

**Muñiz, Carlos**

## *Régimen de capacidad de los menores*

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Muñiz, C. (2012). Régimen de capacidad de los menores [en línea]. En *Análisis del nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/regimen-capacidad-menores-muniz.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

## RÉGIMEN DE CAPACIDAD DE LOS MENORES

CARLOS MUÑIZ

### Introducción

La cuestión del régimen de capacidad de los menores de edad ha sido objeto de una intensa preocupación por parte del legislador durante los últimos años. En un lapso relativamente corto de tiempo, se han promovido numerosas normas tendientes a modificar algunas cuestiones relacionadas con la materia, que había permanecido inalterada desde las reformas de las leyes 17.711 y 23.264. Fundadas en la necesidad de adaptar y transponer en nuestro ordenamiento civil normas que surgían de tratados internacionales, se han dictado las leyes 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, 26.390 de prohibición del trabajo infantil y protección del trabajo adolescente, 26.449 modificando el inc. 5° del art. 166 del Código Civil, y 26.579 de mayoría de edad. El objetivo ha sido promover un sistema de capacidad más flexible sobre el criterio de la autonomía progresiva de los menores. Esta intensa actividad legislativa, ha resultado en una superposición de normas que no ha resultado necesariamente coherente ni deseable, dejando numerosos aspectos abiertos a la interpretación judicial y limitando de hecho la operatividad de algunas de sus prescripciones. Es en este contexto normativo que la Comisión de Reformas creada por decreto 191/2011 debe atacar el problema de definir un nuevo régimen de capacidad de los menores de edad. En la presente contribución, se analizará el tratamiento de este tema en el proyecto de Código Civil y Comercial, tratando principalmente los temas que fueron objeto de discusión por parte de la doctrina con ocasión de la reforma.

### 1. Edad en la que se adquiere la mayoría de edad.

Conforme el artículo 25 del proyecto la mayoría de edad se adquiere el día en que la persona cumple dieciocho años. En tal sentido, sigue al Proyecto del año 1998, y a la reforma del Código Civil hecha por la ley 26.579. Existen numerosas razones por las cuales entendemos que esto constituye un acierto. En primer lugar, existen argumentos de orden sociológico, tales como el avance de la madurez psicológica de las generaciones, la existencia de sistemas de seguridad social que hacen menos necesaria la protección específica de los más jóvenes y la esperanza de que la baja de la mayoría de edad contribuya a un sentimiento de mayor responsabilidad. En el orden jurídico se plantea como un aspecto significativo la necesidad de alinear el derecho argentino con la mayoría de las legislaciones extranjeras, que hoy en día fijan comúnmente la edad de dieciocho años para

la adquisición de la plena capacidad civil<sup>1</sup>. Asimismo, se señala como necesaria una convergencia con lo establecido con tratados internacionales sobre la materia, en particular con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, esta serie de argumentos no ha estado exenta de críticas muy serias por parte de respetados autores que se pronunciaron en forma previa a la reforma de la ley 26.579<sup>2</sup>. Sin perjuicio de ello, siguiendo las tendencias actuales en la materia, se entiende que más allá de los planteos de un sector doctrinario y las razonables críticas sostenidas a la reducción de la edad en la cual se adquiere la mayoría de edad a los dieciocho años, la ley 26.579 que es tomada necesariamente como antecedente de este proyecto ha reflejado un consenso social en este sentido, que es concordante con la legislación comparada y tratados internacionales sobre la materia.

## 2. El principio de capacidad o autonomía progresiva.

En general, con relación a todos aquellos aspectos vinculados con la disposición de derechos del niño, se observa a partir de la CDN y de la ley 26.061 la instalación del concepto de *capacidad o autonomía progresiva*. Conforme este principio de capacidad progresiva, en materia de disposición de derechos personalísimos, se requiere instrumentar medios de participación e incluso de ejercicio de estos derechos por parte del menor en los asuntos que le conciernen, teniendo en cuenta la evolución de sus facultades, edad, grado de madurez, etc. En concreto, implica un giro desde el criterio rígido de las reglas de capacidad hacia un criterio flexible fundado en el discernimiento, para ciertos actos que sean de particular interés para el niño o adolescente. Esta noción de capacidad progresiva, no encontraba en el ordenamiento vigente una recepción en forma literal. Este principio, planteaba dificultades de interpretación, en cuanto resultaba en muchas circunstancias de difícil armonización con el Código Civil, que establecía un sistema rígido de capacidad. Al no encontrarse la capacidad progresiva regulada en nuestro derecho como un principio, y más allá de las amplias referencias que se encuentran en la CDN y en la ley 26.061, sus proyecciones se observaban particularmente en cuestiones que conciernen al régimen de patria potestad, la libertad de conciencia y religiosa, decisiones respecto de la salud y cuestiones referidas a procedimientos para garantizar el derecho del niño a ser oído<sup>3</sup>.

