

CAPÍTULO VI NEGOCIOS JURÍDICOS PROHIBIDOS

51. Prohibición de determinados negocios jurídicos

52. Antecedentes

53. Fundamento

54. Naturaleza jurídica

55. Sujetos afectados

A) PROHIBICIONES

56. Alcances de la prohibición de contratar

57. Asunción de derechos contra el hijo

58. Partición privada de herencia

59. Fianza a favor de los progenitores o de terceros

60. Sanción

B) EXCEPCIONES

61. Excepciones a la prohibición de contratar entre padres e hijos menores de edad

62. Contratos de discutible admisión

63. Derecho positivo extranjero

Capítulo VI

NEGOCIOS JURIDICOS PROHIBIDOS

SUMARIO: 51. Prohibición de determinados negocios jurídicos. 52. Antecedentes. 53. Fundamento. 54. Naturaleza jurídica. 55. Sujetos afectados. A) Prohibiciones. 56. Alcances de la prohibición de contratar. 56.1. Compra de bienes de los hijos. 57. Asunción de derechos contra el hijo. 57.1. Constitución de un inmueble del menor como Bien de Familia con los progenitores como beneficiarios. 58. Partición privada de herencia. 58.1. Supuestos comprendidos. 58.2. Forma prohibida de partición. 58.3. Extensión de la norma. 58.4. La partición judicial satisface la exigencia legal. 59. Fianza a favor de los progenitores o de terceros. 60. Sanción. B) Excepciones. 61. Excepciones a la prohibición de contratar entre padres e hijos menores de edad. 61.1. Donaciones a favor de los hijos. a) Consideraciones generales. b) Donaciones no ostensibles. c) Inscripción registral de donaciones y estipulaciones a favor de los hijos. d) Partición por el ascendiente por donación. e) Aceptación de la donación. 61.2. Sociedades entre padres e hijos. a) El artículo 12 del Código de Comercio. b) Indivisiones hereditarias y constitución de sociedades. c) Sociedad comercial en que el padre, o la madre, o ambos, son socios y en la que el hijo recibe el carácter de socio por vía hereditaria. d) Sociedades por acciones. e) ¿Pueden constituirse sociedades comerciales entre padres e hijos fuera de los casos precedentes? f) Supuesto de sociedad civil. g) Responsabilidad de los padres. 61.3. Contrato de trabajo. a) Delimitación del tema. b) Solución anterior a la ley 23.264. c) Interpretación del régimen vigente. 62. Contratos de discutible admisión. 62.1. Contratos que recaen sobre el

peculio del hijo o los bienes subrogados a éste. 62.2. Adquisición por uno de los condóminos en la división de condominio entre padres e hijos. a) El padre condómino ejerce su derecho a exigir la disolución del condominio. b) Adquisición a favor del hijo. c) Derecho proyectado. 62.3. Otros contratos. 62.4. Constitución en Bien de Familia de un inmueble de uno o ambos progenitores con el menor como beneficiario. 63. Derecho positivo extranjero.

51. Prohibición de determinados negocios jurídicos

Dos textos del Código Civil disponen la prohibición de determinados negocios jurídicos. Son los artículos 279 y 297 primer párrafo, del siguiente tenor: Artículo 279: “Los padres no pueden hacer contrato alguno con los hijos que están bajo su patria potestad”; Artículo 297, primer párrafo: “Los padres no pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí, ni por interpósita persona, bienes de sus hijos aunque sea en remate público; ni constituirse cesionarios de créditos, derechos o acciones contra sus hijos; ni hacer partición privada con sus hijos de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con ellos coherederos o colegatarios; ni obligar a sus hijos como fiadores de ellos o de terceros”.

Se trata de negocios jurídicos entre los padres y sus hijos menores de edad (art. 279; cláusulas primera y tercera del art. 297), entre terceros y los padres con proyección sobre los hijos menores (segunda cláusula del art. 297) y entre éstos, mediante la representación legal de sus padres, y terceros (cuarta cláusula del art. 297).

52. Antecedentes

El artículo 279 es del Código Civil original. El artículo 297 tiene como antecedente el del mismo número de aquél, con modificaciones importantes. La principal de ellas, consiste en haber distinguido entre actos prohibidos y actos que requieren autorización judicial,

distinción sobreentendida pero nada clara en la redacción sustituida. La del texto considerado según la ley 23.264, en efecto, incluye los actos prohibidos en su primer párrafo, y aquellos que están permitidos pero con el requisito indicado, en el segundo. Las ventajas de esta disposición de la materia ha sido justamente destacada por la doctrina¹²⁴.

La redacción vigente del artículo 297 tiene su fuente inmediata en las propuestas de los senadores Menem-Sánchez y de Belluscio. A este último se debe la mentada separación entre actos prohibidos y actos que requieren autorización judicial conforme, según indica, a la fuente del codificador que fue el proyecto de Freytas. Es también del mismo autor la sustitución de la expresión “transacciones privadas” por “partición privada”¹²⁵. La deliberada distinción marcada por los dos párrafos del texto fue explicada por los senadores Brasesco y Menem como miembros informantes¹²⁶.

El artículo 297 figuró tal como ha sido sancionado en la redacción aprobada por el Senado. La de la Cámara de Diputados mantuvo el párrafo relativo a las cesiones que resultaran de una subrogación real, que acertadamente no fue aceptado al volver la ley en trámite a su Cámara de origen.

En cuanto al proyecto del Poder Ejecutivo, su redacción del artículo 297 era idéntica a la del Código Civil.

53. Fundamento

Es obvio el fundamento de las prohibiciones legales en análisis. La intención del legislador no es otra que la de evitar toda posi-

¹²⁴ BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 297, parágr. 1; D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., com. al art. 297, I; LLOVERAS, *op. cit.*, com. al art. 297.

¹²⁵ BELLUSCIO, H., Senado de la Nación, folleto cit., p. 64.

¹²⁶ Senador Brasesco, Diario de Sesiones del Hble. Senado cit., p. 1698 y senador Menem, *ídem*, p. 1703.

ble colisión de intereses entre padres e hijos menores y la posibilidad de que se ejerza la representación en perjuicio suyo, incluso eventualmente mediante la asunción de riesgos.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, pesa en la valoración legal, para algunos casos, la complejidad de una especie de convención consigo mismo que efectuaría el representante legal actuando en nombre propio y en representación del hijo y la complicación que comporta, para superarla, la necesaria designación de tutor especial¹²⁷.

Las prohibiciones coinciden, en general, con las que rigen en cualquier representación necesaria¹²⁸.

54. Naturaleza jurídica

Las prohibiciones de los artículos 279 y 297 son absolutas. Constituyen auténticas incapacidades de derecho en virtud de razones de orden moral, no susceptibles, por lo tanto, de ser subsanadas.

55. Sujetos afectados

Los términos del artículo 279 y la inclusión del artículo 297 dentro del contexto que hace a la gestión de los bienes por los padres en ejercicio de la patria potestad, sugiere dudas respecto a su aplicación cuando el progenitor implicado en el negocio se encontrara excluido de intervenir en la gestión de los bienes. Por ejemplo, ¿sería admisible la venta de una cosa del hijo menor al padre privado de la patria potestad, asumiendo el otro progenitor, o el tutor, la representación de aquél, ya que los contratantes quedan al margen de la prohibición al no hallarse uno bajo la autoridad del otro?

127 BUSSO, *op. cit.*, *loc. cit.*, com. al art. 279, N° 2.

La Cámara Nacional Civil Sala A ha invocado una razón de orden general común a todos los contratos consigo mismo: el peligro de que el representante defienda mejor sus propios intereses que los del representado (26 de mayo de 1978, en LL, 1978-D,742).

128 En el mismo sentido LLOVERAS, *op. cit.*, com. al art. 297, nota 5.

La cuestión no es sencilla de solucionar a pesar de la interpretación restrictiva que cabe a las incapacidades de derecho. No obstante, en su consecuencia y porque, en supuestos como el ejemplificado, la razón de ser de la prohibición no existe dado que el progenitor contratante actúa solamente en nombre propio y que la protección del interés del menor recae sobre el otro o el tutor, nos pronunciamos por la aceptación de los negocios prohibidos en la hipótesis genérica analizada, es decir, cuando el progenitor, parte por sí mismo, se encontrara totalmente al margen de la gestión de los bienes del hijo (y no cuando tuviera derechos en este sentido aunque no conservara el ejercicio de la patria potestad)¹²⁹.

