

CAPÍTULO VIII

APLICACIONES DEL RÉGIMEN DE GESTIÓN

83. Contenido del presente capítulo
- A) NEGOCIOS JURÍDICOS QUE REQUIEREN CONSENTIMIENTO
CONJUNTO Y AUTORIZACIÓN JUDICIAL
84. Venta-disposición de cosas del menor y cuestiones conexas
85. Venta- administración de cosas del menor
86. Aporte de cosas del menor a sociedades
87. Permuta
88. Dación en pago
89. Donación
90. Disposición de dinero del menor
91. Integración y constitución de sociedades con terceros
92. Constitución de derechos reales sobre cosas del menor
93. Transferencia de derechos reales
94. Actos de disposición sobre minas
95. Enajenación de derechos intelectuales
96. Enajenación de patentes de invención y de diseños industriales
97. Cesión de marcas registrables y de marcas y señales de ganado
98. Cesión de cuotas sociales, acciones, etc.
99. Cesión de derechos creditorios
100. Negocios jurídicos relativos a la herencia deferida al menor
101. Remisión de derechos
102. Transacción
103. Negocios jurídicos procesales

104. Quid de las locaciones

105. Quid del reconocimiento de las obligaciones

106. Negocios jurídicos que inciden directamente sobre bienes del menor

B) NEGOCIOS JURÍDICOS QUE REQUIEREN CONSENTIMIENTO

CONJUNTO PERO NO AUTORIZACIÓN JUDICIAL

107. Contratación de servicios de explotación

108. Negocios celebrados en el curso de una explotación de bienes del menor que no corresponda incluir en las disposiciones de los artículos 297, segundo párrafo y 298 primera oración

109. Observación común a los casos precedentes

C) NEGOCIOS JURÍDICOS QUE NO REQUIEREN CONSENTIMIENTO CONJUNTO NI AUTORIZACIÓN JUDICIAL

110. Negocios excluidos del artículo 264 quater, del segundo párrafo del artículo 297 y de la primera oración del artículo 298

111. Enajenaciones-actos conservatorios

112. Pago

113. Cobro de acreencias, dividendos, alquileres

114. Cancelación de gravámenes como consecuencia del pago

115. Contratos y actos jurídicos procesales de finalidad conservatoria

116. Negocios que inciden sobre el patrimonio del menor

117. Aceptación de donaciones

118. Aceptación de legados

119. Quid de la no aceptación de liberalidades

D) SIMPLES ACTOS ILÍCITOS

120. Actos materiales

E) LEGISLACIÓN EXTRANJERA

121. Algunos ejemplos

Capítulo VIII

APLICACIONES DEL REGIMEN DE GESTION

SUMARIO: 83. Contenido del presente capítulo A) Negocios jurídicos que requieren consentimiento conjunto y autorización judicial. 1º) Negocios jurídicos cuyo objeto son bienes del menor. 84. Venta-disposición de cosas del menor y cuestiones conexas. 84.1. Venta-acto de disposición. 84.2. Celebración de boletos de compraventa. a) Caracterización. b) Requisito del consentimiento conjunto. c) Requisito de la autorización judicial. 84.3. Venta de inmuebles. 84.4. Cuestiones comunes a la celebración del boleto de compraventa y a la formalización de la venta de inmuebles. 84.5. Venta de minas. 84.6. Venta de cosas muebles registrables. 84.7. Venta de cosas muebles no registrables. 84.8. Excepción al requisito de la autorización judicial: ventas forzosas. 84.9. Venta de fondos de comercio. 84.10. Venta de ganado. 84.11. Consideraciones aplicables a todo caso de venta. 84.12. Leasing inmobiliario o mobiliario. 85. Venta-administración de cosas del menor. 86. Aporte de cosas del menor a sociedades. 87. Permuta. 88. Dación en pago. 89. Donación. 89.1. Los presentes de uso. 89.2. Quid de la constitución en Bien de Familia de un inmueble del menor con beneficiarios distintos de los progenitores. 90. Disposición de dinero del menor. 90.1. Compra con dinero del menor. 90.2. Depósito del dinero a interés. 90.3. Préstamo de dinero del menor. 90.4. Aporte de dinero a sociedades. 91. Integración y constitución de sociedades con terceros. 92. Constitución de derechos reales sobre cosas del menor. 92.1. Hipoteca o prenda por saldo de precio. 92.2. Contrato de avíos. 93. Transferencia de derechos reales. 94. Actos de disposición sobre minas. 95. Enajenación de derechos intelectuales. 96. Enajenación de patentes de invención y de diseños indus-

triales. 97. Cesión de marcas registradas y de marcas y señales de ganado. 98. Cesión de cuotas sociales, acciones, etc. 99. Cesión de derechos creditorios. 100. Negocios jurídicos relativos a la herencia deferida al menor. 100.1. Aceptación de herencia. a) Aceptación expresa. b) Aceptación tácita. c) Aceptación forzada. d) Beneficio de inventario. e) La aceptación de herencia después de la ley 23.264 según la doctrina. 100.2. Renuncia. 100.3. Partición de herencia. 100.4. Pacto de indivisión entre coherederos. 101. Remisión de derechos. 101.1. Solicitud de desafectación del Bien de Familia con el menor como beneficiario. 102. Transacción. 102.1. Transacción entre padres e hijos. 102.2. Transacción con terceros. 103. Negocios jurídicos procesales. 103.1. Negocios jurídicos procesales-actos de disposición-enajenación. 103.2. Promoción de la división de condominio existente entre el menor y un tercero. 103.3. Excepción: aceptación de la demanda de división de condominio entablada por el tercero. 104. Quid de las locaciones. 105. Quid del reconocimiento de obligaciones. 105 bis. Quid de la constitución en Bien de Familia de un inmueble del menor en su propio beneficio. 2º) Negocios jurídicos que no recaen directamente sobre bienes del menor. 106. Negocios jurídicos que inciden indirectamente sobre bienes del menor. 106.1. Contratación de préstamos para el menor. 106.2. Locación de cosas para el menor. 106.3. Locación de servicios para el menor. B) Negocios jurídicos que requieren consentimiento conjunto pero no autorización judicial. 107. Contratación de servicios de explotación. 108. Negocios celebrados en el curso de una explotación de bienes del menor que no correspondan incluir en las disposiciones de los artículos 297, segundo párrafo y 298 primera oración. 109. Observación común a los casos precedentes. C) Negocios jurídicos que no requieren consentimiento conjunto ni autorización judicial. 1º) Negocios jurídicos cuyo objeto son bienes del menor. 110. Negocios excluidos del artículo 264 quater, del segundo párrafo del artículo 297 y de la primera oración del artículo 298. 111. Enajenaciones-actos conservatorios. 112. Pago. 113. Cobro de acreencias, dividendos, alquileres. 114. Cancelación de gravámenes como consecuencia del pago. 115. Contratos y actos jurídicos procesales de finalidad conservatoria. 2º) Negocios jurídicos que no recaen sobre bienes del menor. 116. Negocios que inciden sobre el patrimonio del menor. 117. Aceptación de donaciones. 117.1. Aceptación de donaciones de terceros. 117.2. Aceptación de donaciones del o de los padres. 117.3. Aceptación de la partición por donación. 118. Aceptación de legados. 119. Quid de la no aceptación de liberalidades. D) Simples actos lícitos. 120. Actos materiales. E) Legislación extranjera. 121. Algunos ejemplos.

83. Contenido del presente capítulo

En el presente capítulo son considerados diversos negocios jurídicos para precisar el régimen de su celebración en representación del hijo menor. Las referencias al consentimiento conjunto y a la autorización judicial, suponen lo expuesto en el capítulo anterior, es decir, que obviamente, *un acto jurídico que requiere el consentimiento conjunto de los padres será otorgado por el único que se encuentre en ejercicio de la autoridad o de la gestión de todos los bienes o del afectado por el negocio, con autorización judicial siempre que sea requerida para el caso de gestión conjunta de los progenitores*. Están sobreentendidas, además, todas las precisiones expuestas con respecto a las posibilidades de dar cumplimiento al requisito del consentimiento conjunto, especialmente las que el mandato abre al respecto.

A) NEGOCIOS JURIDICOS QUE REQUIEREN CONSENTIMIENTO CONJUNTO Y AUTORIZACION JUDICIAL

1º) Negocios jurídicos cuyo objeto son bienes del menor

84. Venta-disposición de cosas del menor y cuestiones conexas

84.1. *Venta-acto de disposición*. La venta es acto de disposición conforme al criterio funcional de distinción porque modifica sustancialmente los elementos del patrimonio; es asimismo acto

de disposición para la opinión que identifica disposición y enajenación porque constituye, sin duda, una enajenación dado que comporta la transferencia de derechos subjetivos patrimoniales de un titular a otro reemplazando el del vendedor sobre la cosa vendida por el derecho sobre el precio y viceversa. Para el criterio objetivo de distinción, la venta es acto de disposición cuando recae sobre bienes de capital (o solamente de capital fijo)²⁰⁵.

84.2. *Celebración de boletos de compraventa.*

a) *Caracterización.* La celebración de boletos de compraventa no constituye una enajenación porque el contenido de la intención negocial consiste en la promesa bilateral de vender y comprar formalizando oportunamente el respectivo negocio en escritura pública y efectuando la tradición de la cosa y del precio. No se “enajena” sino que se asume el compromiso de enajenar²⁰⁶.

²⁰⁵ Supra, Nº 36 y ss.

²⁰⁶ Transcribimos referencias incluidas en nuestro trabajo cit., *Actos de administración y actos de disposición*, actualizándolas, por el interés de la cuestión que no se encuentra unánimemente resuelta.

Según Morello el boleto de compraventa da forma “a una compraventa firme, acto jurídico bilateral perfecto, negocio obligacional, oneroso y concluido como tal”: MORELLO Augusto Mario, *El boleto de compraventa inmobiliaria en la ley 17.711*, en JA. Doctrina 1969, p. 502. Ver su obra, *El boleto de compraventa inmobiliaria*, 2a. ed., (La Plata, 1975). Por su parte, Mosset Iturraspe escribe: “Pretender a esta altura de nuestra evolución jurisprudencial y frente a las reformas del Código de 1968, y al dictado de las leyes 14.005 y 19.724, que la diferencia es otra, que hace a los ‘efectos’ del contrato y no a la adquisición del dominio, es, a nuestro entender, equivocado. Se ha sostenido, en esa línea de pensamiento, que mientras la compraventa por escritura pública obliga a entregar la cosa vendida y a pagar el precio de compra, la celebrada por boleto sólo obliga a ‘escriturar’ —art. 1185—; que es recién luego de dado este paso que se puede exigir la entrega de la cosa y precio. Aun sin salirnos del Código, esta postura no explica por qué razón el vendedor hace tradición posesoria (si no es en cumplimiento del boleto), expresamente mencionado en el artículo 2355; y por qué razón el comprador abona el precio, aludido en el artículo 1185 bis”: *Compraventa inmobiliaria*, (Buenos Aires, 1976), Cap. II, Nº 9, p. 96/97.

Obsérvese que este autor distingue entre el boleto de compraventa y la promesa bilateral de compraventa: “Cuando las partes quieren celebrar un negocio que sólo las obliga, porque así lo dicen, a celebrar el contrato definitivo en escritura pública; y surja de lo expresado que su voluntad es prestar en su momento un nuevo consentimiento, descartando que el acuerdo pueda ser sustituido por la decisión judicial, estaremos frente a una promesa de contrato y no frente a un boleto (se califique de definitivo o provisional)” (idem, Nº 10, p.

Dicha celebración es un acto de disposición para el criterio objetivo si el inmueble cuya venta se promete es un bien de capital (para nosotros, de capital fijo). Y es también un acto de disposición para el criterio funcional para el cual es suficiente el riesgo en que se coloca la cosa para configurar esta especie de negocio²⁰⁷. La observa-

101). Ver la nota de MOSSET ITURRASPE, *Boleto de compraventa de un bien ganancial*, y el asentimiento del artículo 1277 del Código Civil en JA 27-1975, 458 y ss. Del voto (en minoría) del Dr. Cifuentes en CNCiv. Sala C, del 7 de setiembre de 1976 en ED 72,381,: "Pienso... siguiendo la interpretación legal que los considera verdaderos contratos de compra y venta que, a pesar de la exigencia del artículo 1184 del Código Civil, cuando por medio de dicho instrumento están dados los elementos esenciales, generales y particulares de la figura contractual, nada impide encuadrarlos en la definición del artículo 1323". En el mismo sentido, PELOSI, Carlos A., *Dos de las cuestiones importantes resueltas en un fallo*, en *Revista del Notariado*, 752, 388 y ss., II.

En las VI Jornadas Científicas de la Magistratura (Paraná, setiembre de 1986) fue aprobada la siguiente conclusión: "La compraventa inmobiliaria instrumentada por boleto es un contrato de venta perfecto y definitivo y la escritura pública hace al modo de adquisición del dominio" (firmantes Dres. Mosset Iturraspe, Moisset de Espanés, Stratta Alicia, Piñón, Musto, Dus de Zan, Gn de Sacco, L. de Covarrubias, P. de Reclade, Núñez Wayer, Pérez Ríos y J. de Merola; disidencia de Hiper y G. de Dumón).