El proyecto recoge este principio, incorporándolo al texto legal en forma expresa en el art. 639 inc. b): “*La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: [...] b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor*

1. Código Civil Francés: “le mineur est l’individu de l’un ou de l’autre sexe qui n’a point encore l’âge de dix-huit ans accomplis” (Art. 388 cf. L n° 74-631 del 5 de julio de 1974); Código Civil español: “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento” (Art. 315); Código Civil Italiano: “Maggiore età. Capacità di agire La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa. Sono salve le leggi speciali che stabiliscono un’età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all’esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro.” (Art. 2); Código Civil Portugués: “Aquele que pèrfizer dezoito anos de idade adquire plena capacidade de exercício de direitos, ficando habilitado a reger a sua pessoa e a dispor dos seus bens.” (Art. 130); Código Suizo: “La majorité est fixée à 18 ans révolus.” (Art. 144); Código Civil de Quebec: “L’âge de la majorité est fixé à 18 ans. La personne, jusqu’alors mineure, devient capable d’exercer pleinement tous ses droits civils.” (Art. 153); Código de Brasil “A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil” (Art. 5).

2. BOSSERT, Gustavo, “La mayoría de edad a los 18 años”, LL 1991-E, 1029, BORDA, Guillermo A.; “La mayoría de edad a los 18 años”; LL 1992-D, 1096; TOBIAS, José W., Derecho de las Personas – Instituciones de Derecho Civil Parte General, Buenos Aires, La Ley, 2009.

3. Sobre este tema, ver OJEA QUINTANA, Julio, “La Capacidad Progresiva en los Menores. El menor y su tutela en el Código Civil”, en CONTE-GRAND, Julio (ed), *Estudios de Derecho Civil con Motivo del Bicentenario*, 1ª ed., Buenos Aires, El Derecho, 2011.

*autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos [...]”.*

En forma complementaria, tal como se presentará seguidamente, se modifican algunos aspectos sustanciales del régimen de capacidad, procurando un esquema de mayor flexibilidad, compatible con este principio de capacidad o autonomía progresiva de los menores de edad.

### 3. Categorías de Menores de Edad. Niños, niñas y adolescentes.

Esta cuestión tal vez constituya uno de los aspectos más criticables del proyecto que en la materia se ha alejado de criterios sostenidos en forma prácticamente unánime por la doctrina nacional.

El Código vigente ha sido fuertemente por la doble categorización de los menores, en menores impúberes, a quienes correspondía un régimen de incapacidad absoluta de hecho y menores adultos, regidos por un régimen de incapacidad relativa. En tal sentido se ha sostenido que dicha distinción no respondía a la realidad jurídica y fáctica, planteando la necesidad de revisar dicha doble categorización. Llambías<sup>4</sup> ha criticado la doble categoría de menores sosteniendo que ella tiene una distinción cuantitativa y no cualitativa, afirmando que ambas categorías son reguladas por los mismos principios y que las excepciones a la regla de incapacidad no se establecen solo y exclusivamente a favor de los mayores de 14 años, sino que aparecen antes y se van incrementando después. En el mismo sentido, Rivera<sup>5</sup> ha sostenido que se trata de una distinción irrelevante: todos los menores hasta la edad de 21 años eran incapaces en principio; pero el ordenamiento les autorizaba a realizar determinados actos conforme con su desarrollo intelectual. Según Tobías<sup>6</sup>, la rigidez de dichas categorías no se ajusta a la realidad jurídica ni responde a diferencias ontológicas que justifiquen su mantenimiento.