A) PROHIBICIONES

56. Alcances de la prohibición de contratar

La prohibición del artículo 279 cubre todos los contratos entre padres e hijos menores de edad. La ley insiste en la negativa de ciertos contratos en particular, registrándose importantes excepciones que se estudian en este mismo capítulo.

56.1. *Compra de bienes de los hijos.* La primera oración del artículo 297 prohíbe a los padres comprar bienes de sus hijos. La redacción es prácticamente idéntica a la de la cuarta cláusula del artículo 297 del Código Civil, sustituido, habiéndose dejado de lado la innecesaria aclaración relativa a que los bienes podían ser inmuebles o muebles y se ha acentuado la prohibición anteponiendo “aunque sea” a la mención del remate público.

El precepto concuerda con la disposiciones de los artículos 279 y 1361, inciso 1º, y es correlativa con la del artículo 1359, que pro-

¹²⁹ En contra, escribiendo antes de la ley 23.264, Spota expresaba que la compraventa estaba prohibida entre “el padre a quien le atañe la patria potestad, y por ende, también a la madre, independientemente de quien la ejerce”: SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Buenos Aires, 1974, Vol. II, N° 278.

híbe la venta de bienes de los padres a los hijos que se encuentren bajo su patria potestad¹²⁹⁻¹. Abarca toda forma de realización del negocio, ya sea privada o por subasta pública y tanto ostensible como simulado mediante la interposición de fingido comprador¹³⁰.

En realidad, la norma es superflua dadas las concordancias indicadas. Su importancia reside en la acentuación de la veda del contrato cuando recae sobre una cosa del hijo a pesar de que se efectúe en remate público¹³¹.

57. Asunción de derechos contra el hijo

La segunda oración del artículo 297 prohíbe a los padres constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones en contra de sus hijos. La redacción vigente es preferible a la de su antecedente mediato, la quinta cláusula del artículo 297 sustituido, por haberse suprimido la inexacta referencia “a menos que las cesiones no resulten de una subrogación real”. Dicha reserva había sido tomada de Freytas y, como explica Lafaille, la subrogación real es diversa de la cesión constituyendo dos figuras independientes porque quien se sustituye al acreedor por disposición legal, no es un cesionario. El autor citado aclara que la principal diferencia entre una y otra figura reside en que el subrogado no puede exigir sino el importe que hubiese invertido lo que evitaba que el padre reclamara sobre el patrimonio del incapaz diferencia alguna, como hubiera acontecido en el caso de la cesión¹³².

129-1 El contenido de los actuales artículos 1359 y 1361, inciso 1° se mantiene en los artículos 1334 y 1335.1 del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.

130 Idem, N° 278.

131 Ver el caso de la división de condominio entre padres e hijos, infra N° 62.2.

132 LAFAILLE, *op. cit.*, N° 612; BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 297, N° 93; LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, III, G, c.

57.1. *Constitución de un inmueble del menor como Bien de Familia con los progenitores como beneficiarios.* La adquisición de los derechos subjetivos que corresponden a los beneficiarios del Bien de Familia, si éstos fueran los progenitores del propietario del inmueble, hace extensiva a esta hipótesis la *ratio legis* de las prohibiciones de los artículos 279 y 297.

58. *Partición privada de herencia*

La redacción de 1985 supera con creces la de su antecedente mediato, la séptima cláusula del artículo 297, por el reemplazo de la palabra “transacciones” por “partición”. La fuente del codificador fue el artículo 1537, 6° de Freytas, pero escribió aquel término en lugar de la expresión “partición amigable” que era la empleada en el Esboço¹³³.

Es el negocio prohibido que exige más detenidas consideraciones.

58.1. *Supuestos comprendidos.* La ley se refiere, por separado, a la herencia del progenitor premuerto y a otras herencias en que padres e hijos sean coherederos o colegatarios.

Por la mención expresa de la sucesión del otro progenitor, quedan cubiertos dos supuestos, a saber: la del otro progenitor matrimonial, aunque el sobreviviente no sea heredero por cualquier causa de exclusión hereditaria conyugal (indignidad o presentación de las causas específicas tipificadas en los arts. 3573 a 3575 del Código Civil, o simplemente, por encontrarse el acervo íntegramente constituido por los bienes gananciales adjudicados a la parte del difunto en la partición de la sociedad conyugal, conforme al art. 3576 del Código); la del otro progenitor extramatrimonial en la cual el padre o madre extramatrimonial sobreviviente no es heredero. Quiere decir que, en esta previsión legal, la cualidad de coheredero de padre e hijo no ha

133 BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 297, N° 69.

sido tenida en consideración exclusivamente, si bien existe en cuanto a los bienes propios del cónyuge premuerto.

La mención de otras sucesiones en que los padres y los hijos sean coherederos o colegatarios comprende casos muy definidos. La cualidad de coheredero puede coexistir si progenitor/es e hijos han sido instituidos herederos en un testamento, pero no puede plantearse en ningún supuesto de sucesión *ab intestato*, salvo en la ya mencionada de la sucesión del cónyuge premuerto. La cualidad de colegatarios, con trascendencia en materia de partición, únicamente puede darse si los afectados son legatarios de cuota del mismo testador en cuyo caso intervienen en la partición¹³⁴. Si progenitor/es e hijos son legatarios de cosa cierta o de cantidad, la satisfacción de sus legados se produce al margen de la partición hereditaria.

No tratándose de las figuras descriptas en el artículo 297, los progenitores pueden partir privadamente la sucesión deferida a los hijos que se hallan bajo su potestad. Las disposiciones de los artículos 3462 y 3465 del Código Civil, que parecerían excluir la partición privada cuando concurren menores, registran las importantes excepciones establecidas en los artículos 3514 y 3515. El progenitor que está autorizado a partir su propia herencia entre sus descendientes (art. 3514, primera oración y arts. siguientes), que lo está también para dividir entre éstos los bienes que hayan obtenido en "otras sucesiones" (art. 3514, segunda oración) y que pueden designar tutores con la facultad de partir la herencia con autorización judicial (art. 3515)¹³⁵,

134 Es una consecuencia que deriva de la caracterización singular del legatario de cuota, que forma parte de la comunidad hereditaria. Ver PEREZ LASALA, José Luis, *Derecho de sucesiones*, Buenos Aires, 1978, T. I, Nos. 101, 105, 544; MAFFIA, Jorge O., *Tratado de las sucesiones*, Buenos Aires, 1978, T. I, N° 27 y T. II, N° 538; BORDA, *Tratado de Derecho Civil argentino. Sucesiones*, Buenos Aires, 1970, T. I, N° 566 y T. II, especialmente, N° 1398 y jurisprudencia que cita.

135 BORDA recién cit., T. I, N° 588; PEREZ LASALA, *op. cit.*, T. I, N° 554. Con respecto a la necesidad de autorización judicial en el caso previsto en la última oración del art. 3514, ver infra N° 100.3.

Se ha resuelto que lo previsto en el artículo 3514 al facultar al ascendiente para hacer la partición de los bienes que los descendientes obtuvieran de otras sucesiones, supone que aquéllos carecen de interés en la sucesión a distribuir. CNCiv., Sala A, 10 de mayo de 1979, en LL 1979-D, 20.

es hábil, lógicamente, para partir en forma privada la sucesión a que concurran sus hijos con otros coherederos. Estas hipótesis son analizadas infra en el N° 100.3.

58.2. *Forma prohibida de partición.* Está prohibida la partición privada, esto es, por escritura pública (art. 3462 y 1184, inciso 2°).

Cabe interrogarse si es admisible la partición por instrumento privado presentado al juez de la sucesión, conforme al inciso 2° del artículo 1184. Un sector de la doctrina especializada entiende que no se está aquí ante una forma privada de partición sino de una forma mixta¹³⁶, en que se conjuga la voluntad de los copartícipes expresada en el instrumento privado y la homologación judicial. Por el contrario, Borda y Maffía sostienen que esta forma de división es privada¹³⁷.