En contra de la tesis recién expuesta: FORNIELES, Jorge S., *Boleto de compraventa*, en ED 45, 793 y ss., II. Explica en él, p. 796: "Este contrato es válido, definitivo y perfecto, y obliga a las partes en los términos dispuestos por nuestra ley, vale decir, que tanto vendedor como comprador se han comprometido formalmente a suscribir la escritura traslativa de dominio, lo que constituye una obligación de hacer".

También Belluscio y Alterini (sus votos en sentencia recién cit. de la Sala C de la CNCiv.) y la Cám. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, 27 de diciembre de 1973, en ED 63, 469, con nota aprobatoria de Cichero.

Deteniéndonos en la doctrina que analiza el problema dentro del régimen patrimonial matrimonial a los efectos de dilucidar si, como acto de disposición, el boleto de compraventa requiere el asentimiento conyugal, le niegan dicha cualidad: Cichero, por constituir "una simple promesa, un negocio jurídico meramente productor de obligaciones" (CICHERO, Néstor, *El asentimiento del cónyuge en la venta de bienes gananciales*, en ED 63, p. 469 y ss., II), Zannoni, por estimarlo "negocio de obligación" que no acarrea por sí mismo la pérdida de un derecho o el nacimiento de un gravamen sino que obliga a ellos, mientras que el acto de disposición "produce en forma actual, un cambio en la situación patrimonial preexistente" (ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de familia*, Buenos Aires, 1978, T. I, N° 401); Fassi y Bossert, porque en el boleto "no se dispone sino que su otorgante se obliga a disponer", porque en él "no se transmite el derecho real de propiedad" sino que se contrae la obligación de transmitirlo (FASSI, Santiago Carlos y BOSSERT, Gustavo, *Sociedad conyugal*, Buenos Aires, 1978, T. II, com. al art. 1277, parágr. 27, p. 63).

207 La caracterización del boleto como acto de disposición es sustentada por calificada doctrina: es la que le atribuyen Guastavino (GUASTAVINO, Elías P., *Modificación al régi-*

ción es básica en materia de boleto de compraventa porque ese contenido de la intención negocial a que se hizo referencia, va acompañado por efectos sustitutivos de definida trascendencia sobre el patrimonio del que se comprometió a transmitir el dominio: la escritura puede ser otorgada por el juez si el promitente rehúsa hacerlo y del incumplimiento insusceptible de subsanar, deriva responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados cuya satisfacción puede afectar al mismo bien que fue objeto de la frustrada promesa bilateral. bilateral.

De cualquier manera, como enajenación o como acto de disposición, el régimen a aplicar es el mismo conforme a las disposiciones de los artículos 297, segundo párrafo, 294 y 264 quater inciso 6°, interpretados armónicamente con el resto del sistema de gestión de bienes de los hijos.

b) *Requisito del consentimiento conjunto.* El requisito del consentimiento conjunto es incluídible por tratarse de negocio incluido en el inciso 6° del artículo 264 quater.

men jurídico conyugal, sep. de la Revista del Notariado, Buenos Aires, 1968, IX); Belluscio, para quien de acuerdo al criterio de Orgaz "es inequívocamente un acto de disposición pues tiende a hacer salir del patrimonio del futuro enajenante uno de los elementos integrantes del capital" (BELLUSCIO, Augusto César, Promesa de enajenación de inmueble ganancial sin asentimiento del cónyuge del enajenante, en LL, 1975-A, 212 y ss., II); Mazzinghi, aunque lo concluye del ámbito del artículo 1277 porque no consiste en una disposición de la cosa ganancial (MAZZINGHI, Jorge Adolfo, Derecho de familia, Buenos Aires 1972, T. II, N° 257). Existe también importante jurisprudencia en este sentido, cit. por Belluscio en su trabajo recién mencionado, nota N° 3. En contra, sentencia cit., en la nota precedente, de la Cám. de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe.

Para el caso de los negocios celebrados por el heredero aparente, Pérez Lasala sostiene que los boletos de compraventa suscriptos por el mismo no están incluidos en la preceptiva del artículo 3430 porque no suponen actos de disposición sino meros compromisos de venta, pese al derecho del comprador de exigir la escritura: PEREZ LASALA, José Luis, *Derecho de sucesiones*, Buenos Aires, 1978, T. I, N° 685.

Fanzolato sostiene que los boletos de compraventa, sin llegar a constituir enajenaciones (ya que para ello se exige escritura pública y la tradición), al tener el valor de una promesa de venta, están comprometiendo la permanencia, dentro del patrimonio del disponente, de los inmuebles sobre los que recaen: *op. cit.*, N° 23.3, p. 125.

Un boleto suscrito por uno solo de los progenitores no puede ser tomado en consideración por el juez para otorgar la autorización judicial de la venta porque aquél exige en sí mismo el doble consentimiento. De la misma manera, un boleto en esas condiciones no es apto para promover el juicio por escrituración por falta de constitución de la respectiva obligación de escriturar: ninguna pesa sobre el titular del dominio de la cosa que se intenta vender no encontrándose debidamente contraída la promesa respectiva por falta de la necesaria representación.

El tercero firmante del boleto carece de atribuciones para requerir el consentimiento del progenitor omitido o para solicitar que sea judicialmente reemplazado. No las tiene por derecho propio ya que es cuestión de relaciones entre los progenitores y no existe deudor a quien subrogar porque no lo es el menor cuya representación no se integró, ni el padre o madre que consintió en la venta futura de cosa que no es suya.

c) *Requisito de la autorización judicial.* La relación boleto-venta, intrascendente en cuanto al requisito del consentimiento conjunto, trasciende al requisito de la autorización judicial en el sentido de plantear el interrogante de si es necesaria para la celebración del boleto o si sólo es indispensable para la formalización de la venta en escritura pública²⁰⁸.

La doctrina argentina ya ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. Para Lloveras, la celebración del boleto es uno de los negocios relativamente prohibidos a los padres que no pueden realizar sin autorización judicial por su trascendencia patrimonial²⁰⁹. Zannoni y Bossert, por el contrario, sostienen que no es requerida la autorización judicial por que no implica la transmisión del dominio²¹⁰.

²⁰⁸ CNCiv. en pleno, 3 de octubre de 1951 en JA 1951-IV, 155. Ver BORDA, *Contratos* cit., *loc. cit.*, T. I, N° 461 y sus referencias.

²⁰⁹ LLOVERAS, *op. cit.*, com. al art. 297, N° 2, p. 269 *in fine*.

²¹⁰ BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 297, parágr. 4. Ver opinión de Zannoni cit. *supra* en la nota N° 208.

Insistimos en el carácter no enajenante del boleto de compraventa.

En jurisprudencia anterior a la ley 23.264 pero con respecto a una legislación que sometía a autorización judicial la venta de inmuebles del menor por sus representantes legales, se han sustentado los dos criterios. En sentencia de la Cámara Nacional Civil, Sala A del 8 de junio de 1980, se consideró que la obligación de escriturar no se había formalizado porque el boleto suscripto en representación del hijo carecía de autorización judicial²¹¹. Por el contrario, la Cámara 5a. Civil y Comercial de Córdoba, estimó que era costumbre que el representante legal del incapaz celebrara el boleto de compraventa y que recién luego, para formalizar el contrato de compraventa y a los fines de transmitir la propiedad del inmueble, solicitara la autorización judicial con intervención del Ministerio de Menores. “Esta costumbre, aclaraba, no es *contra legem*, pues de lo contrario los tribunales del país hubieran declarado la nulidad de todo boleto presentado a los fines de pedir la autorización prescripta por el artículo 297 (hoy sustituido), por haber sido celebrado sin la asistencia judicial y del Ministerio de Menores. Tal autorización es imprescindible para celebrar el negocio jurídico compraventa-título y para efectuar la tradición-modo con el fin de transmitir el dominio”²¹².

Prima facie, la doctrina sentada por la Cámara cordobesa parece totalmente adecuada a la legislación vigente aunque implica un desajuste con lo dispuesto en el mentado inciso 6°, del artículo 264 quater. En efecto, como acto de disposición sobre inmueble, la celebración del boleto requiere autorización judicial pero, siendo decisoria la escrituración para que la promesa de venta se transforme en venta, y, seguida de la tradición, produzca la adquisición del dominio por el comprador, es para la escritura que inexcusablemente debe contarse con la autorización judicial. Pero las consecuencias de una y otra tesis se revelan al comparar los supuestos de cumplimiento espontáneo y de incumplimiento de la obligación de escriturar. Si los

211 CNCiv., Sala A., 8 de junio de 1980 en LL 1981-A, 562, sum. 35.762.

212 C 5a. CC de Córdoba, junio de 1980 en Rep. LL 1981, J-Z, 2038, N° 6.

representantes legales cumplen normalmente, la autorización judicial prestada para la celebración del boleto y que consta en el mismo, exige de nueva autorización para escriturar la venta debiendo dejarse constancia del cumplimiento del requisito en el cuerpo del instrumento público. Si no se hubiera dado para celebrar el boleto, los progenitores firmantes, simplemente, solicitarán la autorización para escriturar adjuntando el boleto como medio de exponer las condiciones del negocio y sin perjuicio de tener que agregar otras explicaciones si fueran pedidas. Ahora bien, si el comprador se ve en la necesidad de demandar la escrituración, sólo podrá hacerlo apoyándose en un boleto celebrado con autorización judicial porque el que carezca de este requisito será inválido y, por lo tanto, no invocable por el fracasado comprador. Obsérvese que toda la doctrina elaborada por autores y tribunales sobre la procedencia de que el adquirente solicite el asentimiento conyugal o la autorización judicial supletoria (art. 1277 del Código Civil) es inaplicable en este caso, distinto por la ya mencionada diferencia entre el doble consentimiento y el consentimiento más asentimiento del negocio de los esposos. En la materia que nos ocupa, la autorización judicial no opera supletoriamente de la negativa de uno de los representantes del menor sino que es la venia indispensable para el negocio en sí mismo, a pesar de que, por hipótesis, ambos progenitores firmaron el boleto²¹³.

En síntesis, la protección del adquirente reclama que el boleto haya sido celebrado con autorización judicial, tanto cuando el menor es el único propietario del inmueble como cuando es condómino con terceros o con el o los progenitores, caso, este último, no infrecuente por haberse adquirido el dominio hereditariamente²¹⁴.

213 Ver, en especial, el trabajo de Belluscio cit. en nota N° 208.

214 CNCiv., Sala B. 30 de octubre de 1979 en LL 1980-C, 158 con. nota de Piantoni cit.; CNCiv. Sala C, 5 de setiembre de 1980 en ED fallo N° 33.659 y Revista del Notariado 744, 1824.

La nulidad relativa del boleto carente de autorización judicial ha sido repetidamente declarada durante el régimen del Código Civil²¹⁵. Es muy interesante una sentencia dictada después de la ley 23.264 aunque aplicando ese sistema porque el negocio en cuestión había sido celebrado durante su vigencia. En dicha especie, ya citada, la Cámara Nacional Civil Sala C, con voto del Dr. Roberto Bueres, rechazó el pretendido agravio de la demandante que sostenía que debía reconocérsele el derecho a exigir la escrituración en virtud de un boleto de compraventa otorgado por el representante del menor sin autorización judicial. Se expresa: “La falta de satisfacción del recaudo por el tribunal, es suficiente para determinar la improcedencia de la escrituración”²¹⁶.

84.3. *Venta de inmuebles.* La venta de inmuebles es acto de enajenación incluido en el segundo párrafo del artículo 297: requiere consentimiento conjunto y autorización judicial. Difícilmente no habrá sido precedida por la celebración del boleto de compraventa.

La subasta pública no es indispensable. Como acertadamente afirma Belluscio “por lo general la venta privada es más beneficiosa y no está sujeta al álea de un remate público, donde los precios que se obtienen son frecuentemente menores”²¹⁷.

84.4. *Cuestiones comunes a la celebración del boleto de compraventa y a la formalización de la venta de inmuebles.* En la práctica, es posible distinguir entre autorización judicial anterior a la celebración del boleto de compraventa o a la formalización de la venta en escri-

215 Ver fallos en: Rep. LL 1981, 470, Nos. 351 y ss., ED 71, 631; SC de Buenos Aires, 26 de diciembre de 1978 en ED, 83, 380; CNCiv., Sala B, 30 de octubre de 1979 en LL 1980-C, 159; CNCiv. Sala C, 1 de junio de 1982 en JA 1983-IV, 617.

216 25 de febrero de 1986 en LL 1986-D, 70.