Por tales motivos, el criterio de eliminar la doble categoría de menores, estableciendo como principio general la incapacidad, incorporando progresivamente facultades a los menores dentro del ordenamiento jurídico, ha sido seguido por el Proyecto de 1936, el Proyecto de 1954 y el Proyecto de 1998.

El proyecto sorprende ya que en lugar de eliminar la categorización tal como fuera planteado por la doctrina<sup>7</sup>, reemplaza las viejas categorías por nuevas categorías. El artículo 25 denomina genéricamente “menores de edad” a todas las personas desde su nacimiento hasta la edad de dieciocho años. Luego, incorpora la figura del “adolescente”, que es toda persona desde la edad de trece años hasta la mayoría de edad. En tal sentido nos encontramos con dos categorías básicas de menores de edad: los “adolescentes” y los “no adolescentes”.

Existen numerosas razones que permiten criticar este criterio. En primer lugar, se reiteran los argumentos esgrimidos por la doctrina con relación al Código de Vélez: ambas categorías están regidas por un principio general de incapacidad, admitiéndose excepciones, sin que medie entre ellas ninguna diferencia ontológica ni jurídica significativa que justifique su diferenciación en cuanto se refiere a su régimen de capacidad. Siguen existiendo dentro del ámbito del proyecto aptitudes que se adquieren antes de los trece años<sup>8</sup> y otras que se adquieren con posterioridad<sup>9</sup>. De esta forma no se observan razones que justifiquen esta distinción que aparece como arbitraria en materia de capacidad.

4. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, 18va. edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, Tomo I.

5. RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*: parte general, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, Tomo I, p. 417.

6. TOBIÁS, José W., op. cit., pág. 145.

7. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de Tucumán, 2011, Comisión I – Parte General. Conclusión n° 2 de lege ferenda.

8. Ejs. Proyecto, art. 261 inc. b; art. 595 inc. f, art. 707.

9. Ej. Proyecto, art. 26 reconoce aptitudes diferentes entre adolescentes mayores y menores de dieciséis años. Ver también arts. 30, 681, 682 y 683 referidos a la capacidad laboral y profesional.

En segundo lugar, esta categoría, que recoge el proyecto parece tomar del antecedente de la ley 26.061, crea una categoría jurídica no prevista por la “Convención sobre los Derechos del Niño” (CDN)<sup>10</sup> que integra nuestro ordenamiento jurídico dentro del bloque federal de constitucionalidad y define a niño como “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” (Art. 1). Entonces, en nuestro ordenamiento jurídico los “adolescentes” del proyecto son indudablemente niños, sin que el Código Civil pueda afectar este carácter, por estar consagrado en una norma de jerarquía superior. Hubiera sido deseable que el proyecto priorizara la armonización de estas normas.

Lo que el proyecto parece cuidar por sobre todas las cosas es el culto a la corrección política, priorizando a ello el correcto uso del lenguaje y la precisión necesaria en la redacción de toda norma jurídica. Así, en numerosos artículos habla de “niños, niñas y adolescentes” (arts 104, 594, 608, 611, 625, 706, 707, 716, 2614 y 2640), cuando todos son genéricamente “niños” en los términos de la CDN y “menores de edad” en los términos del art. 25 del propio proyecto. Además, en los artículos 646 inc. c) y 647 se refieren solamente a “niños y adolescentes” lo que llevaría a concluir, de atenerse a un excesivo rigor literal en el marco de una interpretación armónica del texto, que las niñas no están comprendidas por dichas normas, y nos plantea serias dudas sobre las adolescentes mujeres. Similar es el problema que plantean los artículos 64, 562, 589, 590, 591, 593, 595 inc. a), 596, 604, 611 1er párrafo in fine y 2do párrafo, 615, 621 1er párrafo, 627 inc. b), 634 inc. i), 639 incs. a) y c), 644, 2634, 2635, 2637, 2639 y 2642, hablan solamente de “niño”, sin que quede claro si los adolescentes y las niñas se encuentran fuera del ámbito de aplicación de estas disposiciones. Este tipo de uso del lenguaje es incorrecto, antinatural e impropio de un texto legal y no puede ser llevado hasta las últimas consecuencias, multiplicando innecesariamente errores de redacción<sup>11</sup>.