Inclinándonos por que la partición en instrumento privado homologado judicialmente no es exclusivamente privada por la actitud activa que se espera del convocado a conocer de ella dentro del procedimiento sucesorio, opinamos que aun así no es aceptable en los casos incluidos en el artículo 297 porque es sustitutiva de la partición por escritura pública según el contenido del artículo 1184.

58.3. *Extensión de la norma.* Las reglas sobre la partición de la herencia se aplican a la partición de la sociedad conyugal, del condominio y de la sociedad civil (arts. 1313, 2698 y 1788 del Código Civil). Queda, por lo tanto, vedado hacerla privadamente si intervinen padres e hijos.

Es particularmente importante subrayar que el progenitor sobreviviente no puede partir privadamente su sociedad conyugal cuando hijos menores ocupan el lugar del cónyuge premuerto, debiendo recordarse que la prohibición no rige con respecto al progenitor que se encuentra excluido de la gestión de los bienes de aquéllos.

¹³⁶ PEREZ LASALA, *op. cit.*, T. I, N° 578.

¹³⁷ BORDA, *Sucesiones cit.*, T. I. N° 586; MAFFÍA, *op. cit.*, T. II, N° 543.

58.4. *La partición judicial satisface la exigencia legal.* El recaudo legal queda cubierto con la partición judicial sin que sea indispensable nombrar curador al menor¹³⁷⁻¹.

59. Fianza a favor de los progenitores o de terceros

La prohibición figuraba en la oración final del sustituido artículo 297 del Código Civil. Está reproducida en la legislación vigente.

Plenamente justificada, armoniza con la disposición del artículo 2011, 3º, que agrega “aunque (los representantes necesarios) sean autorizados por el juez”, referencia ahora innecesaria con respecto a los padres, ante la claridad de la redacción del artículo 297¹³⁷⁻².

60. Sanción

El artículo 299 del Código dispone que: “Los actos de los padres contra las prohibiciones de los dos artículos anteriores son nulos y no producen efecto alguno legal”. El texto es de la redacción primigenia y no ha sido afectado por la ley 23.264. Comprende, en el derecho actual, tanto los actos prohibidos del primer párrafo del artículo 297 como los que requieren autorización judicial del segundo párrafo y del artículo 298.

La sanción está corroborada por la de ineficacia establecida en el artículo 18. Los actos contrarios a las prohibiciones del artículo 297 son nulos por violar incapacidades de derecho (art. 1043) estando afectados por un vicio rígido¹³⁸. Son de nulidad relativa porque la veda está dispuesta en protección del interés de los menores, por lo tanto, son susceptibles de confirmación por los mismos en su mayor edad.

¹³⁷⁻¹ Ver BELLUSCIO, trabajo cit. infra en nota N° 261, VI, nota 17 y las excepciones que allí mismo menciona.

¹³⁷⁻² El contenido del artículo 2011 no figura en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial. El vigente artículo 297 cubre ampliamente el supuesto.

¹³⁸ LLAMBIAS, *Parte general* cit., T. II, N° 1930.

El texto del artículo 299 no alcanza al 279 que prohíbe los contratos entre padres e hijos sometidos a la patria potestad. Su régimen de invalidez, no obstante, es análogo al explicado para los actos prohibidos del artículo 297 por serles aplicables los artículos 18 y 1043¹³⁹.

B) EXCEPCIONES

61. *Excepciones a la prohibición de contratar entre padres e hijos menores de edad*

Existen muy importantes excepciones a la prohibición de contratar entre padres e hijos menores de edad.

61.1. *Donaciones a favor de los hijos*. El artículo 1805, redacción del Código Civil original, dispone con sorpresiva actualidad que “El padre y la madre, o ambos juntos, pueden hacer donaciones a sus hijos de cualquier edad que éstos sean. Cuando no se expresare a qué cuenta debe imputarse la donación, entiéndese que es hecha como un adelanto de la legítima”.

a) *Consideraciones generales*. En todas las hipótesis de donación prescindimos de la problemática del asentimiento conyugal que será exigible en los términos del artículo 1277 del Código Civil.

La norma del artículo 1805 incluye una de las posibilidades de dispensar expresamente de la obligación de colacionar, ya que lo constituirá la disposición del o los donantes que impute la donación a la porción disponible. Faltando la cláusula expresa en este sentido, la ley entiende que la donación es un adelanto de la legítima y que no se encuentra, en consecuencia, exenta de colación¹⁴⁰.

Es obvio que la donación debe ser adoptada como exigencia ineludible de su carácter contractual (art. 1792). Spota, por el contrario,

¹³⁹ BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 279, Nos. 6 y 7. Ver BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., N° 552.

¹⁴⁰ GUASTAVINO, *op. cit.*, N° 327 y ss.

sostiene que en el supuesto de donación de padres a hijos menores es admisible el autocontrato, tanto en la hipótesis de donación pura y simple como de donación con cargo si los cargos no insumen el contenido económico del derecho objetivo de atribución patrimonial gratuita. Se funda en la inexistencia de conflicto de intereses entre donante y donatario incapaz (lo que el afecto de los padres justifica plenamente), en la posible eximición de responsabilidad del donatario mediante el abandono de la cosa donada (art. 1854), en la conveniencia de evitar los gastos y complicaciones propios de la designación de tutor especial para la aceptación de la liberalidad, nombramiento que “no ampara el interés de la familia desconociendo las exquisitas valoraciones que se desprenden de ese cúmulo de derechos-funciones que emanan de las relaciones paternofiliales”. Invo-ca en su apoyo la redacción de Bibiloni que en el artículo 1580 del Anteproyecto dispone que la donación a los hijos menores “no requiere aceptación”¹⁴¹.

No obstante, ninguna de estas atendibles razones autoriza a prescindir de la caracterización de la donación como contrato con todas sus consecuencias. El artículo 1805 no tenía por qué repetir la tipificación de la misma ni sus requisitos, al igual que no se lo hace cada vez que el Código alude a los distintos contratos.

Como expresa Guastavino, la exigencia de la aceptación del donatario resulta del artículo 1792 que es principio genérico y aparece corroborada, aunque se trata de situación no idéntica, por el artículo 3333¹⁴².

La liberalidad que los padres quieran efectuar a favor del hijo, mientras no haya sido aceptada, constituirá una oferta de donación, revocable como cualquier otra oferta conforme a los artículos 1150¹⁴²⁻¹ y 1793 del Código Civil y con el régimen de subsistencia

¹⁴¹ SPOTA, *op. cit.*, Vol. II, N° 253. También *Tratado de Derecho Civil*, T. I., Vol. 36 (8), N° 1999.

¹⁴² GUASTAVINO, *op. cit.*, N° 334.

¹⁴²⁻¹ Ver artículos 1149 y 1150 del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.

que establece el artículo 1795¹⁴³. Es indiscutible que el dominio sobre la cosa donada no se desplaza al patrimonio del donante hasta que el contrato no se haya perfeccionado: la amplitud de sus facultades al respecto resulta claramente del artículo 1793.

b) *Donaciones no ostensibles*. Es relativamente frecuente la donación de los padres a los hijos menores realizada de manera no ostensible a través de una compra que aquéllos efectúan con fondos que les pertenecen “para que el hijo adquiera” la cosa comprada.