217 BELLUSCIO, *Manual cit.*, 4a. ed. cit., T. II, N° 550; BORDA *Familia cit.*, *loc. cit.*, N° 498, nota N° 1318 y doctrina coincidente que cita; MAZZINGHI, *op. y loc., cit.*, N° 636 a) y doctrina que acota; ZANNONI, *Derecho de familia cit.*, T. II, p. 749.

tura pública, y la autorización “ratificatoria”, produciéndose los mismos efectos definitivos en las dos situaciones²¹⁸. Las etapas del trámite incluyen el dictamen del Asesor de Menores o funcionario que cumpla sus veces según la organización de cada Provincia, la tasación judicial del bien objeto del negocio y la vista a las partes. Puede demandar un prolongado lapso²¹⁹.

Se ha discutido la necesidad ineludible de la tasación judicial. Un Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones la consideró no indispensable²²⁰. En el mismo sentido se pronuncia en fallo relativamente reciente, la Suprema Corte de Buenos Aires, sin perjuicio de estimar que la subasta pública puede ser adecuada y hasta imperiosa “cuando de autos no resulte con certeza la conveniencia de la operación que se proyecta, como un medio de allegar al juicio los elementos necesarios para autorizar o denegar la autorización pertinente”, afirmando que “pueden existir antecedentes o índices comparativos que representan elementos de juicio tanto o más valiosos que aquélla (la tasación)”²²¹.

Algunos autores y sentencias, por el contrario, sólo excepcionalmente justifican la falta de tasación de oficio. Borda la califica de “elemento de juicio casi insustituible”²²². Ello es así, pero, sin duda, lo decisivo es la opinión del juez. “Antes de conceder la autorización para vender, escribe Mazzinghi, éste debe estar persuadido de que se trata de una operación conveniente y razonable para el menor. Y tal convicción puede ser alcanzada sin necesidad de realizar

218 C. Civ. 2a. de la Capital, 28 de diciembre de 1945 en GF 181, 37.

219 Para consideraciones de hecho al respecto, importantes en épocas de inestabilidad del valor adquisitivo de la moneda, ver: TORIJA ZANE, Francisco Victor, *Aspectos práctico-jurídicos de la venta de inmuebles pertenecientes a menores de edad*, en ED 71, 63 y ss.

220 2 de noviembre de 1954 en JA 1955-I, 166 y LL 76, 638. Ver fallos coincidentes en LLAMBIAS, *Código Civil* cit., T. I, com. al artículo 279, B, 5.

221 SC de Buenos Aires, 26 de diciembre de 1978 en ED 83, 380.

222 BORDA, *Familia* cit., *loc. cit.*, N° 894 y jurisprudencia que cita en las notas Nos. 1319, 1319 bis, 1320 y 1321.

una pericia, cuyo costo, a veces muy elevado, gravita negativamente en los intereses del menor que se pretende amparar”²²³.

En la fundamentación del pedido de autorización, los progenitores han de explicar el destino que se proponen dar al precio obtenido, destino que admite una sola alternativa, o la reinversión inmediata o la satisfacción de necesidades urgentes del menor carente de otros recursos²²⁴.

El Anteproyecto de 1954 propicia que “las enajenaciones de bienes del menor, deberán efectuarse en remate público y si el juez lo considerase necesario u oportuno, previo avalúo. Podrá, sin embargo, el juez dispensar la venta en remate público, cuando la venta extrajudicial fuere más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria o porque en la plaza no se pudiera alcanzar mayor precio, con tal que el precio ofrecido fuere superior a la tasación. El remate público será indispensable así como la tasación, para que el padre pueda adquirir o vender, previa autorización judicial, bienes que tuviera en copropiedad con el hijo” (art. 560, dos últimos párrafos).

84.5. *Venta de minas.* La doctrina expuesta comprende la venta de minas, que son inmuebles (art. 349 del Código de Minería).

84.6. *Venta de cosas muebles registrables.* Le es aplicable lo expuesto sobre la venta de inmuebles (art. 264 quater, 6° y art. 297 segundo párrafo).

84.7. *Venta de cosas muebles no registrables.* Se haya incluida en la comprensión del segundo párrafo del artículo 297 por tratarse de “enajenación”. La ley coincide ahora expresamente con una tesis que era sostenida por importante doctrina antes de la ley

²²³ MAZZINGHI últimamente cit.; en el mismo sentido ZANNONI, *Derecho de Familia* cit., T. II, p. 750.

²²⁴ Ambos autores en lugares recién cit., y jurisprudencia que menciona el segundo, BORDA, *Familia* cit., loc. cit., N° 895.

23.264 y que se apoyaba en la interpretación extensiva de la disposición del artículo 1880 del Código Civil que excluye los actos de disposición de la gestión libre de los representantes legales²²⁵.

El tercero adquirente se encontrará siempre protegido por la norma del artículo 2412.

84.8. *Excepción al requisito de la autorización judicial: ventas forzosas.* Las ventas forzosas (expropiación, ejecución hipotecaria, extinción de condominio de cosa indivisible promovida por el tercero condómino con el menor (art. 1324, 3°), requieren la integración de la representación del incapaz por sus dos progenitores pero no autorización judicial²²⁶.

84.9. *Venta de fondos de comercio.* Por la amplitud de la norma del segundo párrafo del artículo 297, la venta de un “fondo de comercio” requiere consentimiento conjunto y autorización judicial, al margen de las distintas concepciones doctrinarias sobre la caracterización del objeto del negocio. En efecto, se trata siempre de enajenación de bienes del menor, ya se los considere integrando una universalidad de hecho, o jurídica, o un patrimonio de afectación o, simplemente, conservando su individualidad²²⁷.

84.10. *Venta de ganado.* La venta de ganados de cualquier clase se encuentra especialmente considerada en el artículo 298: requie-

²²⁵ MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, p. 476/477; BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al artículo 297, parágr. 2; LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, III, G, 2, a). El Superior Tribunal de Santa Fe tiene resuelto que corresponde solicitar autorización judicial para vender muebles, LL, 48, 50 (1 de julio de 1947). El artículo 1880 corresponde al 1885 del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.

²²⁶ BORDA *Familia cit., loc. cit.* N° 893; BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 297, N° 26; LAFAILLE, *op. cit.*, N° 609. Ver C.C. 1a. Cap., 11 de mayo de 1921, JA 6, 428. El contenido del artículo 1324 no tiene equivalente en el proyecto semi-sancionado de unificación de la legislación civil y comercial.

²²⁷ Comp. con BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 264 quater, parágr. 22.

re autorización judicial y consentimiento paterno y materno²²⁸. La amplitud de la redacción del texto citado, distinto al original del Código Civil que calificaba a los ganados por formar parte de establecimientos rurales, permite superar la dificultad que así se planteaba conduciendo a distinguir entre la enajenación de los semovientes tomados como universalidad de hecho y los animales aislados, tesis que ya se consideraba superada antes de la entrada en vigencia de la ley 23.264, en sentido contrario a la diferenciación²²⁹.

Se mantiene la excepción que reconoce la libertad de enajenación de los padres con respecto a los animales cuya venta es permitida a los usufructuarios que tienen el usufructo de los rebaños.

La mención expresa de esta excepción es innecesaria ya que resulta directamente del usufructo que tienen los padres sobre los bienes de los hijos, que incluye la venta de los productos o crías que pertenecen a ellos “y no al hijo, salvo, naturalmente, los que sean necesarios para reemplazar a los animales que mueren o desaparecen por cualquier causa, que corresponden al menor (art. 2902, C. Civil)”²³⁰.

84.11. *Consideraciones aplicables a todo caso de venta.* Es obvio que la concesión de la autorización judicial deberá estar precedida por el análisis de todas las modalidades de la operación incluidas las cláusulas especiales que pudiera contener (condiciones suspensivas o resolutorias, pactos de retroventa, de reventa, de preferencia, de mejor comprador, de reserva de dominio)²³⁰⁻¹.

84.12. *Leasing inmobiliario o mobiliario.* Le son extensibles las consideraciones expresadas sobre el boleto de venta pues la concesión

228 Supra Nos. 68 y 73.

229 BORDA, *Familia* cit., *loc. cit.*, N° 899.

230 Ver infra, N° 151.1, c. 2).

230-1 Ver artículo 1345 y correlativos del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.

del uso va acompañada por la opción de compra a favor del usuario, que el propietario debe respetar.

85. Venta-administración de cosas del menor

La venta de cosas puede constituir acto de administración como se explicó en su lugar²³¹. Pero aun en este caso es requerido el doble consentimiento y la autorización judicial, por cuanto constituyen siempre una enajenación y es a éstas a las que se refiere el artículo 297 en su segundo párrafo. Algunas aclaraciones al respecto ya han sido formuladas²³².

Es el caso de los negocios habituales y de la venta de cosechas.

86. Aporte de cosas del menor a sociedades

El aporte de cosas del menor, en dominio, a sociedades, es una típica enajenación a la que deben aplicarse las observaciones formuladas en cuanto a la venta de las mismas, *mutatis mutandi*. Véase, al respecto, infra número 91.

87. Permuta

Las consideraciones expuestas con respecto a la venta son extensivas a la permuta, cuyo régimen se remite al de aquélla (arts. 1490 y 1491).

88. Dación en pago

Está sometida a las mismas reglas de la venta, sobre todo teniendo en consideración que no es estrictamente exigible la subasta pública para ésta.

231 Supra N° 47.

232 Supra Nos. 68.1., 81.

89. Donación

El inciso 3° del artículo 1807 autoriza a los padres a donar bienes de los hijos con expresa autorización judicial. La disposición se encuentra subsumida en la preceptiva de los artículos 264 quater y 297 segundo párrafo.

La autorización judicial no será otorgada fácilmente. “Sólo para un fin de interés general y sin menoscabo admisible del patrimonio del menor —por su cuantía— podría pensarse en tal licencia judicial. Lo cierto es que la ventaja evidente para el menor puede ser de orden moral y no sólo debe aprehenderse la materia con un criterio puramente económico”²³³. Se sostiene también lo que habitualmente sucede en la práctica, es decir, que el juez no autoriza donaciones²³⁴.

89.1. *Los presentes de uso.* Se consideran exceptuados del requisito de la autorización mediante una interpretación analógica de lo establecido en el artículo 450, inciso 5° *in fine*, con respecto a la gestión del tutor; una interpretación extensiva del artículo 1881, inciso 8°²³⁴⁻¹, con respecto a los negocios para los cuales se requiere poder especial, del que dichas donaciones están excluidas; y una interpretación armónica con la excepción de la obligación de colacionar relativa a las mismas conforme al artículo 3480. Pero la excepción es solamente aplicable al mentado requisito y no a la necesidad del consentimiento conjunto de ambos progenitores, si bien su manifestación no quede formalizada por tratarse de donaciones manuales.

La falta de exigencia de autorización judicial no cubre la eventual invalidez de la donación que hubiera sido valiosa y repercutido en un real empobrecimiento del menor, suspendiéndose la prescrip-

²³³ SPOTA, *Contratos* cit., N° 302, a).

²³⁴ BORDA, *Contratos* cit., T. II, N° 1521.

²³⁴⁻¹ El inciso 8° del actual artículo 1881 tiene su equivalente en el inciso 7° del artículo 1886 del proyecto de unificación civil y comercial.

ción de la acción de nulidad (art. 3966) y siendo necesario proveer a la representación del incapaz a través de la designación de un tutor especial (arts. 61 y 397, inciso 1º)²³⁵, salvo, obviamente, que el interesado accione una vez llegado a la mayoría de edad u obtenida la emancipación, dentro de los límites de ésta.

89.2. *Quid de la constitución en Bien de Familia de un inmueble del menor con beneficiarios distintos de los progenitores.* Las ventajas que obtiene el propietario (inembargabilidad, desgravaciones impositivas) compensan la indisponibilidad y el derecho gratuito de los beneficiarios. Su constitución es un acto de disposición que requiere consentimiento conjunto y autorización judicial, la que deberá ser especialmente meditada porque el propietario quedaría comprometido más allá de su minoridad (obligación de habitación y explotación establecida en el art. 41 de la ley 14.394; subordinación de su solicitud de desafectación a los intereses familiares, art. 49, a) de la misma.

90. Disposición de dinero del menor

La norma del artículo 297, segundo párrafo, es lo suficientemente comprensiva como para abarcar la disposición del dinero del menor que constituye una enajenación ya que su propiedad desaparece del patrimonio del mismo sea o no reemplazada por bienes adquiridos con él. Por lo tanto, todo empleo del dinero requiere consentimiento conjunto y autorización judicial²³⁶.

La argumentación sostenida en ese sentido por los autores que lo comprendieron así durante la vigencia del régimen original del Código Civil y la jurisprudencia acorde, particularmente el caso Barlett (Plenario de las Cámaras Civiles de la Capital del 9 de octubre de 1933), constituyen ahora serios puntos de apoyo para la valoración

²³⁵ SPOTA y BORDA recién citados.