#### 4. Derecho del menor a ser oído

Se ha sostenido que resultaba necesario trasponer en nuestro Código Civil en forma adecuada las disposiciones sobre la materia de la CDN que en su artículo 12 establece que *“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”*

La ley 26.061 ya había incorporado pautas en sus arts. 19 inc. c), 24 y 27. Dichas disposiciones no resultaban totalmente razonables en alguno de sus aspectos. En particular el citado artículo 27 no hace distinciones relativas al grado de madurez del menor para acceder al ejercicio de estos derechos, un problema que resulta de una situación fáctica imposible de negar para cualquier operador jurídico: ¿Debía el juez oír a un niño de dos años cada vez que este así lo solicite? ¿Debía en esta situación tomar primordialmente en cuenta su opinión? La obligación de ser oído, y el valor de su opinión para el juez a la hora de dictar sentencia no pueden concebirse en abstracto, sino que deben depender de un juicio en concreto a posteriori, teniendo principalmente en cuenta el interés superior del niño. Por

10. Ratificada por ley 23.849, tratado con jerarquía constitucional enunciado en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

11. Por ejemplo, en todos los lugares en los que el Código habla del “juez” (arts. 32, 34, 35, 36, 105, 106, 107, 108, 109, etc.) debe hablar del “juez o la jueza”; el art. 29 cuando habla del “emancipado” debe decir “el emancipado o la emancipada”; el art. 33 inc. a) debería hablar del “propio interesado o la propia interesada”, el artículo 61 debería hablar de la voluntad del “fallecido o la fallecida”; los artículos 64 y 68 deberían referirse al “hijo o la hija”; el artículo 71 en todos sus incisos debería hablar de “aquel o aquella”, y podríamos continuar enumerando indefinidamente.

tal motivo, en comunicaciones anteriores<sup>12</sup> hemos sostenido que debían establecerse las condiciones de participación de los menores en los procesos judiciales que le conciernen, teniendo en cuenta el grado de madurez, reconociendo en forma progresiva su capacidad sobre la base de la regla del discernimiento, en particular en aquellos casos en los que pudiera haber conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales.

El proyecto presenta avances significativos en la materia con respecto a la situación que se presentaba luego de la reforma de la ley 26.061, que merecen ser reconocidos. El artículo 707 establece el principio general: “Los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, [...] tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso.” Este principio también aparece presente en el artículo 26 en cuanto establece que “La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona”. Con respecto a la ley 26.061, el texto presenta una innovación significativamente positiva. Se aclara que el menor que tiene derecho a ser oído es aquel que cuenta con edad y grado de madurez suficiente. Su opinión debe ser tenida en cuenta por el juez, que en caso de apartarse deberá hacerlo por razones fundadas, sobre la base de las circunstancias particulares del caso y teniendo en cuenta el interés superior del niño. El texto es perfectamente concordante con los alcances del art. 12 CDN y recoge los aportes formulados por la doctrina sobre el régimen anterior. En este sentido, corresponde reiterar la aprobación que merece de nuestra parte la presente reforma.

Establecido el principio general, numerosas normas se refieren al derecho de los menores de edad a ser oídos. De esta forma, el art. 117 reconoce el derecho a ser oído por el tutor en todas las cuestiones relativas al ejercicio de sus derechos patrimoniales; el art. 595 inc. f) se refiere al derecho de la persona menor de edad a ser oída en los procesos de adopción, exigiéndose su consentimiento desde los diez años, estableciéndose la sanción de invalidez por el incumplimiento de esta norma en el art. 635 inc. c); el art. 598 reconoce el derecho de ser oídos de los descendientes del adoptante; el art. 639 inc. c) fija este derecho con carácter de principio general en materia de responsabilidad parental; el art. 646 inc. c) establece el derecho de los menores a ser oído como un deber de los progenitores; y finalmente los artículos 677 a 680 establecen el marco general de participación de los menores de edad en procesos judiciales. La excesiva reiteración de normas que replican el principio general puede ser una cuestión a revisar. No obstante, la materia es tratada en forma adecuada en el proyecto.