143 El tema de la donación no aceptada fue tratado en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes 1985. El despacho de mayoría sostiene lo siguiente: “A. *Naturalaleza*. Siendo la donación, en nuestro régimen civil, un contrato (arts. 1789 y 1792 CC), la denominada ‘donación aún no aceptada’, es una oferta o propuesta de ese contrato. La transmisión del dominio de la cosa objeto de la donación, tratándose de una adquisición de dominio derivada, requiere de la tradición (arts. 577, 2601 a 2603, 3265 y concordantes CC). B. *Efectos*. B. 1. *Revocación de la oferta*. El régimen de la revocación de la oferta de donación, no difiere del establecido para la revocación de la oferta en general. Tal oferta puede ser revocada (‘retractada’) antes de ser aceptada, de acuerdo con el principio general del art. 1150 CC y el especial del art. 1793, primera parte Cód. cit. La segunda parte del artículo 1793 no impide la revocación expresa referida en la primera, sino que simplemente menciona en enumeración enunciativa algunos supuestos de revocación tácita. El artículo 1793 del CC no implica tampoco negar la posibilidad de oferta irrevocable de donación, en los términos y con el alcance del artículo 1150 del mismo Código. B. 2. *Caducidad de la oferta*. En materia de caducidad de la oferta de donación por muerte o incapacidad (art. 1795 CC), se altera en parte el régimen de la oferta en general, por cuanto en caso de muerte o incapacidad del donante, se establece una excepción al principio del artículo 1149 C. Civil”. Firmaron el despacho de mayoría, los miembros de las Jornadas, Dres. Centeno, Ravanna, Conte, Mosset Iturraspe, Angelani, Sánchez Uribe, Marcos, Campanella, Stodart de Sassin, Gastaldi, Cernari, Luvera, Pratesi, Centanaro, Belchelo, Espinosa, Richeri de Barreto, Chamorro Vanasco, Conas, Pita. Los miembros Sánchez Uribe y Angelani, adhirieron al punto B. 2 transcripto, agregando: “El efecto de la donación aún no aceptada si se trata de oferta comprendida en el artículo 1795 del CC (excepción al art. 1149), es que dicha oferta tiene fuerza vinculante”.

El despacho de minoría sostiene: “1. Que la donación aún no aceptada prevista en el artículo 1789 del C. Civil, es un acto jurídico unilateral que constituye la causa gratuita de la transferencia del dominio sobre una cosa inmueble, que realiza el donante a favor del donatario, la que se opera por la simple manifestación formal de la voluntad del otorgante de transferirla. 2. Que la donación aún no aceptada es una figura técnica diferente del contrato de donación que recién se perfecciona con la aceptación del donatario. 3. Que por virtud del acto jurídico unilateral previsto en el art. 1789 C. Civil, el donatario adquiere, directamente, el derecho de propiedad sobre la cosa inmueble donada, aunque con carácter de inherente a su persona y de revocable —solamente por el donante— hasta la aceptación. 4. Que la aceptación de la donación por el donatario no es necesaria para la adquisición del derecho de propiedad, pero cumple una función eminente, ya que consolida el derecho de dominio ya antes adquirido y hace desaparecer del mismo, el carácter de revocable y de inherente a la persona”. Firmaron el despacho de minoría los Dres. Abelenda, Delfino y Cristaldi.

En la mayoría de los casos, el tercero vendedor es totalmente ajeno a la finalidad perseguida por el o los compradores. El contrato de venta y compra se perfecciona por la voluntad de sus partes (tercero vendedor y padre o padres, compradores), el dominio de la cosa se transmite a los adquirentes con los requisitos comunes y aquéllos formulan, con total independencia del contrato celebrado, su voluntad de que sea el hijo quien adquiera. Esta intención de donar debe ser aceptada y mientras no lo sea, se mantiene en estado de propuesta u oferta. Son aplicables todas las consideraciones efectuadas en el párrafo a).

Aun al margen de toda intervención del vendedor en la atribución intencional del dominio al hijo, puede también incluirse la figura analizada en las hipótesis de compra a favor de tercero. Orelle, precisamente, considera este tipo de cláusula como medio para donar, dentro de una concepción según la cual la estipulación a favor de terceros carece de sustancia propia calificándose de negocio instrumental, operativo, medio al servicio de las más variadas intenciones negociales. Según este autor “La adquisición inmobiliaria, originada en una estipulación en favor de terceros, se traduce, en el ámbito de los derechos reales, en dominio fiduciario. Pero mientras esa estipulación no sea aceptada por el tercero beneficiario, o revocada por el adquirente, la situación jurídica existe y produce una suerte de ‘tensión negocial’ teñida de transitoriedad, de inestabilidad. Es una situación provisoria, no resuelta, y que por ello tiende a resolverse, sea en favor del comprador (a través de la revocación), sea en favor del tercero beneficiario (a través de la aceptación)”. Dicha situación jurídica es inestable o transitoria “porque el titular fiduciario, si bien detenta la titularidad del bien y del derecho contractual sobre la cosa, se encuentra limitado por la condicionalidad de su situación. Respecto del tercero beneficiario (fideicomisario), porque si bien ostenta un derecho (contractual) directo y originario, éste no queda consolidado, igual que la adquisición dominal del bien, hasta tanto no se pro-

duzca la aceptación y traspaso del mismo”¹⁴⁴. Resulta muy claro dentro de esta descripción de efectos, que la adquisición del dominio se produce en cabeza del comprador y que la adquisición por el beneficiario depende de su aceptación. Conforme a la opinión de Piantoni, la ventaja “no ingresa al patrimonio del tercero sin su previa voluntad” afirmando que “este es un requisito esencial para que llegue a consumarse el contrato a favor de tercero”¹⁴⁵.

Dentro de la singularidad de efectos de la compra a favor de terceros, es importante subrayar que los acreedores del titular fiduciario pueden revocar la estipulación actuando subrogatoriamente y también trabar medidas precautorias sobre la cosa antes de hacerlo, aunque tales medidas pueden resultar inoperantes si el beneficiario acepta, en cuyo caso adquiere el dominio¹⁴⁶.

Es asimismo imaginable que el vendedor no sea ajeno a la voluntad de que el hijo adquiera, en otros términos, que venda a los padres para el hijo. Saldado el precio con fondos de los padres, la donación a favor de los menores es siempre el contrato subyacente. El acuerdo de voluntades entre vendedor y compradores no modifica esta cuestión, a pesar de ser apto para trascender en las relaciones entre las partes de la compraventa y aun de afectar al beneficiario, entrando en determinadas concepciones del negocio fiduciario¹⁴⁷.

La donación no ostensible es, obviamente, colacionable.

144 ORELLE, José M. R., *Compra de inmuebles por y para terceros*, Buenos Aires, 1977, parágr. 41 y 42 (la transcripción es del segundo).

El autor citado ofrece los siguientes modelos de la fórmula estudiada: A favor de persona por nacer: “El señor H. M., manifiesta que realiza esta adquisición en favor del primer hijo que nazca de su matrimonio con L. H.”; a favor de menor de edad impúber: “El señor N. S., manifiesta que efectúa esta adquisición en favor de su hijo F. S., de 12 años de edad”.

145 PIANTONI, Mario A., *Contratos a favor de terceros*, en LL 1980-A, Sec. doctrina, 821 y ss., p. 826.

146 ORELLE, *op. cit.*, parágr. 45, a).

147 “Por negocio fiduciario entendemos una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho a nombre propio pero en interés, o también en interés del transferente o de un tercero. La atribución al adquirente es plena, pero éste asume un vínculo obligatorio en orden al destino o empleo de los bienes de la entidad patrimonial”. GRASSETTI, C., *Del negocio fiduciario e della sua ammissibilità nei nostro ordinamento giu-*

c) *Inscripción registral de donaciones y estipulaciones a favor de los hijos*. El principio establecido en el artículo 94 del decreto N° 2080/80, reglamentario de la ley 17.801 para la Capital Federal, Territorios Nacionales e Islas del Atlántico Sur, responde a lo explicado en cuanto a donaciones ostensibles o no, a favor de los hijos menores. Distintos registros del interior del país han adoptado idéntico sistema, pudiendo citarse la Disposición Técnico-Registral N° 001 del Registro de la Provincia de Santa Fe, en vigencia desde el 5 de marzo de 1984, del siguiente tenor en lo pertinente: “2°... Cuando la adquisición fuere realizada por el padre o la madre por derecho propio, acordándose una estipulación a favor del menor o con carácter de donación para éste, el bien se inscribirá a nombre del padre, dejándose constancia de la estipulación o donación en el rubro observaciones, salvo que la adquisición se presente para su registro juntamente con el documento de aceptación o que ésta estuviere contenida en el mismo acto, en cuyo caso el bien se inscribirá directamente a nombre del menor”¹⁴⁸.