²³⁶ Arriban a esta misma conclusión LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, III, G, 2, c).

positiva del precepto y como guía para su armonización con el sistema actual. En efecto, el manejo del dinero del hijo, ajeno al control judicial, tropezaría con el concepto mismo de la patria potestad y el sentido de la gestión de los bienes confiada a los progenitores, debiendo rodearse la recuperación de los mismos de las máximas seguridades. Además, permanece inalterada la reglamentación y alcances del usufructo paterno-materno que excluye el cuasi-usufructo del dinero, cuyas reglas transformarían el derecho de dominio de los hijos en un derecho creditorio con consecuencias que llegarían hasta la ejecutabilidad del capital por las deudas de los padres y no sólo del excedente sobre las cargas del usufructo. No existe para el menor, incluso, la garantía de la fianza del artículo 2851 de la que están aquellos eximidos (art. 291, 1° y art. 2858 del Código Civil). Por fin, la norma genérica del artículo 59 conserva su plena vigencia²³⁷.

En síntesis, los padres tienen la administración y disposición del dinero de los hijos, con el régimen legal, pero no lo usufructúan.

90.1. *Compra con dinero del menor.* Es una de las formas posibles de inversión del dinero del menor. Exige los dos requisitos (consentimiento conjunto y autorización judicial) debiendo dejarse constancia en la escritura que los padres compran en representación del hijo con dinero que pertenece a éste²³⁸. El juez tomará en consideración todas las modalidades de la compra (condiciones suspensivas o resolutorias, si de unidades habitacionales con el régimen de prehorizontalidad, si de cosas muebles incorporándose el menor a un círculo de compras, si con contrato con cláusulas predispuestas, analizándose éstas, etc.).

237 CC de la Capital en pleno, en LL, 14, 1080; JA 43, 1141; Rep. ED 3, 1014. Entre los fallos posteriores, aunque siempre durante el régimen de vigencia del Código Civil originario, en el de la CNCiv. Sala D, del 7 de marzo de 1984, en LL 1984-B, 318, se aplica un criterio flexible no por ello exento de prudencia. Para otras referencias jurisprudenciales, LLAMBIAS, C. Civil cit., com. al artículo 297, B, parágr. 6. Ver infra N° 147, 4 y sus referencias.

238 ORELLE, *op. cit.*, parágr. 67.

La inscripción registral se efectúa, como es obvio, a nombre del hijo. El artículo 94 del D. 2080/80 reglamentario de la ley 17.801 para la Capital Federal, Territorios Nacionales e Islas del Atlántico Sur dispone que cuando la representación fuere ejercida por los padres del menor, se entenderá que la adquisición se hace por éste, inscribiéndose el bien adquirido a su nombre. La disposición técnico-registral N° 001/84 del Registro General de la Provincia de Santa Fe, primera circunscripción, y la correspondiente N° 38/84, de la segunda, ejemplifican también la norma pertinente: “Para la registración de documentos otorgados por menores, cuya representación fuere ejercida por sus padres, se entenderá que la adquisición se hace por el menor, inscribiéndose en consecuencia el bien a nombre de éste” (art. 2° disposición /001 cit.).

90.2. *Depósito de dinero a interés.* Tal destino dado al dinero de los menores debe ser autorizado judicialmente a pedido de ambos progenitores. El juez analizará los riesgos que comporta con extrema prudencia y celeridad, siendo indispensable que las formas de colocación del dinero aseguren la conservación del valor originario del capital.

90.3. *Préstamo de dinero del menor.* Según el inciso 13 del artículo 443 del Código Civil, el tutor puede prestar dinero de su pupilo con autorización judicial, la que sólo será concedida si se ofrecen garantías reales suficientes. La norma es extensiva al caso de los padres.

El préstamo no significa, por cierto, “enajenación” del dinero, pero es oportuno ubicarlo en este lugar de la exposición por cuanto es posible que se trate del saldo de precio de un bien del menor vendido por sus representantes. La autorización habrá de solicitarse conjuntamente con la requerida por la venta.

90.4. *Aporte de dinero a sociedades.* El aporte efectuado a so-

ciedades requiere los dos elementos, así como la adquisición de acciones. El tema es adecuado para tratamiento especial.

91. Integración y constitución de sociedades con terceros

Los menores son hábiles para constituir o integrar sociedades de personas aportando cuotas de capital en dinero o en bienes y haciéndolo mediante la representación de ambos progenitores y con autorización judicial.

Por los fundamentos dados supra en el número 90 *ab initio*, debe considerarse superada la discusión doctrinaria sobre si ha de exigirse autorización judicial para la celebración del contrato de sociedad en representación del hijo o si puede prescindirse de ella.

Dicha autorización es indispensable²³⁹. El juez no otorgará su conformidad a un tipo societario en que la responsabilidad del menor sea ilimitada. Incluso es razonable que no se otorgue para fundar sociedades anónimas (típica sociedad de capital) a causa de la responsabilidad establecida en el artículo 183 de la ley 19.550²⁴⁰, todo ello por razonable extensión del requisito de la limitación de responsabilidad de los menores impuesto en el artículo 28 de la misma ley.

La aceptación de la capacidad del menor para la integración de sociedades se confirma por cuanto no se lo exceptúa de la recepción del carácter de socio por vía hereditaria, según se recordó anteriormente²⁴¹.

La norma del artículo 29, segundo párrafo, de la ley de sociedades, es extensible a todos los supuestos: no es nula la sociedad que viole la característica de la responsabilidad limitada de los socios menores de edad, pero ha de transformarse en otra autorizada, con

²³⁹ Ver STRATTA, Alicia Josefina, *La capacidad para formar sociedades*, en LL 1982-A, 729 y ss., en especial 2.1.1.

²⁴⁰ Idem y sus referencias a HALPERIN, Isaac, *Curso de Derecho Comercial*, T. I, N° 5.

²⁴¹ Supra N° 61.2.

la responsabilidad que en dicha norma se establece para los padres y los consocios mayores de edad.

92. Constitución de derechos reales sobre cosas del menor

La constitución de derechos reales sobre cualquier clase de cosas del menor requiere consentimiento conjunto y autorización judicial, encontrándose expresamente previstos estos negocios en el artículo 297 que cubre, por lo tanto, la constitución de hipoteca, prenda, anticresis²⁴¹⁻¹.

Una interpretación análoga, sobre la base de un texto menos claro, se dió a la cláusula del artículo 297 original del Código Civil, segundo de su redacción, a pesar de que, en una interpretación literal, excluía los derechos reales sobre cosas muebles del requisito de la autorización judicial²⁴². Se ha hecho notar que el artículo 501 del Proyecto de 1936 considera los derechos reales sobre cosas inmuebles y sobre cosas muebles dentro de aquellos para cuya constitución los padres necesitan autorización judicial, estableciéndose por separado en los incisos 1° (inmuebles) y 2° (muebles). El anteproyecto de 1954 los somete al mismo requisito y se refiere a inmuebles y cosas muebles en dos incisos del artículo 560, a saber, el 1° (“constituir... derechos reales sobre inmuebles o máquinas locomóviles”), el 4° (“constituir prendas, salvo sobre cosas consumibles que formen parte del usufructo”).

Varias especies judiciales ilustran sobre los criterios para conceder la autorización: si el crédito a garantizar con hipoteca se destina a refacciones indispensables del inmueble gravado²⁴³, a mejoras

241-1 Se mencionan también la prenda sobre títulos de renta y las desmembraciones del dominio: DI CASTELNUOVO, LLORENS y SOLARI, *op. cit.*, com. al art. 297.

242 LAFAILLE, *op. cit.*, N° 610; BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al artículo 297, N° 48; BORDA, *Familia cit.*, *loc. cit.*, N° 900.

243 C 2a. de Apel. de La Plata, 15 de mayo de 1932 en JA 38, 524.

que aumentarán su renta²⁴⁴, a cancelar una hipoteca anterior más gravosa²⁴⁵. No se ha concedido autorización si las mejoras no eran urgentes o beneficiosas²⁴⁶ o si el crédito se destinaba a subsanar las necesidades del menor existiendo otros bienes para hacerlo²⁴⁷.

92.1. *Hipoteca o prenda por saldo de precio*. Bossert y Zannoni estiman que no se requiere autorización especial para el supuesto encarado. “El objetivo de la autorización judicial, escriben, es impedir un acto de envergadura como el gravamen que a través de su ejecución puede provocar la salida del patrimonio del hijo, por ejecución forzada, de un bien que en él existía. Pero en este supuesto, no se trata de ello, sino de la incorporación de un bien que hasta este instante no existe en el patrimonio del menor, incorporación que requiere la constitución del gravamen para garantizar el pago del saldo de precio y sin el cual este acto provechoso para el patrimonio del menor, no sería posible”²⁴⁸.

No compartimos este criterio, si bien se ha incorporado acertadamente a la interpretación del artículo 1277 del Código Civil, porque con la hipoteca por el saldo no resulta disminuido un bien actual ni disminuido el patrimonio del cónyuge comprador que sólo apela al gravamen como un recurso, un medio útil para incorporar al mismo bienes, actitud plausible que no contraría la finalidad de la norma citada. La situación no es la misma cuando los padres compran en representación del hijo. En materia de negocios jurídicos de los cónyuges, el comprador emplea ganancias de su titularidad, de plena disposición por cuanto el dinero no es cosa mueble registrable y si la adquisición del inmueble resultara después frac-

244 CC de la Capital, 10 de noviembre de 1927 en JA 26, 546; CC 2a. de la Capital, 28 de abril de 1930 en JA, 32, 1071.

245 CC 2a. de la Capital, 27 de junio de 1938 en JA 62, 773.

246 CC 1a. de la Capital, 10 de noviembre de 1927 en JA 26, 546.

247 CC 1a. de la Capital, 10 de octubre de 1932 en JA 39, 730.

248 BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 297, parágr. 3. En el mismo sentido: GOWLAND, *op. cit.*, VIII, B, 1. b.

sada porque no pudo ser cubierto el precio y se ejecutó la hipoteca, la pérdida para el patrimonio ganancial probablemente, o no se producirá por recuperarse todo los fondos empleados o, en caso contrario, consistirá en la pérdida de solamente dinero. En el caso del menor, es este dinero el que debe ser mantenido hasta la terminación de la potestad y el riesgo que corre de pérdida aunque parcial, es suficiente para que la constitución del gravamen requiera autorización judicial. Obsérvese que la argumentación se mantiene en términos de conveniencia fáctica sin apelar a la concepción teórico-legal de que para hipotecar es preciso que quien lo hace sea propietario del inmueble (art. 3119) que coloca en pie de igualdad a la constitución de hipoteca sobre un bien ya existente en el patrimonio del menor y a la que se constituye como saldo de precio.

Por otra parte, en la práctica, al solicitarse autorización para comprar se solicitará también para gravar por el saldo de precio o la necesidad de hacerlo estará patente en la descripción de las características del acto que se expliciten ante el magistrado. Y como la compra es una inversión favorable a los intereses del menor, es previsible que la autorización sea concedida salvo en casos de verdadera excepción.

92.2. *Contrato de avíos.* El contrato de avíos es aquél “por el cual una persona se obliga a suministrar lo necesario para la explotación de una mina” con preferencia para los aviadores sobre todo otro acreedor (art. 295 del Código de Minería). Es considerado un gravamen sobre la mina²⁴⁹.

93. *Transferencia de derechos reales*

La transferencia de derechos reales de titularidad de los menores

249 Ver DE PABLO, Tomás, *La reforma civil frente al Código de Minería*, en LL 132, 1349 y ss. Es también cit. por FANZOLATO, *op. cit.*, N° 40.3.

sobre bienes de terceros está expresamente contemplada en el artículo 297, segundo párrafo, reproduciendo textualmente la fórmula de la tercera cláusula del artículo 297 original del Código Civil. Se trata de actos de disposición que, además, casi siempre, recaen sobre bienes registrables²⁵⁰, por lo que los cubre también el inciso 6º, del artículo 264 quater.

Quedan comprendidos en esta preceptiva, la cesión de créditos garantizados con hipoteca o con prenda con o sin registro, la cesión de usufructo, uso y habitación, de servidumbres reales, del contrato de avíos minero.

En el proyecto de 1936, la transferencia de derechos reales sobre bienes de terceros aparece absolutamente prohibida (art. 502, inciso 5º); en el Anteproyecto de 1954, requiere autorización judicial.

94. Actos de disposición sobre minas

El abandono de minas se encuentra incluido en el artículo 264 quater, 6º, por ser acto de disposición sobre inmuebles (art. 149 del Código de Minería), además de producir efectos de “enajenación”.

95. Enajenación de derechos intelectuales

La enajenación total o parcial de la obra (art. 51 de la ley 11.723) es acto de disposición sobre bien registrable y es, además, “enajenación”. Se encuentra, por lo tanto, simultáneamente, dentro de la comprensión del inciso 6º del artículo 264 quater y del artículo 297 segundo párrafo.

96. Enajenación de patentes de invención y de diseños industriales

Se aplican las mismas consideraciones del número anterior.

²⁵⁰ Supra Nº 50.2, a los seis primeros supuestos enumerados.

97. Cesión de marcas registrables y de marcas y señales de ganado

Asimismo corresponde lo expuesto en los dos números anteriores.