## 5. Capacidades reconocidas

En virtud de los reclamos de la doctrina, el proyecto de Código Civil debía concretar la aspiración de generar un sistema de capacidad de los menores, que permita el reconocimiento progresivo de sus competencias en función de su madurez y desarrollo psicológico. En este sentido, se ha oportunamente sostenido que una nueva propuesta de Código debía tener como un piso el reconocimiento de capacidad para todas aquellas potestades actualmente reconocidas a los menores adultos en el Código de Vélez, simplificando su articulado e incluyendo todas estas potestades genéricamente en un artículo que las mencione a título enunciativo, siguiendo en esto el criterio del Proyecto de 1998.

El artículo 26 establece el principio general que rige la materia: “*La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir*”

12. MUÑOZ, Carlos, “Capacidad de los Menores”, en CONTE-GRAND, Julio (coordinador), *Informe para la Comisión creada por Decreto 191/2011 sobre el Proyecto de Reforma al Código Civil de la República Argentina*, Facultad de Derecho UCA, Buenos Aires, 2011, pgs. 51 a 69.

*con asistencia letrada.*” En consecuencia, los menores de edad son en principio incapaces de hecho y ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. Esta incapacidad es relativa, y en las situaciones en las cuales se reconocen aptitudes por haber alcanzado un grado de madurez suficiente, los menores de edad podrán ejercer algunos derechos por sí mismos, o mediando un régimen de asistencia.

No resulta posible en este trabajo hacer una enumeración exhaustiva de las distintas potestades reconocidas a los menores de edad en el articulado del proyecto. Sin embargo intentaremos presentar un primer relevamiento. Son capacidades reconocidas en el proyecto a los menores de edad:

- a. Ejercer por sí mismos una actividad económica profesional o laboral, bajo relación de dependencia o en forma independiente (arts. 30, 681, 682, 683).
- b. Desde los dieciséis años tiene las mismas aptitudes que un adulto para actos sobre su propio cuerpo. Asimismo, desde los trece años se presume su aptitud para decidir por sí sobre tratamientos que no resulten invasivos. Desde la misma edad, se requiere su consentimiento, bajo un régimen de asistencia para la realización de tratamientos invasivos. En caso de divergencia, debe resolver la cuestión el juez conforme el interés superior del niño. (art. 26).
- c. Desde los diez años se requiere su consentimiento en el marco de los procesos de adopción (art. 595).
- d. Desde los trece años los adoptados pueden iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes (art. 596).
- e. Desde los trece años ejercen la responsabilidad parental de sus hijos, requiriendo la asistencia de sus propios representantes legales para una serie de actos (art. 644).
- f. Sin limitación de edad, en el caso que estuviera fuera del país o en un lugar alejado de su domicilio, si requiriera recursos para su alimentación u otras necesidades urgentes, puede con autorización judicial o por la representación diplomática del país, requerir autorización para contraer deudas para procurárselos. Si ya hubiere cumplido trece años, podrá hacerlo sin necesidad de autorización alguna, mediando el consentimiento del adulto responsable (art. 667).
- g. Sin limitación de edad, si contara con la madurez necesaria y requiriéndose patrocinio letrado, puede promover juicio contra sus progenitores (art. 679).
- h. Desde los trece años, con el consentimiento de ambos progenitores (art. 645 inc. c) pueden intervenir, junto con sus ellos o en forma autónoma, en los procesos que involucren sus derechos. Si alguno de sus progenitores se opusiera a su participación en el proceso, podrá requerir autorización judicial para hacerlo (arts. 677 y 678).
- i. Con la autorización de ambos progenitores, puede ingresar en comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad (art. 645 inc. a).
- j. Desde los trece años, no requiere autorización de sus padres para defenderse en juicio criminal (art. 680). Esta disposición no elimina el deber de los padres de proveer los medios materiales necesarios para su adecuada defensa en juicio<sup>13</sup>.
- k. Desde los trece años puede reconocer hijos sin autorización de sus padres. (art. 680) Para la aplicación de este artículo “*el oficial público deberá comunicar el acta de reconocimiento a los organismos competentes creados por la ley 26.061*” (art. 44 ley 26.413), sin que se requiera la intervención de los representantes legales.
- l. En cuanto se refiere a la clásica cuestión de los pequeños contratos, es resuelta por el artículo 684 que establece que “Los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de los progenitores”. El texto del proyecto parece indicar que la celebración de estos pequeños contratos es una capacidad propia de la persona menor de edad, requiriéndose la conformidad de sus representantes

13. TOBIAS, op. cit. pág. 151.

legales, la cual es presumida por la norma. El tenor del texto del proyecto induce a pensar que se trata de una presunción *juris tantum*.