La Disposición Técnico-Registral 5/76 del Registro de la Provincia de Buenos Aires no hace la distinción que se ha visto en las otras dos recién citadas, puesto que establece que ya sea que los padres adquieran para sus hijos o por ellos, la registración del dominio ha de hacerse a nombre del menor, aunque no se haya invocado expresamente la representación legal o el ejercicio de la patria potestad. En acertada crítica, Gattari opina que esta disposición debe ser corregi-

ridico, en Rivista di Diritto Commerciale, parte 1a., p. 348, citado por MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, Buenos Aires, 1975, T. II, p. 222, texto y nota N° 23.

¹⁴⁸ En los considerandos de la disposición se menciona, como antecedente, el debate suscitado durante la XVIII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (Buenos Aires, 1981), y el despacho aprobado con una disidencia, citándose la Revista Registral N° 3, publicación oficial del Registro de la Propiedad de la provincia de Buenos Aires, p. 45.

La Disposición Técnico-Registral N° 001 citada es de la Primera Circunscripción del Registro de la provincia de Santa Fe. La Segunda Circunscripción (Rosario) tiene una idéntica de fecha 2 de julio de 1984 con el N° 38/84.

da por su inconveniencia, su falta de fundamento doctrinario irrefutable y “las situaciones reales de auténtico perjuicio que pueden derivarse para los propios menores a quienes pretende protegerse”. Acota que, al menos, debe adecuarse al régimen vigente de patria potestad, de manera que, cuando el padre o la madre por separado, compren para el hijo menor, el bien se inscriba a nombre del adquirente y no de éste porque la comparecencia de uno solo de los progenitores no permite remitirse al ejercicio de la autoridad conforme al artículo 264¹⁴⁸⁻¹. Se trataría, razonablemente, del supuesto de adquisición por los progenitores con fondos del hijo; si compraran con fondos personales del padre o madre, no es necesaria la intervención de ambos progenitores pues lo que se configura es una donación de uno de ellos a favor del hijo, al margen de las exigencias registrables que deriven del asentimiento conyugal necesario.

d) *Partición por el ascendiente por donación*. La partición por el ascendiente por donación es perfectamente lícita: no está incluida entre las particiones prohibidas del artículo 297 (el ascendiente parte su propia herencia) y el medio (la donación de padres e hijos) está permitido (art. 1805). Podría suscitar algunas dudas a causa de la responsabilidad que comporta para los donatarios, que se aproxima a la de un fiador del donante y rozaría la prohibición de la última oración del artículo 297 y del artículo 2011 inciso 3°. No es así porque tal responsabilidad, existente sólo en la hipótesis de partición-donación del patrimonio total del donante es, además de subsidiaria y simplemente mancomunada, siempre *intra vires*, es decir, no puede exceder los bienes recibidos (arts. 3519 y 3520).

Lógicamente, la partición-donación ha de ser aceptada por los donatarios.

e) *Aceptación de la donación*. Con respecto a la aceptación de

¹⁴⁸⁻¹ GATTARI, Carlos Nicolás, *La ley 23.264 sobre reforma de la patria potestad. Su repercusión en las escrituras*, en Revista del Notariado 803, 973 y ss., p. 985.

todas las donaciones consideradas en este párrafo, nos remitimos infra al número 117.

61.2. *Sociedades entre padres e hijos.* Las sociedades entre padres e hijos menores de edad pueden presentarse conforme a distintos supuestos legales, debiendo recordarse la prohibición del artículo 27 de la ley 19.550 en cuanto a la integración de sociedades por ambos esposos (sólo están permitidas las sociedades por acciones y de responsabilidad limitada).

a) *El artículo 12 del Código de Comercio.* El artículo 12 del Código de Comercio ha sido sustituido por la ley 23.264, a solos efectos de adaptarlo al régimen vigente de patria potestad y a la igualdad jurídica de varón y mujer conforme a la plena capacidad civil de que ésta goza. Según el artículo 17 de la ley de 1985, el “hijo mayor de dieciocho años, que fuese asociado al comercio del padre o de la madre, o de ambos, será reputado autorizado y mayor para todos los efectos legales en las negociaciones mercantiles de la sociedad. La autorización otorgada no puede ser retirada al menor sino por el juez, a instancias del padre, de la madre, del tutor o del Ministerio Púpilar, según el caso y previo conocimiento de causa. Este retiro, para producir efecto contra terceros que no lo conocieren, deberá ser inscripto y publicado en el Tribunal de Comercio respectivo”.

Se trata de una excepción expresa a la prohibición del artículo 279¹⁴⁸⁻². La autorización no requiere formalidad alguna pudiendo resultar de hechos que evidencien indudablemente que el padre o la madre, o ambos, han conferido al hijo el rol de socio¹⁴⁹.

¹⁴⁸⁻² C. Com. Cap., Sala A, 28 de mayo de 1958, en LL 93, 43; CNCiv., Sala D, 23 de setiembre de 1969, en LL 138, 208.

¹⁴⁹ CAMARA, Héctor, *Capacidad e incompatibilidad de las personas individuales para integrar sociedades mercantiles*, en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, N° 110, abril de 1986, p. 169 y ss., N° 3.2 y sus referencias. También menciona la opinión opuesta sustentada por la C. Com. de la Capital, 16 de noviembre de 1938, en LL 12, 753.

Los efectos de esta verdadera forma de emancipación mercantil o de habilitación para el ejercicio del comercio, están restringidos según los términos del texto reproducido¹⁴⁹⁻¹.

b) *Indivisiones hereditarias y constitución de sociedades*. El artículo 28 de la ley 19.550 considera el caso de que las indivisiones hereditarias permitidas por la ley 14.394 se traduzcan en la formación de sociedades comerciales. Dispone al respecto lo siguiente: “Cuando en los casos legislados por los artículos 51 y 53 de la ley 14.394, existan herederos menores de edad, éstos deberán ser socios de responsabilidad limitada. El contrato constituido deberá ser aprobado por el juez de la sucesión. Si existiere posibilidad de colisión de intereses entre el representante legal y el menor, se designará un tutor *ad-hoc* para la celebración del contrato y para el contralor de la administración de la sociedad si fuere ejercida por aquél”.

El texto menciona sólo dos de los artículos dedicados a las indivisiones hereditarias por la ley 14.394. En ambos se contempla más de una hipótesis: la de la indivisión sobre toda la herencia impuesta sobre el causante, o sobre un bien determinado, o sobre un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica, en el artículo 51; la de un establecimiento análogo y también la del hogar conyugal adquirido o construido con fondos gananciales, en el artículo 53. No se menciona el artículo 52 en que la indivisión puede ser acordada por los herederos.

Considerando primeramente las figuras expresamente mencionadas a través de la referencia del artículo 28 de la ley de sociedades, la constitución de sociedades no es imperativa y en todos los supuestos enunciados, la indivisión puede continuar en forma de condomi-

¹⁴⁹⁻¹ El precepto del Código de Comercio comentado quedaría incluido en la derogación de éste si se acepta el proyecto de ley de unificación civil y comercial, pero quedaría cubierto por la mayoría de edad a los 18 años *ipso iure*, que allí se dispone.

nios¹⁵⁰. Pero es indudablemente lo más razonable que si se trata de unidad económica es decir, de establecimientos de explotación agrícola, ganadera, minera, industrial o comercial, la forma jurídica que han de asumir es la de sociedades, lo que resulta imperativo cuando la sociedad ya existía en vida del causante, caso en que, probablemente, se aplicarán otras normas de la misma ley 19.550. La preferencia de la forma societaria sobre el condominio se desprende de que la sociedad “es dinámica, constituida para la explotación de los bienes aportados para el logro de una utilidad a distribuirse entre los socios por la organización para ese fin; al decir de Halperín, presupone la empresa. De allí que la adquisición de un comercio en común implica sociedad porque el destino del bien adquirido es su explotación”¹⁵¹.