98. Cesión de cuotas sociales, acciones, etc.

La comprensión del segundo párrafo del artículo 297, extiende casi sin excepciones el requisito del doble consentimiento y la autorización judicial cuando el negocio implicado constituya o produzca resultados análogos a una enajenación. Abarca, por ejemplo, la cesión de cuotas societarias, de acciones y de títulos valores. Aun en el supuesto, poco frecuente, de que se tratara de bienes no registrables, se exige consentimiento conjunto y autorización judicial porque se trata de bienes equiparables al dinero.

La jurisprudencia anterior a la ley 23.264 se había pronunciado coincidentemente en la necesidad de la autorización judicial para la cesión de acciones del menor, bajo sanción de nulidad²⁵¹.

99. Cesión de derechos creditorios

La cesión de derechos creditorios a favor del hijo no está contemplada expresamente en el artículo 297 ni es acto de disposición sobre bienes registrables a incluir en el inciso 6° del artículo 264 quarter. Sin embargo, la remisión de los artículos 1435 a 1437 del Código Civil les hace aplicable lo dispuesto y explicado con respecto a la venta y la donación de bienes del menor, a más de que produce efectos de “enajenación”²⁵¹⁻¹.

²⁵¹ CNCiv., Sala E, 11 de octubre de 1978 en LL 1981-B, 553, 35. 855 S; C 1a. CC de Bahía Blanca, Sala I, 8 de Julio de 1980 en DJBA 120, 233 y Rep. LL 1981 J-Z, 2122, N° 90.

²⁵¹⁻¹ Los artículos 1435 a 1437 vigentes corresponden a los numerados 1436 y 1437 del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.

100. *Negocios jurídicos relativos a la herencia deferida al menor*

La ley 23.264 solamente ha contemplado un aspecto sucesorio en la gestión de los progenitores: la prohibición establecida en el primer párrafo del artículo 297. La aceptación, la repudiación y la partición de la herencia quedan sometidas a los principios generales que resulten aplicables.

Debe subrayarse que en el ámbito de capacidad del concebido se incluye la adquisición de “bienes por donación o herencia” (arts. 64, 3290 y 3733). El no nacido se encuentra en la misma situación del heredero nacido menor de edad y su representante legal, en idéntica situación a la del representante legal de cualquier incapaz de obrar. De otra manera, el artículo 64 carecería de sentido y de aplicación: no sería necesario proveer a la representación del concebido si para ejercer los derechos que nacen de la sucesión hubiera que esperar a su nacimiento o si hasta que éste se hubiera producido fuera necesario diferir la aceptación de la donación. La ley 23.264 no ha alterado la personalidad de la persona por nacer, disponiendo con precisión que la patria potestad comienza desde la concepción (art. 264 *ab initio*)²⁵².

100.1. *Aceptación de herencia.*

a) *Aceptación expresa.* La aceptación expresa de herencia es un acto de disposición cualquiera sea el criterio que se adopte para caracterizarla: si el funcional, porque traduce gestión por medios no habituales y porque comporta la consolidación de una modificación sustancial del patrimonio del aceptante; si el objetivo, porque recae sobre bienes de capital y de capital fijo, ya que lo es la herencia en el momento de la apertura que coincide con el de la aceptación (art.

²⁵² Ver MENDEZ COSTA, María Josefa, *Capacidad para aceptar y para repudiar herencias*, Buenos Aires, 1978, N° 11. Para la legislación posterior a la 23.264, *La filiación*, Santa Fe, 1986, Nos. 117 y 118.

Las VI Jornadas Científicas de la Magistratura (Paraná, 1986) declararon que la ley 23.264 no ha modificado el contenido de los artículos 64, siguientes y concordantes del Código Civil.

3341)²⁵³. Este acto de disposición incide en bienes que se encuentran incorporados al patrimonio del heredero conforme al régimen sucesorio argentino (“El heredero, aunque fuera incapaz, o ignorase que la herencia se le ha deferido, es sin embargo propietario de ella, desde la muerte del autor de la sucesión”, art. 3420). Por esta causa, el efecto de la aceptación es el de consolidar definitivamente la adquisición de la herencia si es pura y simple o el de restringir la posibilidad jurídica de renunciarla, si es beneficiaria.

La aceptación de la herencia deferida a concebidos o menores de edad sujetos a patria potestad corresponde a sus progenitores. *Si en el caudal relicto no existen prima facie bienes inmuebles ni muebles registrables*, la hipótesis es la considerada en el número 68.2.: se trata de acto de disposición sobre muebles no registrables no incluidos en el inciso 6° del artículo 264 quater ni en el segundo párrafo del artículo 297 y por lo tanto, tiene el mismo régimen de los actos conservatorios (gestión indistinta sin autorización judicial). El descubrimiento de inmuebles o muebles registrables en el patrimonio heredado determinaría la necesidad de cumplir con el doble requisito legal, según se expresa a continuación.

Si en el acervo hay inmuebles, derechos o muebles registrables, es ineludible la aplicación del inciso 6° del artículo 264 quater, requiriéndose el consentimiento expreso de ambos progenitores y autorización judicial. Esta interpretación armoniza con la importancia de la aceptación aunque se pretendiera refutarla invocando que incide sobre la universalidad jurídica “herencia” mientras que los actos considerados en el mencionado inciso lo hacen sobre bienes deter-

253 MENDEZ COSTA, *Capacidad* cit., N° 4. Sobre que se requiere capacidad para disponer: PEREZ LASALA, *op. cit.*, T. I, N° 320; BORDA; *Sucesiones* cit., T. I, N° 187. “La fórmula usada en el precepto, al mentar la libre administración de los bienes, reitera un lenguaje común en nuestro Código, en el cual aquélla adquiere la significación de plena capacidad civil. Sin duda alguna, la norma debió tener una redacción más rigurosa, dado que la aceptación constituye un genuino acto de disposición” (MAFFIA, *op. cit.*, T. I, N° 217).

minados. Si bien la actuación de los padres como representantes legales de los concebidos y de los menores es compleja, debe tenerse en cuenta que su intervención conjunta será excepcional, a presentarse en caso de institución hereditaria, en la hipótesis de sucesión de un colateral si fueran indignos sus padres o de la sucesión de un hijo extramatrimonial del menor. En la inmensa mayoría de los supuestos, la herencia a aceptar será la del progenitor premuerto y entonces la representación del incapaz corresponderá al otro progenitor con autorización judicial. Antes de la ley 23.264, la falta de norma legal sobre la exigencia de este último requisito solo podía justificarse por la confianza que inspira la gestión paterna y el limitado riesgo que acompaña a la aceptación beneficiaria pero doctrinariamente se estimó adecuada la previsión legislativa en tal sentido porque aun así acarrea cargas²⁵⁴.

La aceptación expresa exteriorizada mediante el pedido de declaratoria de herederos satisface el control judicial en el trámite de ésta.

La aceptación manifestada sin el cumplimiento de los requisitos legales es nula (art. 3335).

b) *Aceptación tácita*. Cabe preguntarse sobre la posibilidad de la aceptación tácita de la herencia por acto que la comporte efectuado por padre, madre o ambos, en nombre y representación del hijo, teniéndose presente que hay formas de aceptación tácita que son compatibles con el beneficio de inventario. La hipótesis es imaginable solamente para aquellos supuestos en que la herencia no incluye bienes inmuebles o muebles registrables y en que el acto que configura la aceptación no requiera en sí mismo, autorización judicial, por ejemplo, cobro de créditos a favor de la sucesión (art. 3326), contratación de reparaciones no urgentes ni necesarias o de la tala de bosques (art. 3327) porque si se tratara de acto jurídico que exija auto-

254 Ver nuestra obra, *Capacidad* cit., Cap. V, N° 12.

rización judicial, la solicitud de ésta ya es aceptación expresa. Si en la herencia hay bienes inmuebles o muebles registrables, la aceptación no podría configurarse a través de un negocio que no exigiera autorización judicial y su solicitud, como se ha expresado, ya conforma aceptación expresa.

El vencimiento del plazo del artículo 3313 ante la inacción de los representantes legales del menor no podría significar aceptación de la herencia porque tal actitud pasiva escapa a la representación del incapaz. Los artículos 3966 y 3980 juegan analógicamente dado que el plazo no es de prescripción adquisitiva²⁵⁴⁻¹. La situación fáctica es imaginable si la herencia ha sido deferida a una persona por nacer o durante el primer año de vida del heredero o aún más tarde si se trata de la transmisión del derecho de opción (art. 3316 y 3419) de un llamado que muere antes de hacer uso de él y lo transmite al menor, a su vez, heredero suyo.

c) *Aceptación forzada*. La conducta del padre o madre que sustrae u oculta bienes hereditarios (art. 3331) no perjudica al hijo en cuya representación no se concibe cometido el acto ilícito. No hay aceptación forzada y únicamente responsabilidad para el autor de la violación legal.

d) *Beneficio de inventario*. Subsiste, en principio, la dificultad planteada por el Código Civil en su redacción, no superada por la ley 17.711, relativa a probar que el menor sujeto a patria potestad es beneficiario de pleno derecho²⁵⁵. La importancia de la cuestión ha disminuido sensiblemente porque el juez no autorizará una aceptación pura y simple.

En todo caso, es siempre aplicable la observación de Poviña para quien la prohibición de aceptar pura y simplemente surge de toda la sistemática del Código porque el padre ejerce un mandato de fuente

²⁵⁴⁻¹ Comparar los vigentes artículos 3966 y 3980 con los artículos 3907, inciso 2º y 3909 del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.

²⁵⁵ *Op. cit.* en nota 254, N° 14.

legal (arts. 1870, 4° y 1880), no el poder especial requerido para aceptar herencias (art. 1881, inciso 16) y por las limitaciones que inciden sobre la gestión paterno-materna²⁵⁶. El sentido de la autoridad de los padres es el que impone la solución estricta y más favorable al menor.

e) *La aceptación de herencia después de la ley 23.264 según la doctrina.* Los autores que se refieren a la aceptación de herencia por los padres, después de la ley 23.264, no formulan distinciones. Belluscio considera la aceptación beneficiaria de herencia dentro de los actos que los padres pueden ejecutar libremente y aclara que no podrían hacerlo pura y simplemente porque esto importaría eventualmente la contracción de deudas, acto que los padres no pueden efectuar sin autorización judicial²⁵⁷, López Fuster y Pitrau también incluyen la aceptación de herencia entre los actos libres de los padres²⁵⁸. Todos los autores citados emplean el sustantivo “padres” en plural pero sin precisar si deben actuar ambos progenitores o si el acto queda incluido en las posibilidades legales de gestión indistinta.

100.2. *Renuncia.* En nuestro régimen sucesorio, en que la herencia se adquiere a la muerte del causante (artículo 3420) y en que la aceptación, como se ha recordado, consolida esa situación, la renuncia produce los efectos de la renuncia a un derecho patrimonial, como una enajenación a título gratuito, con resultados negativos sobre el patrimonio del heredero porque significa, por lo menos, un no enriquecimiento. Vélez Sársfield en la nota al artículo 3345 se refiere a ella como la “abdicación de un derecho, una clase de enajenación”. La renuncia es, por lo tanto, acto de disposición porque traduce gestión por medios extraordinarios y modifica sustancialmente el patri-

²⁵⁶ POVINA, Horacio, *El beneficio de inventario en el derecho argentino*, Tucumán, 1965, N° 17; infra N° 128.3, c). El artículo 1870 carece de equivalente en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial: el artículo 1880, corresponde al 1885; el artículo 1881, inciso 16, al 1886 inciso 1°.

²⁵⁷ BELLUSCIO, *Manual cit.*, 4a. ed. cit., T. II, N° 551.

²⁵⁸ LÓPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, III, G, 3).

monio del renunciante, para quienes se guían por un criterio funcional; o por recaer sobre bienes de capital y de capital fijo, para quienes sustentan un criterio objetivo de distinción entre actos de administración y actos de disposición. No es propiamente un acto jurídico de enajenación porque no se adecua al contenido de la intención negocial en este tipo de negocios ya que el efecto que indirectamente produce la renuncia sobre el patrimonio de los coherederos en virtud del derecho de acrecer o sobre el patrimonio de los herederos de un grado posterior hasta los cuales se extiende la relación, son resultados que nacen de la ley y no de la intención con eficacia jurídica del renunciante.

De todo esto resulta que la renuncia a la herencia deferida a concebidos o menores de edad debería ser efectuada por sus progenitores con las mismas distinciones formuladas en cuanto a la aceptación, es decir, dentro de la gestión indistinta sin autorización judicial si en el acervo no hay, *prima facie*, inmuebles o muebles registrables y con el régimen de gestión conjunta y autorización judicial en caso contrario. No obstante, la renuncia es de mayor trascendencia que la aceptación de la herencia y es razonable la analogía con la donación de cosas del menor según el artículo 1807, inciso 3º, en que siempre es necesaria la intervención conjunta de los padres y la autorización judicial²⁵⁹. En conclusión, la renuncia a la herencia deferida al hijo, cualquiera sea la composición del acervo, exige intervención de ambos progenitores y autorización judicial.