## **6. Trabajo de los Menores. Profesionales, trabajo independiente y bajo relación de dependencia**

El tema del trabajo profesional, independiente y bajo relación de dependencia de los menores planteaba numerosos problemas de interpretación a partir de la superposición de normas de distinta naturaleza y ámbito específico de aplicación<sup>14</sup>. Por tal motivo, resultaba necesario que el proyecto de Código Civil procurara armonizar la legislación en la materia, con aquellas que rigen la materia en el ámbito del derecho del trabajo, en particular luego del dictado de la ley 26.390.

El proyecto trata la cuestión en los artículos 30, 681, 682 y 683. El artículo 30 reconoce su antecedente en el texto del segundo y tercer párrafo artículo 128 del Código Civil (texto según ley 17.711), sin alterar significativamente su contenido. Entonces, la persona menor de edad que ejerza una profesión para la cual cuente con un título habilitante puede hacerlo sin necesidad de autorización y pueden administrar y disponer libremente de los bienes que adquieran como resultado de su actividad e intervenir en los procesos civiles y criminales que tengan como causa dicho ejercicio profesional, o estuvieren vinculados con actos jurídicos que tengan por objeto bienes que integran el mencionado peculio profesional<sup>15</sup>. Para establecer el alcance definitivo de la norma, este texto debe interpretarse en forma sistemática con el resto del articulado.

El artículo 681 establece en sentido concordante con lo dispuesto por la ley 26.390 una prohibición general del menor para obligarse a prestar servicios sin autorización de sus progenitores y respetando en todos los casos las restantes normas del Código y de leyes especiales. De esta forma podemos afirmar que conforme el proyecto, a la luz de este artículo, los menores de edad que pueden ejercer su profesión sin necesidad de previa autorización son solamente aquellos que hubieran cumplido la edad de dieciséis años<sup>16</sup>. Este criterio se aparta de las conclusiones planteadas en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en cuanto se sostuvo de *lege ferenda* que “*Con relación al menor que obtenga título habilitante para ejercer profesión u oficio, se reconozca su capacidad para ejercer tal profesión u oficio, exclusivamente por cuenta propia, sin límite de edad*”<sup>17</sup>. No obstante y más allá de las distintas posturas doctrinarias, el tratamiento del problema debe responder a pautas de prudencia legislativa procurando el mejor interés de las personas menores de edad.

Seguidamente, el artículo 682 prohíbe a los progenitores la celebración de cualquier contrato que obligue a los mayores de dieciséis años a cualquier prestación de servicios de carácter personal, cuando no contaran con su consentimiento. Finalmente el artículo 683 establece una presunción de autorización de los progenitores para la celebración de todos los actos concernientes a su empleo, profesión o industria, y su responsabilidad se encuentra limitada a los bienes que se encontraran bajo su administración. Del articulado parece desprenderse que salvo en cuanto se refiere al ejercicio profesional previsto en el artículo 30, la prestación de servicios por parte de menores de edad requiere la autorización de sus padres, la cual no podrá ser otorgada en cuanto excedan el marco establecido por las normas de trabajo infantil. La autorización para el desarrollo de la actividad, genera una presunción general de autorización para realizar todos los actos jurídicos vinculados a

14. Ver MUÑOZ, Carlos, “La capacidad laboral y profesional de los menores luego de la ley 26.579”, DFyP, 2012 (enero-febrero).

15. TOBIAS, op. cit., pág. 160.

16. En este sentido se había pronunciado en forma previa CROVI, Luis Daniel, “La capacidad laboral de los menores”, Ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de Tucumán, 2011.

17. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de Tucumán, 2011, Comisión I – Parte General. Conclusión n° 6 de *lege ferenda*.



la misma. Las cuestiones relativas al empleo bajo relación de dependencia quedan regidas por la legislación especial.