El artículo 28 de la ley 19.550 prevé la constitución de sociedad entre herederos para la explotación recibida por sucesión *mortis causa*, con expresa mención de que puede encontrarse integrada por menores y de los requisitos especiales a satisfacerse en este supuesto: su responsabilidad limitada, la aprobación judicial del contrato constitutivo y de sus modificaciones posteriores, la designación de tutor especial para obviar la posible colisión de intereses entre el o los padres y el o los incapaces, con funciones que van más allá de la formalización del contrato extendiéndose al control de la administración si fuera ejercida por aquél o aquéllos, exteriorizándose, por ejemplo, en la aprobación de los balances de ejercicio¹⁵². Dado el régimen de ejercicio conjunto de la patria potestad, no sería necesaria la designación de tutor especial si uno solo de los progenitores integrara la sociedad pudiendo asumir el otro la representación del

150 MOLINARIO, Alberto D., *Indivisiones hereditarias y condominios forzosos organizados por la ley 14.394*, La Plata, 1959. CSN, JA 71, 995.

151 LLAMBIAS, Jorge y ALTERINI, Atilio A., *Código Civil anotado*, T. III. B, com. al art. 1648, p. 443, citado por CAMARA, *op. cit.*, nota N° 106. Ver en la misma obra, pero en su tomo IV-A, de Jorge H. Alterini, la jurisprudencia citada en el comentario al art. 2673, p. 491 y ss., N° 4 y ss.

152 CAMARA, *op. cit.*, N° 3.5.2., en p. 205.

menor¹⁵³. La aprobación judicial del contrato cubre el requisito de la autorización judicial (art. 264 quater, 6º, art. 297 segundo párrafo). El control de la administración requerirá o no autorización judicial según resulte del régimen de gestión de bienes de los menores bajo patria potestad o tutela aplicado a cada negocio determinado a aprobar.

La representación del menor por el otro progenitor o por tutor especial es necesaria aunque el progenitor socio no sea el único administrador social¹⁵⁴.

c) *Sociedad comercial en que el padre, o la madre, o ambos, son socios y en la que el hijo recibe el carácter de socio por vía hereditaria.* La hipótesis aquí considerada es aquella en que el menor recibe cuotas de sociedad por vía sucesoria, conforme a las disposiciones de los artículos que se transcriben a continuación, si uno o ambos progenitores son también socios de la misma sociedad (por ejemplo, caso del menor instituido heredero por el socio de quien los padres de aquél eran socios o, simplemente, del menor que hereda a uno de sus progenitores de quien el otro era socio acompañado de otros consocios). En efecto, verdaderos pactos sobre herencia futura están previstos en los artículos 90, segundo párrafo de la ley 19.550 con respecto a las sociedades colectivas y en comandita simple, y en el artículo 155 de la misma ley, redacción de la ley 22.903, con respecto a la sociedad de responsabilidad limitada. Según el primero, "En las sociedades colectivas y en comandita simple, es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos (del socio). Dicho pacto

¹⁵³ La sucesión en que uno de los progenitores y el menor aparezcan como socios no será necesariamente la del otro progenitor. Es imaginable la institución hereditaria a favor del padre o de la madre y del hijo, supuesto que entra en la comprensión del art. 51 de la ley 14.394.

La representación del hijo por el progenitor que no tiene interés directo en el negocio recuerda, para este y casos análogos, la disposición del art. 320 del C.C. italiano: "Si el conflicto surge entre el hijo y uno solo de los genitores en ejercicio de la potestad, la representación del hijo corresponde exclusivamente al otro genitor". Una disposición similar se registra en el art. 270 del C.C. venezolano, última oración del penúltimo párrafo.

¹⁵⁴ CAMARA, *op. cit.*, última referencia efectuada.

obliga a éstos sin necesidad de un nuevo contrato, pero pueden ellos condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria”; según el segundo texto citado, en la sociedad de responsabilidad limitada, “si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio cuando acrediten su calidad, en el ínterin actuará en su representación el administrador de la sucesión...”

Es indiscutible que los menores están incluidos en la posibilidad de acceder a la sociedad por la vía indicada¹⁵⁵ pero no sería tan evidente si esto procede cuando sus progenitores o uno de ellos son, o es, integrante de la misma, porque esta situación no está contemplada expresamente como lo están las indivisiones hereditarias de la ley 14.394 en que todos los socios son herederos. No obstante, no hay razón para negarlo dado que la incorporación de los herederos del socio difunto es obligatoria, que tampoco se hace excepción expresa del supuesto y que siempre existe la opción para limitar la responsabilidad de los sucesores universales ya sea transformado su parte en comanditaria o transformando la sociedad colectiva en una SRL. Pero sí es ineludible que la mentada limitación de responsabilidad se establezca siempre para los menores, por extensión interpretativa de lo dispuesto en el artículo 28, y que, asimismo, se deba superar el eventual conflicto de intereses entre padres e hijos en la forma que prevé la citada norma.

Obsérvese que, por la obligatoriedad de la continuación del carácter de socio en los herederos, no es necesaria una manifestación de voluntad de éstos para incorporarse a la sociedad. La limitación de responsabilidad es un acto típicamente en protección del menor y, a nuestro entender, debido: puede ser otorgado por cualquiera de los progenitores que ejerza a tales efectos la representación del hijo o por el tutor especial.

¹⁵⁵ CAMARA, *op. cit.*, N° 3.5; STRATTA, Alicia Josefina, *La capacidad para formar sociedad*, en LL, 1982-A, Sec. doctrina, p. 729 y ss., 2.1.4.

d) *Sociedades por acciones*. Es innecesario aclarar que padres e hijos menores pueden ser propietarios de acciones en una sociedad de capitales¹⁵⁶.

e) *¿Pueden constituirse sociedades comerciales entre padres e hijos fuera de los casos precedentes?* Merece mención en especial, el silencio del artículo 28 de la ley 19.550 sobre las indivisiones hereditarias previstas en el artículo 52 de la ley 14.394, según el cual “los herederos podrán convenir que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años” y “si hubiere herederos incapaces, el convenio concluido por sus representantes legales, no tendrá efecto hasta la homologación judicial”.

Sin negar que la indivisión puede quedar supletoriamente regida por las reglas del condominio, obran las mismas razones de los casos anteriores, favorables a la constitución de una sociedad cuando la indivisión parcial recae sobre un establecimiento de explotación. La jurisprudencia registra resoluciones aprobatorias de sociedades constituidas entre el progenitor sobreviviente y los hijos para continuar los negocios del padre premuerto. Escribe Borda, en ese sentido: “La solución se impone, porque madre e hijos han venido a resultar socios de hecho como consecuencia del fallecimiento del padre; no hay riesgo de que la madre se prevalezca de su situación para medrar en perjuicio de los hijos, porque el contrato de sociedad no hará sino reflejar la realidad jurídica resultante del fallecimiento del causante y porque los aportes y beneficios resultan no de una negociación, sino del monto de las respectivas hijuelas; tampoco hay oposición de intereses, ya que la prosperidad del negocio beneficia a todos. De no aceptarse esa solución, se obligaría a la disolución de la sociedad de hecho y a la liquidación del negocio, lo que puede significar la ruina de los menores. Por similares motivos se ha autorizado una sociedad entre madre e hijos menores para continuar el negocio que tenía el esposo fallecido con un tercero, cuya sociedad

156 MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 637.

se disolvió por la muerte de aquél y por el retiro del otro socio; la realización de un contrato de sociedad entre madre e hijos (que vinieron a resultar socios de hecho en el negocio del padre fallecido) con un tercero”¹⁵⁷.

Incluso ha sido admitida judicialmente la formación de sociedades entre padre e hijos menores y terceros al margen de la situación de premoriencia del otro progenitor, invocándose la norma del artículo 12 del Código de Comercio¹⁵⁸ y asimismo la transformación de una sociedad anónima en la cual tenían acciones padre e hijos en una nueva sociedad de responsabilidad limitada¹⁵⁹.

Conforme al espíritu de la legislación permisiva de las sociedades entre padres e hijos menores, el contrato social requiere autorización u homologación judicial, la responsabilidad de los incapaces será siempre limitada y su representación asumida o por el progenitor no socio o por un tutor especial, conforme a las reglas que regulan su actuación respectiva en materia de bienes de los menores.

f) *Supuesto de sociedad civil*. El caso no está expresamente previsto. Es razonable concluir, no obstante, en su admisión entre padres e hijos por las mismas razones que justifican la posibilidad de existencia de sociedades comerciales entre ellos, particularmente, “la posibilidad de que deriven ventajas para el menor al ser iniciado por los padres en su propia actividad económica”¹⁵⁹⁻¹.

g) *Responsabilidad de los padres*. Para la responsabilidad de los padres vinculada con las normas consideradas, nos remitimos infra el número 128.