El plazo del artículo 3313 del Código Civil, funciona como de prescripción extintiva cuando se entiende que el heredero pasivo es considerado excluido de la herencia a su vencimiento. Juega la dispensa de la prescripción cumplida, en favor del menor (tal vez ya capaz o dotado de otro representante legal), en los términos de los artículos 3966 y 3980 en la hipótesis de que sus padres hubieran deja-

259 Supra N° 89.

do transcurrir el plazo sin optar entre la aceptación y la renuncia. Es cierto que el primero de estos textos contempla el caso de falta de representante legal y no de su inacción, pero la *ratio legis* se extiende a tal supuesto; además el artículo 3980 se refiere a toda “dificultad o imposibilidad de hecho”. La interpretación que antecede armoniza con el requisito de la autorización judicial para la renuncia que, de otra manera, podría eludirse mediante la abstención de los progenitores²⁵⁹⁻¹.

100.3. *Partición de herencia.* La última oración del artículo 3514 autoriza la partición efectuada por “padre y madre” de “los bienes que los descendientes obtuviesen en otras sucesiones”. Singularmente conforme con el régimen actualmente vigente aunque, sin duda, en la norma de Vélez se preveía la actuación de la madre a falta del padre, el texto conforma uno de los tres supuestos en que la partición de la herencia deferida a los menores no debe ser judicial (exceptuando al inciso 1° del art. 3465) de los cuales, dos corresponden a los padres: la partición por el ascendiente de su propia herencia y el supuesto aquí considerado²⁶⁰, que abarca, a su vez, dos posibilidades: la partición de la herencia o de su porción entre sólo los hijos de los partidores o representarlos en la partición no judicial de herencia que comparten con otros herederos.

Esta partición constituye un acto de disposición para el criterio funcional porque modifica la composición del patrimonio de los partícipes y para el criterio objetivo porque recae sobre bienes de capital y de capital fijo. Se encuentra incluida en el contenido del artículo 264 quater inciso 6° cuando concurren sus elementos y en la necesidad del consentimiento conjunto cualquiera sea la composición del acervo porque es indispensable la autorización judicial (art. 297,

²⁵⁹⁻¹ Ver nota 254-1.

²⁶⁰ Ver supra N° 58.3.

ratio legis del segundo párrafo). Por lo mismo, interviniendo coherederos no hijos del partidor, puede darse en la forma de instrumento privado homologado judicialmente o aun por escritura pública estando los progenitores autorizados judicialmente para otorgarla, lo que supone el conocimiento de los términos de la partición por el juez.

La tasación de los bienes es indispensable en la partición hereditaria y en toda división de bienes en que se apliquen sus reglas. Adoptándose la forma de partición por escritura pública, tampoco puede prescindirse de la misma y será un elemento a considerar para conceder o negar la autorización judicial²⁶¹.

100.4. *Pacto de indivisión entre coherederos.* Conforme al artículo 52 de la ley 14.394, los coherederos pueden pactar que la indivisión entre ellos perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda los diez años. Se trata de un acto de disposición por su repercusión sobre el patrimonio de los coherederos para el criterio funcional y por recaer sobre bienes de capital y de capital fijo para el criterio objetivo. La citada norma estatuye expresamente que “si hubiere herederos incapaces, el convenio concluido por sus representantes legales, no tendrá efecto hasta la homologación judicial”. Por

²⁶¹ Ver el completo estudio de BELLUSCIO, Augusto César, *La tasación como paso previo a la partición judicial*, en FD 99, 553, comentario crítico a un fallo en sentido favorable a prescindir de la tasación, de la CNCiv. Sala D, del 17 de marzo de 1981, en especial, II y IV. En la nota N° 1 de este trabajo se agotan las referencias de doctrina en pro o en contra del requisito de la autorización judicial, anteriormente a la entrada en vigencia de la ley 23.264, mencionándose la opinión opuesta de Llerena y Fornieles y la favorable a la exigencia del requisito por analogía con lo dispuesto en el artículo 3515 y la necesaria intervención del Ministerio de Menores, de Segovia, Borda, Maffía, Lafaille, De Gásperi, Pérez Lasala y Goyena Copello. Guastavino también se pronuncia por la necesidad de obtener autorización judicial para la partición prevista en la última parte del artículo 3514 (*Pactos*, cit., N° 262).

La argumentación de la doctrina predominante es válida en el régimen vigente subsistiendo la analogía con lo dispuesto en el artículo 3515 y porque la partición, negocio único, puede incluir negocios de compraventa, permuta y hasta donación que, siendo instrumentales, no dejan de comprometer el patrimonio del menor y requieren el control judicial (ver nuestro trabajo cit., *Partición de gananciales: negocio único*, en LL del 24 de octubre de 1986).

lo tanto, el convenio es un negocio incluido en la preceptiva del segundo párrafo del artículo 297 y, dada la coordinación de éste con el contenido del 294 (primera oración del segundo párrafo), es necesaria asimismo la intervención conjunta de los progenitores.

Las posibilidades de constitución de sociedad en esta hipótesis ha sido ya considerada²⁶².

101. Remisión de derechos

La remisión de derechos de los hijos exige intervención conjunta de los padres y autorización judicial como acto de disposición cuando recae sobre bienes registrables (art. 264 quater, inciso 6º) y los mismos requisitos si su objeto son derechos no registrables porque constituye una enajenación (art. 297 segundo párrafo). Belluscio invoca también los artículos 1880 y 1807, inciso 3º, destacando lo difícilmente que se otorgará autorización judicial para la remisión gratuita²⁶³. López Fuster y Pitrau coinciden con esta conclusión²⁶⁴.

101.1. *Solicitud de desafectación del Bien de Familia con el menor como beneficiario.* Los padres necesitan consentimiento conjunto y autorización judicial para solicitar la desafectación del Bien de Familia, en representación del menor beneficiario que lo sea, exclusivo o con otros, en virtud de la constitución por tercero en testamento (art. 49,b), ley 14,394).

102. Transacción

102.1. *Transacción entre padres e hijos.* La transacción entre padres e hijos no está mencionada en el primer párrafo del artículo 297 pero entra en la prohibición genérica del artículo 279 porque el ar-

²⁶² Supra N° 61,2, b).

²⁶³ BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., T. II, N° 550, 5. Ver nota 225 *in fine*.

²⁶⁴ LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, (I, 2), f.

título 833 le aplica las normas de los contratos sobre la capacidad para celebrarlos. Estas y otras bases argumentales (por ejemplo, el inciso 3° del art. 1881, la difícil valoración de derechos litigiosos o dudosos) han sido invocadas por Lafaille, Mazzinghi y Zannoni²⁶⁵ para rehusar su validez antes de la ley 23.264 y conservan interés porque ninguna de las dos normas mencionadas en último término, han sido modificadas en 1985.

Por el contrario, en la misma época, era aceptada por Busso, Borda y Belluscio por la conveniencia de la superación del conflicto entre padres e hijos, con intervención de un tutor especialmente designado al efecto, la del Asesor de Menores y aprobación judicial. Belluscio se ratifica actualmente en tal sentido y con los requisitos indicados²⁶⁶.

A nuestro entender, la transacción es, no sólo acto de disposición, sino que, por las concepciones recíprocas entre las partes, configura enajenaciones. Por lo tanto, la autorización judicial con intervención del Ministerio de Menores es indispensable sin excepción, pero no es siempre necesaria la designación de tutor especial si el progenitor no comprometido en la cuestión asume la representación del hijo. No hay por qué dudar de su imparcialidad y de su ánimo de cumplir la función protectora que le compete en cuanto a los intereses de éste. La intervención judicial es suficiente garantía al respecto.

La supresión de referencia expresa a la transacción, que figuraba, aunque oscura, en el sustituido artículo 297, no significa que haya desaparecido como excepción a la amplia prohibición del artículo 279 porque, circunscripto a determinadas transacciones, aquel pre-

265 LAFAILLE, *op. cit.*, N° 613; ZANNONI, *Derecho de Familia cit., loc. cit.*, parágr. 1018, b. 8°); MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 636, i). El inciso 3° del artículo 1881 corresponde al inciso 6° del artículo 1886 en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.

266 BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 297, Nos. 68 y ss.; BORDA, *Familia cit.*, T. II, N° 903; BELLUSCIO, *Manual cit.*, 1a. ed., Buenos Aires 1974, T. II, N° 550 y 4a. ed., el mismo lugar y número.

cepto dejaba abierta la posibilidad de su procedencia en otras hipótesis distintas. Tampoco significa que los padres puedan celebrarlas sin control judicial por los fundamentos señalados conforme a la redacción de los artículos 264 quater y 297.

102.2. *Transacción con terceros*. Por estas mismas razones, la transacción con terceros requiere consentimiento conjunto y autorización judicial²⁶⁷.

Antes de la ley 23.264, Lafaille y Salvat la consideraron prohibida por no ser especiales los poderes ejercidos por el padre (arts. 1881, inciso 3º, 1880 y 839), pero su opinión quedó aislada dentro de la doctrina, de manera que la actual interpretación coincide con la corriente mayoritaria expresada por Colmo, Busso, Borda, Mazzinghi, Zannoni, Belluscio²⁶⁸.

103. *Negocios jurídicos procesales*

La representación en juicio del hijo corresponde a ambos progenitores en virtud del principio básico del ejercicio conjunto de la patria potestad, aplicándose las disposiciones legales de carácter procesal que establezcan la necesidad de unificar personería²⁶⁹. El progenitor actuante podrá celebrar los negocios jurídicos procesales que requieran consentimiento conjunto conforme a la ley 23.264, debiendo tenerse en cuenta las posibilidades de expresión de la voluntad asertiva del otro progenitor oportunamente señaladas²⁷⁰, con constancia de ello en la formalidad de unificación de personería.

267 De acuerdo BELLUSCIO recién cit.; LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, G, 2, h).

268 LAFAILLE, *op. cit.*, N° 613; SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil argentino, Obligaciones en general*, 5a. ed., Buenos Aires, 1946, T. II, N° 1872; COLMO, Alfredo, *De las obligaciones en general*, 3a. ed., Buenos Aires, 1944; BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 297, N° 82; BORDA, *Familia cit., loc. cit.*, N° 904; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 636, i). Plenario de las Cámaras Civiles de la Capital del 9 de octubre de 1933, citado en nota N° 237, por su doctrina.

269 BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 264 quater, parágr. 13.

270 Supra Nos. 76 y 77.

103.1. *Negocios jurídicos procesales-actos de disposición-enajenación.* Numerosos negocios jurídicos procesales son actos de disposición: el allanamiento a la pretensión de la contraparte, el desistimiento, los acuerdos conciliatorios recíprocos, la transacción²⁷¹. Quedan incluidos en la preceptiva del artículo 264 quater, inciso 6° y en el segundo párrafo del artículo 297 si comportan enajenaciones, lo que deberá estimarse en cada caso particular. Las consideraciones formuladas con respecto a la transacción fuera de juicio, a la remisión de derechos del menor y otras, serán útiles por configurarse en el negocio procesal o por analogía.

103.2. *Promoción de la división de condominio existente entre el menor y un tercero.* Promover la división de condominio existente entre el menor y un tercero es un acto de disposición que requiere consentimiento de ambos progenitores y autorización judicial en virtud del inciso 6°. del artículo 264 quater, en su caso. La conclusión es extensiva al condominio sobre cosas muebles no registrables, incluyéndolo en la comprensión del segundo párrafo del artículo 297, por análogas razones que justifican la caracterización de este acto, dadas sus consecuencias, como “enajenación”.

Que la acción por división de condominio es un acto de disposición ha sido demostrado cabalmente en un importante voto de Kemelmajer de Carlucci por los siguientes fundamentos: la división del condominio implica la modificación del derecho produciendo una alteración del activo, compromete el valor del elemento capital y no recae sobre frutos o rentas; afecta la propia individualidad por cuanto que el derecho que se tenía sobre la cuota recaerá después sobre una parte determinada; la circunstancia de que la partición tenga efectos declarativos no afecta el carácter dispositivo “pues lo cierto es que, aun cuando la ley considere al condómino como único propietario de la parte adjudicada con efectos retroactivos al comienzo

271 Ver el prolijo estudio de FANZOLATO, *op. cit.*, N° 29.3 y ss.

de la comunidad, ello no implica sino una ficción, ante la cual el ordenamiento ha debido hacer necesariamente concesiones, (por ejemplo, el derecho de evicción, arts. 2140 y ss.)”; la “partición en sí misma puede llegar a perjudicar al menor, al margen de la parte que se le adjudique, porque comporta una modificación en el régimen de conservación, uso, disfrute, etc., de la cosa”. Expresa además, la ministra preopinante, que la utilidad que el acto debe revestir para el menor no podrá ser apreciada en el proceso por división del condominio “en el cual la jurisdicción queda limitada al análisis de cómo se efectúa la partición, pero no a si ésta es en sí misma conveniente o no para el menor, dado que el representante legal no podría volverse sobre sus propios actos pidiendo la suspensión de la división” y que “la inconveniencia para el menor puede no llegar a configurar la causal de nocividad prevista en el artículo 2715 y sin embargo perjudicar los intereses del sujeto sometido a la patria potestad. La ‘inconveniencia’ contempla una gama de acontecimientos mucho más extensa que la ‘nocividad’”²⁷².