La redacción de este último artículo es pasible de algunas críticas. En primer lugar, no se justifica que se haga referencia al ejercicio de una profesión, ya que en virtud del artículo 30 no se requiere ningún tipo de presunción de autorización, porque que la autorización misma no es necesaria. Asimismo, no se hace mención alguna a la capacidad procesal de los menores que ejercen una actividad económica en forma independiente. Así, no queda claro si la referencia del artículo 683 a “todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria” comprende la intervención en juicio que tenga por causa esa actividad. Para los menores que ejercen una actividad profesional, el tema es tratado por el art. 30 del proyecto. En el caso de aquellos que trabajan bajo relación de dependencia, dicha aptitud en virtud del art. 33 de la ley 20.744. Sin embargo no hay una disposición expresa que se ocupe del problema que se origina por la realización de una actividad económica en forma independiente por parte de la persona menor de edad. La ausencia de una norma expresa, abre la posibilidad a dos interpretaciones: 1) debe hacerse una remisión a la norma general del art. 677, negando la posibilidad de estar en juicio sin mediar la participación de sus representantes legales, o 2) debe interpretarse en sentido amplio el alcance de los términos del art. 683, entendiéndose que comprende la aptitud para estar en juicio por cuestiones vinculadas a su actividad económica, y reconociendo al menor que ejerce dicha actividad las mismas aptitudes que tienen quienes llevan adelante un ejercicio profesional o trabajan bajo relación de dependencia. Hubiera sido deseable que el proyecto resolviera directamente esta cuestión.

Fuera de estas dificultades, el texto del proyecto no parece estar en contradicción con las pautas que fijan para la materia el art. 32 de la CDN, la ley 20.744 y la ley 26.390.

## 7. Capacidad para testar

La presente cuestión era objeto de debate antes y particularmente después de la reforma de la ley 26.579, en virtud de la aparente contradicción entre los términos de los artículos 286 y 3614 del Código vigente, sumado a las interpretaciones realizadas por parte de la doctrina desde la entrada en vigencia de la ley 26.061<sup>18</sup>. En tal sentido, resultaba necesario que el proyecto de Código Civil presentara una solución clara al problema, superando las aparentes incongruencias del ordenamiento vigente.

La comisión redactora del proyecto ha tomado debida cuenta de la cuestión y da una solución sin dejar demasiados espacios para la interpretación. El art. 2464 establece que “*Pueden testar las personas mayores de edad al tiempo del acto*”. Por otra parte, se elimina expresamente la mención a la capacidad de testar sin autorización de los representantes legales del art. 680, que reconoce como fuente al art. 286 del código actual. Estos cambios permiten afirmar con seguridad que en el marco del proyecto no se reconoce capacidad para testar a los menores de edad.

Una cuestión no resuelta sin embargo por el proyecto es la relativa a la capacidad de los emancipados para testar. Al no presentar el texto cambios significativos en la materia y teniendo en cuenta el principio general de capacidad previsto en el art. 27, principios generales en la materia, y la opinión de la doctrina clásica sobre el tema, los emancipados se encuentran habilitados para testar, aun frente a lo dispuesto por el art. 2464<sup>19</sup>.

18. Un tratamiento integral del tema puede encontrarse en MUÑIZ, Carlos, “Capacidad para testar de los menores. Un nuevo acercamiento luego de la ley 26.579”, DFyP, 2011 (diciembre), págs. 123-129.

19. QUINTEROS, Federico D., “*Los menores de dieciocho años emancipados y su capacidad para testar, después de la reforma introducida por la ley 17.711*”, LL 150-1165

## 8. Cese de la incapacidad por menor edad. Emancipación.

En el proyecto, la incapacidad por la menor edad cesa de dos maneras: 1) la mayoría de edad; 2) la emancipación por matrimonio.

En cuanto al primero de estos supuestos, el cese se produce simplemente por la cesación del presupuesto (menor edad) de la cual se deriva en virtud de la norma la incapacidad de hecho del sujeto<sup>20</sup>. En consecuencia, se eliminan en forma acertada las disposiciones de los arts. 128 1ª parte, 129 y 130 del Código actual, por resultar innecesarias.

En cuanto se refiere a la emancipación se mantiene el status quo producido luego de la ley 26.579, por la cual las instituciones de emancipación por habilitación de edad o dativa y la emancipación comercial han perdido sentido y han sido correctamente derogadas. Esta solución es mantenida en el proyecto de Código Civil.