¹⁵⁷ BORDA, *Familia* cit., T. II, N° 890. Cita los siguientes fallos correspondientes a los ejemplos suministrados: SC Tucumán, 11 de febrero de 1919, en JA 3, 103; Cam. Civ. de la Capital, Sala D, 14 de setiembre de 1951 (especialmente voto del Dr. Sánchez de Bustamante), en LL 64, 391; juzgado de 1a. instancia Cap., firme, 18 de junio de 1951, en JA 195-1III, 341.

¹⁵⁸ CNC. Sala D, 23 de setiembre de 1969, en ED del 10-12-1970 y Revista del Notariado 715, 345.

¹⁵⁹ Cam. Civ. 2a. de la Capital, 11 de febrero de 1950, en JA 1951-II, 466.

¹⁵⁹⁻¹ BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., N° 549, b). El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial suprime la sociedad civil.

61.3. *Contrato de trabajo.*

a) *Delimitación del tema.* El tema a dilucidar en este apartado es distinto, aunque vinculado, al tratado oportunamente sobre la coordinación de las disposiciones de la ley 23.264 con las normas de Derecho Civil y de Derecho Laboral relativas a la actividad laboral del menor. Se considero entonces que ante el silencio del artículo 293 sobre la sujeción del peculio del menor a la gestión paterna, debe interpretarse como que mantiene su vigencia el artículo 128 del Código Civil y el artículo 34 de la ley de contrato de trabajo en ese sentido y que la redacción actual del artículo 275 del Código Civil determina que el ejercicio profesional del menor recién puede ser encarado libremente por éste por cuenta propia o en relación de subordinación cuando ha llegado a los dieciocho años¹⁶⁰.

Ahora se trata de determinar si en la contratación de su trabajo o su actividad profesional, el menor puede tener como contraparte a uno o ambos progenitores suyos.

b) *Solución anterior a la ley 23.264.* Coordinando el artículo 279 y la redacción del artículo 277, Kemelmajer de Carlucci arribó fundamentalmente a la conclusión favorable a la validez del contrato de trabajo entre padre e hijo menor que hubiera cumplido dieciocho años, con todas las consecuencias que de él derivan (pago de contribuciones asistenciales, remuneraciones, indemnizaciones, vacaciones, efectos previsionales). Se trata de una inferencia lógica de la capacidad del menor para la celebración del contrato, plausible, beneficiosa y sin riesgos para éste por la especialidad de la relación de familia involucrada y por la aplicación de la legislación laboral protectora¹⁶¹.

c) *Interpretación del régimen vigente.* El artículo 277 ha recibido una nueva redacción en la ley 23.264 que no altera la esencia de su contenido sino que se limita a actualizar la expresión del mismo. Dice ahora: "Los padres pueden exigir que los hijos bajo su autoridad

¹⁶⁰ Supra Nº 15. Ver allí la influencia sobre el tema de la legislación proyectada.

¹⁶¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, *op. cit.*, p. 58 y ss.

y cuidado les presten la colaboración propia de su edad, sin que ellos tengan derecho a reclamar pago a recompensa". Dada la mentada identidad de contenidos de las dos relaciones sucesivas de este texto, diríase que las consideraciones expuestas en el párrafo anterior le son extensibles. No obstante, la dificultad resulta del orden cronológico entre la ley 17.711, la ley 20.744 y la ley 23.264, por lo que las disposiciones de esta última derogarían tácitamente las primeras, con los alcances de que estando vedada la remuneración del padre al hijo, faltaría uno de los elementos definitorios del contrato de trabajo.

Entendemos que no es así, porque el artículo 277 establece que los menores *no tienen derecho* por la sola fuerza de disposición legal y el hecho de la prestación de colaboración a sus padres, a percibir remuneración alguna, pero ello no significa que, de común acuerdo y dada la capacidad para celebrar el contrato de trabajo de que goza el menor, pueda convencionalmente establecerse esa obligación del empleador, así como todas las otras que le correspondan, sus derechos, y los correlativos derechos y obligaciones del trabajador.

Jurisprudencialmente ha sido aceptado que el pago voluntario por los padres de los servicios personales de sus hijos es computable a fines previsionales¹⁶².

La solución es razonable, no reñida con la interpretación gramatical del artículo 277 y satisface las valoraciones positivas de la contratación de trabajo entre padres e hijos. Sin duda, siempre quedará un margen de servicios ajenos a los contratados, en que el artículo 277 tendrá plena aplicación.

En cuanto a los menores entre los 14 y los 18 años, en virtud de la disposición del artículo 187 de la ley 20.744, la admisión del contrato resulta de su capacidad para contraerlo cuando con conocimiento de sus padres viven independientemente de ellos (lo que no implica ninguna otra alteración de los contenidos de la patria potestad).

¹⁶² CN del Trabajo. Sala I, en ED 9, 179, cit. por D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., com. al art. 277.

6 2. Contratos de discutible admisión

62.1. *Contratos que recaen sobre el peculio del hijo o los bienes subrogados a éste.* La cuestión es difícil de resolver porque entran en colisión, la capacidad del menor mayor de dieciocho años para administrar y disponer lo que obtiene con su trabajo (art. 128 del Código Civil *in fine* y artículo 34 de la ley 20.744) y la prohibición de la contratación con el o los progenitores del artículo 279 del Código Civil¹⁶²⁻¹. Si bien en virtud de la primera, el menor podría comprar cosas de éstos pagando con el fruto de su actividad profesional o laboral o se encontraría en condiciones jurídicas de alquilarles una cosa adquirida con su peculio y también de vendérselas, la norma del artículo 279 limita el ámbito de su capacidad mediante una prohibición que afecta a la contratación misma cualesquiera sean los bienes sobre los que recaen. Por de pronto, la prohibición de vender los padres a los hijos es expresa en el artículo 1359 y la de comprar cosas de éstos, en el artículo 1361, inciso 1°¹⁶²⁻², y como es sabido, las prohibiciones en materia de compraventa son extensivas a la permuta (artículo 1490) e incluso, en cierto sentido, a la locación (artículo 1494). No cabría tampoco exceptuar del artículo 279, la donación del hijo a favor del padre o los padres sin norma expresa que la autorice salvo los regalos de costumbre.

Kemelmajer de Carlucci se pronuncia a favor de la validez de la venta o la locación de una cosa adquirida con el peculio del menor con uno (o ambos) progenitores como compradores o locatarios. Invoca en su apoyo que el artículo 128 del Código es específico con respecto a la regla genérica del artículo 279, que la patria potestad que continúa sobre el menor trabajador o profesional no es óbice para que éste se encuentre facultado para la celebración de determinados negocios jurídicos con quien la ejerce, que la admisión de estos

¹⁶²⁻¹ Téngase presente la citada disposición del artículo 55 del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.

¹⁶²⁻² Ver artículos 1334 y 1335, inc. 1° del proyecto recién citado.

contratos no incide sobre el carácter de orden público de la autoridad paterna, que no hay peligro moral en la contratación (“lo normal es que los padres ayuden a sus hijos y no que se aprovechen de ellos; por lo demás, la edad de 18 años supone ya la madurez suficiente para discernir sobre la conveniencia o no de la operación a realizarse”)¹⁶³.

Sin mengua del interés y prudencia de las razones recién expuestas, obra como argumento corroborante opuesto, el que los autores que estudian la capacidad para cada uno de los contratos planteados se abstienen de cualquier referencia que exceptúe de las prohibiciones a padres e hijos cuando recaen sobre el peculio de los menores o los bienes subrogados¹⁶⁴.