Los considerandos de la citada sentencia de la Suprema Corte de Mendoza, si bien dictada antes de la entrada en vigencia de la ley 23.264, son totalmente valiosos en la situación actual, debiendo sólo aclararse lo explicitado sobre la representación conjunta del incapaz. Los padres, por lo tanto, deben requerir autorización judicial para promover la instancia judicial por división de condominio entre su representado y un tercero, a los efectos de que el juez analice la conveniencia y utilidad de la medida considerada en sí misma, bajo sanción de nulidad. Sin duda, hay una incongruencia entre el deber de los tutores de pedir la división del condominio (art. 436) y el

²⁷² SC de Mendoza, 25 de junio de 1985 en LL 1986-B, 165 con nota aprobatoria de GUASTAVINO cit. Véase en esta nota, las referencias a los proyectos de reforma del Código Civil que coinciden con la interpretación del tribunal. El anotador subraya, entre otros, los conceptos de Kemelmajer de Carlucci sobre la importancia de distinguir “entre el perjuicio que puede resultar de la partición misma y el que puede derivar del modo como se realice; y también que la inconveniencia de la división contempla una gama más extensa que la nocividad”.

requisito de la autorización judicial para que puedan hacerlo los padres, pero ello es apto para apoyar una apreciación crítica de la norma en materia de tutela pero no una interpretación de este aspecto de la gestión paterno-materna que dejara de lado elementos provistos por la ley 23.264 y una adecuada valoración del acto cuestionado cuya cualidad dispositiva es innegable.

103.3. *Excepción: aceptación de la demanda de división de condominio entablada por el tercero condómino.* No se requiere autorización judicial para contestar la demanda de división de condominio entablada por el tercero condómino que hace uso de su derecho a exigirla y a la que no pueden oponerse los otros condóminos. Se trata de un acto debido de gestión indistinta pero la partición debe ser siempre judicial con intervención de ambos progenitores (arts. 3465, 1° y 2698 y necesidad de consentimiento conjunto en los negocios que requieren autorización judicial, ésta implícita en la forma exigida).

104. *Quid de las locaciones*

El arrendamiento de inmuebles ha sido siempre un contrato difícil de ubicar en la dicotomía actos de administración-actos de disposición. En principio, es acto de administración, mencionado como tal especialmente en el artículo 2670, exigiéndose en el 1510 la capacidad de administrar para el que arrienda cosas o tomas las ajenas en arrendamiento. Sin embargo, la doctrina lo conceptúa acto de disposición para el locador si las condiciones del contrato influyen negativamente sobre el valor monetario del inmueble. Según Orgaz, el Código establece “plazos que, si se exceden, convierten el arrendamiento en acto de disposición”²⁷³, Borda, por su parte, ha sustentado que las leyes de prórroga convirtieron la locación de inmuebles en

²⁷³ Orgaz, *Hechos y actos* cit., p. 82. En contra, Laje, para quien el arrendamiento es siempre acto de administración que resulta nulo si excede los plazos legales: LAJE, Eduardo J., *Actos de administración, de disposición y de enajenación*, en JA 1950-1, Secc. Doctr., p. 129 y ss., N° 31.

acto de disposición y consecuentemente, negado la aplicación del artículo 300 del Código si los padres no habían obtenido autorización judicial para su celebración, expresando que aquella disposición estaba referida a un sistema legal de locación que no era el vigente durante los regímenes excepcionales establecidos. No obstante, opinaba que las normas del Código Civil que lo reputan acto de administración recobraban su imperio cuando el contrato estaba al margen del sistema de prórroga²⁷⁴.

Sometido al criterio de distinción que atiende a la naturaleza del objeto del negocio, con respecto al propietario, el arrendamiento será acto de disposición siempre que recaiga sobre un bien de capital fijo y la forma de explotación que el contrato implica (alquilarlo para percibir un fruto civil) demuestra que la cosa se presenta como capital lucrativo fijo. Su régimen será, entonces, el de acto de disposición sobre inmuebles. De cualquier manera, se considera acto de disposición si excede el término de seis años del artículo 1881, 10. Lleva implícito el término cierto fijado en el artículo 300 y dentro del mismo, no puede exceder el de 10 años del artículo 1505²⁷⁴⁻¹.

Belluscio, López Fuster y Pitrau entienden que los arrendamientos urbanos y rurales, son negocios jurídicos que los padres pueden celebrar libremente²⁷⁵.

La norma del artículo 300 es interpretada unánimemente en el sentido que alude a la terminación de la patria potestad por mayoría de edad o emancipación del menor²⁷⁶.

274 BORDA, *Contratos* cit., T. I, Nos. 613, 614.

274-1 En el proyecto con media sanción que unifica la legislación civil y comercial, corresponderían los siguientes textos: "El contrato de locación no puede hacerse por mayor tiempo de 10 años si se tratara de casa-habitación, y de cincuenta años en los otros casos. El que se hiciera por mayor término quedará cumplido en los plazos (art. 1505)". Son necesarias facultades especiales para... dar o tomar inmuebles en locación por mas de 3 años (art. 1886, inc. 7º).

275 BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed., cit., loc. cit., N° 551; LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, III, G, 3).

276 LAFAILLE, *op. cit.*, N° 616; BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 300, N° 6; BELLUSCIO recién cit. El vencimiento del plazo cedió antes las leyes de prórroga: CN Esp. CC, Sala 2a., 31 de Mayo de 1976 en JA 1977-II, 60.

105. *Quid del reconocimiento de obligaciones*

El reconocimiento de obligaciones podría calificarse como “acto debido” que, como tal, podría ser otorgado por cualquiera de los progenitores sin autorización judicial. No habría razón, en efecto, para suponer que el padre o la madre obra en fraude de su hijo, riesgo que se evitaría con la intervención conjunta y autorización judicial.

Sin embargo, el reconocimiento de obligaciones no es equiparable al pago, para el cual se sustenta la configuración de “acto debido”. En éste, el presupuesto es una obligación válidamente contraída por los representantes legales del menor; el reconocimiento de obligaciones, si bien no excluye esta posibilidad, recaerá generalmente sobre actos emergentes del menor mismo, y en ambos casos, comporta una convalidación para la cual debe exigirse a los padres lo mismo que exige la celebración del negocio fuente de la obligación, por ellos en representación del menor. Así correspondía entender la interpretación de Busso al reconocimiento de obligaciones antes de la ley 23.264, cuando expresa que “el padre puede reconocer por sí aquellas obligaciones de sus hijos que habría podido contraer por sí”²⁷⁷. En la misma época, Borda sostenía un criterio análogo, entendiendo exigible el requisito de la autorización judicial para reconocer obligaciones, salvo las que refirieran a actos puramente de administración que el padre era apto para realizar por sí mismo sin intervención judicial²⁷⁸.

Posteriormente a la entrada en vigencia de la ley 23.264, Belluscio sustenta idéntica posición²⁷⁹. López Fuster y Pitrau no distinguen considerando el reconocimiento de obligaciones como acto dispositivo que requiere autorización judicial²⁸⁰.

277 BUSSO, *op. cit., loc. cit.*, com. al art. 297, N° 107.

278 BORDA, *Familia cit.*, T II, N° 905 y jurisprudencia que cit., aprobándola (C. Civ. 1a. de la Capital, 9 de setiembre de 1932 en JA 39, 370) o criticándola negativamente (SC. de Buenos Aires, 17 de abril de 1931 en JA 35, 761), también cit., por Busso.

279 BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., *loc. cit.*, N° 550, 7).

También entienden que se requiere autorización judicial: DI CASTELNUOVO, LLORENS y SOLARI, *op. cit.*, com. al art. 297.

280 LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, III, G, 2, i).

105 bis. Quid de la constitución en Bien de Familia de un inmueble del menor en su propio beneficio

Si se admite la procedencia de esta figura, lo que es muy discutible, la constitución requerirá consentimiento de ambos progenitores y autorización judicial por tratarse de un acto de disposición sobre inmueble. Aun en beneficio del menor, los compromisos que recaen sobre él exceden la minoridad, requiriendo cuidadosa apreciación judicial.

2º) Negocios jurídicos que no recaen directamente sobre bienes del menor

106. Negocios jurídicos que inciden indirectamente sobre bienes del menor

En el ejercicio de la representación del hijo, los progenitores tienen ocasión de celebrar actos jurídicos que no tienen por objeto bienes del menor pero que finalmente inciden sobre ellos.

106.1. *Contratación de préstamos para el menor.* Según Borda en opinión compartida por Belluscio, López Fuster y Pitrau para el régimen vigente, los padres necesitan autorización judicial y consentimiento conjunto para contratar préstamos a favor del hijo. La interpretación es razonable por cuanto la satisfacción de la deuda y sus intereses pueden conducir a la enajenación forzosa de bienes²⁸¹. El consentimiento conjunto corresponde al exigido para actos de disposición (art. 264 quater, 6º) y de enajenación (art. 297).

106.2. *Locación de cosas para el menor.* Locar en carácter de locatario es acto de administración, ya sea con el criterio funcional de distinción como con el criterio objetivo por cuanto el precio de la

²⁸¹ BORDA, *Familia cit., loc. cit.*, N° 906; BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., *loc. cit.*, N° 550, 8. LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, III, G, g); ídem autores y lugar cit., en nota anterior *in fine*.

En contra, Busso, sólo exigía autorización judicial cuando el préstamo estaba garantizado con garantía real (*op. y loc. cit.*, com. al art. 297, N° 108).

locación será abonado posiblemente con frutos o rentas. Esta locación podría ser pactada por cualquiera de los progenitores y sin autorización judicial pero, si por las condiciones del contrato o por la proyección que tienen sobre el mismo leyes específicas, se agravara la situación del locatario o quedara caracterizado en un negocio, en cierto modo, riesgoso al resultar imprecisa la previsión de sus consecuencias futuras, debe ser otorgado por ambos progenitores y con autorización judicial por los motivos y con los alcances indicados en el número anterior²⁸¹⁻¹. La sanción de nulidad depende de la apreciación judicial de las circunstancias.

106.3. *Locación de servicios para el menor.* La locación de servicios a favor del menor implica una doble vertiente de apreciación. Por su finalidad, en efecto, puede constituir un acto conservatorio o un acto de administración pero significa asimismo un compromiso que incide sobre el dinero del menor. El caso particular del convenio de honorarios ha sido estimado como negocio jurídico que requiere autorización judicial e intervención del Ministerio de Menores, *ergo*, consentimiento de ambos progenitores²⁸¹⁻².

B) NEGOCIOS JURIDICOS QUE REQUIEREN CONSENTIMIENTO CONJUNTO PERO NO AUTORIZACION JUDICIAL

107. Contratación de servicios de explotación

La contratación de servicios que no se refieran propiamente a la conservación de los bienes, sino a su explotación, constituye acto de administración que requiere consentimiento conjunto pero no auto-

281-1 Las consideraciones expuestas sobre la compra con dinero del menor se aplican al supuesto de adquisición del uso de una cosa con opción a compra. Ver artículo 1345 y correlativos, del proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.

281-2 CNCiv. Sala A, 11 de noviembre de 1986 en LL.fallo N° 85.648. Ver trabajo allí cit.: HIGHTON, Elena I., *El pacto de cuota litis y los incapaces*, en LL. 1979-C, 1123.

rización judicial pues se encuentra incluido solamente en el inciso 7° del artículo 264 quater. Estos contratos pueden incidir gravosamente sobre el patrimonio del menor por lo que le serían extensivas las consideraciones formuladas en los tres números anteriores, pero difícilmente incluirán cláusulas que no sean imperativas en virtud de ordenamientos específicos o que no sean, al menos, las acostumbradas para la especie de servicios contratados.

108. Negocios celebrados en el curso de una explotación de bienes del menor que no corresponda incluir en las disposiciones de los artículos 297, segundo párrafo y 298, primera oración

Los contratos celebrados en representación del menor para el desenvolvimiento de una explotación que le pertenece (agropecuaria, industrial, comercial) se encuentran comprendidos en el inciso 7° del artículo 264 quater pero no requieren autorización judicial si no los abarca el contenido del segundo párrafo del artículo 297 o del primero del artículo 298.

109. Observación común a los casos precedentes

Siempre que el negocio en cuestión se halle incluido en la preceptiva del artículo 264 quater inciso 7° pero no en la de los artículos 297, segundo párrafo y en la regla del 298, el consentimiento conjunto no es exigido porque tampoco se exige autorización judicial, cuando la atribución de la gestión a uno de los progenitores ha sido resuelta en los términos del mismo artículo 297 primer párrafo o 264 ter.