Subsiste solamente la emancipación por matrimonio, reservada para el raro caso de la dispensa judicial prevista 27 que dispone *“La celebración del matrimonio antes de los DIECIOCHO (18) años con autorización judicial emancipa a la persona menor de edad. La persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en este Código. La emancipación es irrevocable. La nulidad del matrimonio no deja sin efecto la emancipación, excepto respecto del cónyuge de mala fe para quien cesa a partir del día en que la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada. Si algo es debido a la persona menor de edad con cláusula de no poder percibirlo hasta la mayoría de edad, la emancipación no altera la obligación ni el tiempo de su exigibilidad”* Esta norma del proyecto reconoce su fuente en las disposiciones de los actuales arts. 131, 132, 133 y 137. Se eliminan en el proyecto la sanción para los menores que hubieren contraído matrimonio sin autorización prevista en el segundo párrafo del art. 131 y el requisito de alcanzar la mayoría de edad para recuperar la aptitud nupcial en caso de disolución anticipada del vínculo, conforme lo preveía el art. 133 in fine. Estas reformas resultan acertadas dado que se eliminan disposiciones que eran criticadas por la doctrina y que habían perdido su sentido luego de la ley 26.579.

No se optó por restablecer la emancipación por habilitación de edad desde los dieciséis años, siguiendo el modelo del Código Civil español<sup>21</sup> y conforme fuera propuesto por algún sector de la doctrina<sup>22</sup>.

El régimen de capacidad de los menores emancipados por matrimonio está regido por los arts. 27, 28 y 29. El art. 27 establece la regla general conforme la cual los emancipados gozan en principio de plena capacidad, con las excepciones previstas en el código. El art. 28 reproduce en forma casi textual el art. 134 del código vigente, estableciendo como actos absolutamente prohibidos para los emancipados aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito; hacer donaciones de bienes que hubieran recibido a título gratuito; y afianzar obligaciones. Por su parte, el art. 29 reconoce como fuente los actuales arts. 135 y 136, y establece que los actos de disposición sobre bienes recibidos a título gratuito pueden ser celebrados por los emancipados con autorización judicial, cuando el acto fuera celebrado por una situación de necesidad o fuera notoriamente ventajoso para el emancipado. En este último punto, se presenta como novedad la eliminación del requisito de que todas las ventas de bienes que el emancipado hubiera recibido a título gratuito se realicen por subasta pública, previsto en el final del actual art. 136. Más allá de las buenas intenciones del Codificador, la experiencia indica que convertir este requisito en obligatorio para todos los casos, puede ser más perjudicial que beneficioso para el emancipado. En consecuencia, la eliminación de este requisito parece acertada.

20. LLAMBÍAS, op. cit., n° 658, pág. 406.

21. Código Civil Español. Art. 320: “El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si estos la pidieren y previa audiencia de los padres: 1. Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor. 2. Cuando los padres vivieren separados. 3. Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.”

22. XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de Tucumán, 2011, Comisión I – Parte General, despacho de mayoría, de lege ferenda: “Se incorpore la emancipación por habilitación de edad a partir de los 16 años, por decisión de los padres, con consentimiento del menor y bajo forma notarial.”

## **Conclusiones**

El proyecto ha tomado en consideración la mayoría de los aportes de la doctrina más reciente sobre el tema, elaborando un sistema de capacidad de los menores de edad más flexible y acorde con las pautas que resultan de la CDN. En líneas generales, avanza hacia el objetivo de construir un sistema claro y eficaz, fundado sobre la base del principio de capacidad progresiva. En particular, se reglamenta en forma precisa y operativa el declamado derecho de los niños a ser oídos en el marco de los procesos en los que se discutan sus intereses. La subsistencia de la división de los menores de edad en categorías que no responden a una realidad ni ontológica ni jurídica es un claro desacierto del proyecto, que no contribuye sino a la confusión. Este error se debe principalmente a un capricho de estilo combinado con una temeraria despreocupación por la técnica legislativa, y debería ser subsanado antes de la aprobación. Queda pendiente para una futura contribución un análisis en profundidad de las implicaciones del nuevo ordenamiento, en particular en cuanto concierne a los derechos del niño sobre su propio cuerpo.