“Los bienes adquiridos por el hijo con el producto de su propio trabajo” están excluidos del usufructo paterno según la ley italiana de 1975 modificatoria del Código Civil, pero no hay referencia a los mismos en materia de administración.