62.2. *Adquisición por uno de los condóminos en la división de condominio entre padres e hijos.* La hipótesis contempla la existencia de un condominio entre padres e hijos, por causa de herencia u otra, y la resolución del mismo a favor de uno de ellos que implicara una adquisición de porción alícuota y un autocontrato si el representante legal del menor es el progenitor condómino.

a) *El padre condómino ejerce su derecho al exigir la disolución del condominio.* Según Lafaille, si se estima que el negocio mencionado entra en la prohibición del artículo 279, el resultado sería grave privando a ese condómino de uno de sus derechos más elementales, afectando asimismo el interés colectivo¹⁶⁵. Conjuntamente con Busso y Borda, aprueban la solución jurisprudencial que admitió a los padres a adquirir en subasta pública los bienes en los cuales eran condóminos o coherederos con sus hijos menores, especificándose que los artículos 297 original del Código Civil y 1361 inciso 1º, sólo

163 KEMELMAJER DE CARLUCCI cit., p. 62 y ss. Téngase presente los artículos 55 y 126 del proyecto con media sanción, de unificación legislativa.

164 Por ejemplo, MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Compraventa inmobiliaria*, Buenos Aires, 1976, Cap. V, Nº 4, p. 265 y ss.; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil argentino. Contratos*, Buenos Aires, 1969, T. I, Nº 617 (para la locación).

165 LAFAILLE, op. cit., Nº 609.

son aplicables cuando se trata de bienes en que los padres carecen de derechos personales¹⁶⁶.

La ley 23.264 no dispone nada al respecto y es muy drástica en la negativa de la primera oración del artículo 297 (“aunque sea en remate público”) que parece acentuar la redacción del artículo 297 sustituido, cuando establecía que los padres no pueden “comprar por sí, ni por interpuesta persona, bienes muebles o inmuebles de sus hijos en remate público”.

Ahora bien, la división de condominio se rige por las normas de la partición hereditaria (art. 2698) por lo que para ésta como para la división de las herencias, juega la cláusula del artículo 297 que prohíbe hacerla privadamente cuando los padres y los hijos son coherederos. Pero ello no significa que la indivisión deba extenderse *sin límites* sino que debe ser hecha judicialmente con todas las garantías que comporta el proceso. Es verdad, no obstante, que la necesidad de partir no significa tampoco que haya de resolverse el condominio a favor de uno de los condóminos porque se satisface con la adquisición por un tercero. Son estas alternativas las que tornan tan engorroso subsanar la prohibición de la adjudicación a favor del padre o madre o ambos, con o sin compensación de las diferencias de valor mediante la entrega de sumas de dinero.

A pesar de tales dificultades, cabe admitir la resolución del condominio a favor del o los progenitores de uno de los condóminos, ya se trate de un condominio de fuente hereditaria u otra, teniendo en cuenta que la división es un negocio único y que la adquisición de una porción alícuota, incluso con parte de precio, es un negocio incidental, auxiliar, sobre todo, un negocio instrumental en cuanto al negocio último único que está permitido¹⁶⁷.

¹⁶⁶ LAFAILLE, *ídem*; BUSO, *op. cit.*, com. al art. 297, N° 90; BORDA, *Familia* cit., T. I, N° 891; *Contratos* cit., T. I, N° 27. Al artículo 1361, inc. 1° corresponde el 1335.1 del proyecto de unificación civil y comercial.

¹⁶⁷ Ver, *mutatis mutandi*, nuestra nota *Partición de gananciales: negocio único* en LL del 21 de octubre de 1986. Spota escribe: “... no se trata de la compraventa, o sea, del

La representación del menor puede ser asumida por el otro progenitor. Se trata de un acto de disposición probablemente sobre inmuebles o muebles registrables, de un acto de enajenación, que requiere autorización judicial (*ratio legis* del art. 264 quater, 6° y del art. 297 segundo párrafo) la que, por la importancia del negocio, deberá conferirse expresamente a pesar del carácter judicial del trámite. Si el condominio se resuelve a favor de ambos progenitores o del único con atribuciones relativas a la gestión de los bienes, es necesaria la designación de tutor especial¹⁶⁸.

b) *Adquisición a favor del hijo*. Razonamientos similares hacen aceptable la adquisición a favor del hijo condómino siendo aplicables las mismas conclusiones.

c) *Derecho proyectado*. Los legisladores de 1985 tuvieron a su disposición normas del derecho argentino proyectado en que la situación era especialmente considerada. Bibiloni (art. 1454 del Anteproyecto) ofrecía una fórmula similar a la del Proyecto de 1936, cuyo artículo 907 reza: “Los padres... podrán adquirir los bienes de sus hijos... cuando en ellos tuvieren derechos, sea como partícipes en el dominio o usufructo, sea en calidad de acreedores hipotecarios, si la venta hubiera sido dispuesta por el juez competente, con la intervención de un tutor especial designado antes de ordenarla”. Spota destaca que no hay previsión alguna en este sentido en el Anteproyecto de 1954¹⁶⁹. En efecto, el inciso 1°, del artículo 1097 se limita a prohibir a los representantes legales, la compra aunque sea en remate público, por sí o por interpuesta persona, de los bienes comprendidos en su representación¹⁷⁰.

contrato que exige, conforme al artículo 1137, el consentimiento contractual, sino de un medio para que sobrevenga la extinción del condominio o de la comunidad hereditaria, en el caso recurriéndose a la subasta pública” (*Contratos* cit., N° 278).

¹⁶⁸ En contra, porque no es necesaria la designación de tutor especial para la partición de la indivisión hereditaria: LAFAILLE, últimamente cit.

¹⁶⁹ SPOTA, últimamente cit.

¹⁷⁰ BELLUSCIO, *Manual* cit.

62.3. *Otros contratos.* Mazzinghi acepta la celebración de contratos gratuitos entre padres e hijos apoyándose en la inexistencia de conflicto de intereses, mencionando el mandato, el mutuo y el comodato en que los menores pueden asumir el rol de mandatario, mutuario o comodatario, pero con consecuencias que resultan de la situación especial de los contratantes y que llegan hasta la invocación de la nulidad del mandato, por ejemplo, conforme al artículo 1898, principio que el autor citado estima extensivo a los otros contratos mencionados, ya que en todos los casos el padre acepta el riesgo que significa contratar con un incapaz¹⁷¹.

62.4. *Constitución en Bien de Familia de un inmueble de uno o ambos progenitores con el menor como beneficiario.* La constitución en Bien de Familia no exige el consentimiento del o los beneficiarios, no dándose ningún vínculo de fuente contractual al respecto. Cabe muy justificadamente entre las atribuciones de los progenitores propietarios sobre sus bienes. La desafectación depende de la solicitud del constituyente con los requisitos del inciso a) del artículo 49 de la ley 14.394: el interés del menor beneficiario integra el interés familiar que el juez debe valorar para admitirla.

63. Derecho positivo extranjero

No es frecuente encontrar, dentro de la reglamentación de la gestión de los bienes de los hijos menores, actos expresamente prohibidos. Puede decirse que, por excepción, figuran en el artículo 268 del Código boliviano de familia que prohíbe la adquisición directa o indirecta por los padres de bienes o derechos de los hijos menores de edad y constituirse en cesionarios de derechos o créditos contra ellos con sanción de nulidad de pleno derecho de toda convención en contrario.

171 MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 637. El artículo 1898 corresponde a la redacción original del Código.

Son muy importantes los actos prohibidos al administrador legal en la legislación francesa vigente. Lo están, en efecto, las liberalidades en nombre del menor salvo los presentes de uso, el ejercicio del comercio por el menor aun cuando sea propietario de un fondo de comercio, la caución y los actos en que puede haber oposición de intereses entre el menor y su representante abarcando la adquisición de bienes de aquél por éste o constituirse el mismo en cesionario de créditos contra el menor (art. 450, inciso 3º). No obstante, se acepta que el representante adquiera por licitación un bien indiviso entre él y el menor o el bien enajenado por la ejecución hipotecaria si es titular del crédito. La prohibición del ejercicio del comercio figura en disposiciones del Código respectivo, pero el representante del menor está autorizado a realizar actos de comercio aislados, por ley de 1974¹⁷².

172 Ver, sobre estas importantes normas, MARTY y RAYNAUD, *op. y loc. cit.*, N° 530.