C) NEGOCIOS JURIDICOS QUE NO REQUIEREN CONSENTIMIENTO CONJUNTO NI AUTORIZACION JUDICIAL

1º) Negocios jurídicos cuyo objeto son bienes del menor

110. Negocios excluidos del artículo 264 quater, del segundo párrafo del artículo 297 y de la primera oración del artículo 298

En el transcurso de los apartados anteriores se han señalado negocios jurídicos para cuya celebración los padres no requieren autorización judicial siendo suficiente la actuación de uno de ellos, por la razón enunciada en el epígrafe. Han sido calificados así la aceptación de herencias y su partición por el ascendiente (segundo párrafo del art. 3514), siempre que no existan en el acervo bienes o muebles registrables.

Se especifican a continuación otros supuestos.

111. Enajenaciones-actos conservatorios

Entran en este régimen las enajenaciones que son actos conservatorios, como la venta de cosas perecederas, de una cosecha en riesgo de disminuir su valor o perderse²⁸². Se trata de situaciones fácticas en que lo “conservatorio” priva sobre la caracterización como enajenación.

112. Pago

La caracterización del pago es discutida y polifacética. Con respecto al deudor, en su funcionalidad, es un acto de conservación patrimonial porque elimina el peligro de que la falta de cumplimiento de la obligación acarree la ejecución y consiguiente liquidación del

²⁸² El supuesto de la venta de la cosecha en riesgo es ofrecido por BOSSERT y ZANNONI como ejemplo de acto conservatorio (*op. cit.*, com. al art. 294, parágr. 5).

patrimonio, de algún elemento, o la restricción al poder de disposición sobre los mismos y, al mismo tiempo, remueva el contenido patrimonial con la reducción correlativa y simultánea del activo y el pasivo.

Desde el punto de vista objetivo, el pago será acto de administración o de disposición según los bienes afectados y como probablemente se pagarán las deudas del menor con sus rentas, se configurará un acto de administración en el que podrá actuar válidamente el progenitor que la tiene a su cargo o cualquiera de ellos con mandato verbal o tácito del otro. Esta simplificación para la realización del acto supera la mayor complicación que se desprende de considerarlo acto de administración y no conservatorio acercando el tratamiento legal de las dos soluciones. Es preciso reconocer, por otra parte, que si se admite la concepción moderna según la cual el pago es un “acto debido”, en cuanto tal, debe ser cumplido por uno u otro de los progenitores y se acentúa su cualidad de sometido al régimen de los actos conservatorios. Si el pago es un negocio jurídico porque necesariamente ha de manifestar una voluntad negocial, típico caso del pago de lo que se ha comprado²⁸³, efectuarlo es también cumplir con una obligación, ésta sí contraída con los requisitos que se exigen en la compra con fondos del hijo.

El pago de impuestos, tasas y contribuciones es claramente un acto debido a cumplir con el sistema de gestión indistinta sin autorización judicial.

1 13. Cobro de acreencias, dividendos, alquileres

El cobro de acreencias, dividendos, alquileres o cualquier otra renta a favor del menor, constituye un acto conservatorio que entra

²⁸³ Ver el interesante trabajo de COMPAGNUCCI DEL CASO, Rubén H., *Sobre la naturaleza jurídica del pago*, en JA del 23 de abril de 1986.

en el régimen respectivo de gestión indistinta de los progenitores sin autorización judicial.

114. Cancelación de gravámenes como consecuencia del pago

La cancelación de gravámenes como consecuencia de haber sido saldado el crédito a favor del menor garantizado con los mismos, es un resultado del pago recibido y no requiere intervención de ambos progenitores ni autorización judicial.

115. Contratos y actos jurídicos procesales de finalidad conservatoria

La celebración de contratos cuya finalidad sea el mantenimiento de bienes del menor (contratación de servicios para reparaciones, contratación de seguros) se encuentra dentro del régimen de los actos conservatorios.

Es acto procesal conservatorio, por ejemplo, la promoción de la acción de nulidad de un acto jurídico celebrado por el menor²⁸⁴.

2º) Negocios jurídicos que no recaen sobre bienes del menor

116. Negocios que inciden sobre el patrimonio del menor

Los negocios jurídicos que no recaen sobre bienes del menor y que tampoco inciden indirectamente sobre ellos, pero que sí afectan la composición del patrimonio incrementándola, constituyen una categoría de especiales características que no está incluida en las disposiciones de los artículos 264 quater, 297 ni 298.

117. Aceptación de donaciones

La aceptación de donaciones es la figura típica de esta categoría de negocios.

²⁸⁴ I.LAMBIAS, *Parte general* cit., T. I, N° 1985. Confr. supra N° 160.3.

117.1. *Aceptación de donaciones de terceros.* La aceptación de la donación no es un negocio jurídico que recaiga sobre cosa del hijo, puesto que la donada recién lo será cuando se hayan cumplimentado todos los requisitos para la adquisición del dominio. Puede ser otorgada por cualquiera de los progenitores sin autorización judicial²⁸⁵.

No cabe distinguir entre donaciones pura y simples y donaciones con cargo mientras estas últimas sean auténticas donaciones, es decir, que el cargo no absorba toda su significación económica.

En una de las primeras especies en que se aplicó la ley 23.264, la Sala C de la Cámara Nacional Civil, con el voto de sus miembros, Dres. Agustín Durañona y Vedia, Jorge Horacio Alterini y Santos Cifuentes, acertadamente resolvió que la madre de los donatarios era hábil para aceptar la donación en representación de sus hijos con total independencia de la intervención del padre de los mismos²⁸⁶.

²⁸⁵ Coinciden en que no es necesaria la autorización judicial: BORDA, *Familia* cit., *loc. cit.*, N° 910; BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 297, N° 103. Posteriormente a la ley 23.264, BELLUSCIO, *Manual*, 4a. ed. cit., *loc. cit.*, N° 551, 2; LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, G, 3).

²⁸⁶ 23 de diciembre de 1985. El hecho determinante del conflicto era una donación efectuada por la abuela a favor de su hija y de dos nietos menores, hijos, a su vez, de aquélla, con la condición expresa de que fuera aceptada y administrado su objeto por la progenitora con exclusión del padre. La aceptación efectuada por la madre, por derecho propio y en representación de sus hijos, había sido objetada por el Registro de la Propiedad Inmueble conforme al texto entonces vigente que confería el ejercicio de la potestad al progenitor varón.

Aclaró el tribunal de alzada que las nuevas leyes se aplican inmediatamente a las consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas existentes conforme al artículo 3° del Código Civil y estimó que en los términos de la redacción de la ley 23.264, era suficiente la aceptación por la madre de los donatarios. "Se trata, explica, de una donación sin cargo ni prestación cuyo cumplimiento se imponga a los donatarios; sólo de un beneficio para los menores. No pueden, entonces, equipararse las exigencias con las de un acto de disposición, pues los bienes ingresan sin contraprestación a cargo de los beneficiarios". Invocó el artículo 264 en cuanto a la presunción de que los actos ejecutados por uno de los progenitores cuentan con el consentimiento del otro y que la aceptación de la donación es un acto conservatorio y, finalmente, con respecto a los supuestos en que se exige el consentimiento expreso conjunto, subrayó que "la exigencia del consentimiento expreso no puede ser extendida por analogía a otras hipótesis, fuera de las expresamente previstas en la norma", I.L. 1986-B, 498.

117.2. *Aceptación de donaciones del o los padres.* Sentado el principio recién expuesto, es obvio que la donación del padre o de la madre puede ser aceptada por el progenitor no donante en representación del hijo donatario.

La formalización del contrato procede de esta manera aunque el donante necesite el asentimiento de su consorte en virtud del artículo 1277 del Código Civil y sin que esto implique autocontratación por el doble rol de manifestar el asentimiento y de aceptar por el hijo, puesto que aquél no constituye al cónyuge no donante en parte del contrato de donación.

Pero si solamente el progenitor donante se encuentra en ejercicio de la representación del hijo o si la donación es conjunta de padre y madre, será imprescindible la designación de tutor especial para que acepte por el menor, el que lo hará con autorización judicial (art. 1808, inciso 2º).

La doctrina no ha sido, antes de la ley 23.264, ni lo es actualmente, uniforme en el sentido de que la donación deba ser aceptada por un representante del menor distinto del donante.

Spota se pronuncia decididamente en contra propiciando la autocontratación, es decir, la sola intervención del progenitor donante en el doble rol de tal y de representante legal del donatario. Invoca distintas razones: no obstaculizar el espíritu de previsión del padre, no desconocer el normal cariño hacia los hijos, atender al aspecto moral y de afección que es el substracto de los derechos-deberes que comporta la patria potestad, la inexistencia de conflicto de intereses entre donante y donatario, la conveniencia de evitar el trámite judicial costoso y dilatorio y la necesidad de amparar el interés de la familia. Recuerda, en su apoyo, que en el Anteproyecto de Biliboni la donación al descendiente no requiere aceptación y cita a Pérez González y Alguer que ponen de manifiesto el error de exigir “la concurrencia de dos voluntades distintas, en el sentido de emanar de dos sujetos diferentes, cuando por el reconocimiento legal de la re-

presentación se está en presencia de *una voluntad que vale por otra voluntad*, circunstancia que no anula la eficacia de la voluntad del representante referida a su propio patrimonio o en calidad de representante de otro distinto representado”²⁸⁷.

Gattari, escribiendo después de la ley 23.264, se plantea la hipótesis de que el padre done al hijo un inmueble propio, ajeno al asentimiento conyugal y sostiene que el donante puede aceptar por sí solo, sin intervención de la madre cuando la donación es sin cargas porque se trata de mejorar al menor aplicándose la teoría del *favor negotii* en pro de la validez del realizado. Entiende que se trata de uno de aquellos actos que, efectuado por uno de los progenitores, cuenta con el consentimiento del otro, que no es uno de los supuestos del artículo 264 quater y que no puede pensarse en una expresa oposición de la madre como actitud normal²⁸⁸.

La más cuidadosa refutación de las consideraciones de Spota ha sido expuesta por Guastavino quien, después de recordar la doctrina tradicional al respecto, se basa en que si bien el artículo 1805 no exige la aceptación del donatario, tal exigencia resulta de la figura misma del contrato de donación, del artículo 1792 válido como regla genérica, y en que la necesidad de suplir la incapacidad del donatario es corroborada, aunque las hipótesis previstas no sean idénticas, por la norma relativa a la aceptación de herencia²⁸⁹. En efecto, el ar-

287 Tomamos estas observaciones de la *op. cit.*, *Contratos, loc. cit.*, N° 253.

288 GATTARI, *op. cit.*, IV, p. 983.

289 GUASTAVINO, *Pactos cit.*, N° 334 y sus referencias.

Antes de la entrada en vigencia de la ley 23.264, se estimó necesaria la designación de tutor especial para aceptar la donación sin perjuicio de acoger al propuesto por el padre donante (CC 2a. de la Capital, 18 de junio de 1949 en LL 55, 271).

La Sala B. de la Cámara Nacional Civil en junio 13 de 1978, aprobó la designación de tutor especial en la persona de la madre divorciada, sugerida por el padre donante, por estimarla la más indicada para apreciar la conveniencia de la donación consistente en un inmueble propio del progenitor. La especie importa en la actualidad porque subraya lo necesario de que la aceptación sea expresada por quien represente al donatario y porque sugiere que, no encontrándose el progenitor no donante en ejercicio de la patria potestad (situación que era la de autos) podría ser designado como tutor especial a este efecto, JA 1978-IV- síntesis, índice p. 165.

título 3333 apela a las formas prescriptas para suplir la incapacidad de los incapaces.

Con respecto a las observaciones de Gattari, parece forzado recurrir a la figura del auto contrato ya que la representación del hijo es bicéfala y la intervención de uno solo de los progenitores tiene su cauce perfectamente abierto en la reglamentación vigente sin necesidad de que ese progenitor que representa al donatario sea el mismo donante.

En los proyectos de reforma del Código Civil de 1936 y de 1954 no hay precepto análogo al propiciado por Bibiloni.

117.3. *Aceptación de la partición por donación.* La partición por donación efectuada por el ascendiente reviste la esencia de una donación aunque ontológicamente sea una partición y las características de ésta deban también ser respetadas. Por lo tanto, lo expresado con respecto a la donación del ascendiente es aplicable a la partición-donación. Lo más probable es que esta partición se realice después de la muerte del otro progenitor puesto que no está permitida mientras subsiste la sociedad conyugal o la indivisión de los gananciales (art. 3526) de manera que será necesaria la designación de un tutor especial. Según Guastavino, tal requisito se justifica no sólo por lo preceptuado con respecto al contrato de donación, sino especialmente por la responsabilidad por las deudas del ascendiente que recae sobre los donatarios y la garantía de evicción entre los copartícipes²⁹⁰. Partiéndose después de divididos los gananciales en vida de ambos esposos (por ejemplo, divorciados), es razonable que la aceptación proceda del progenitor no donante si no se encuentra totalmente desvinculado de la patria potestad.

La designación de tutor especial constituye la única posibilidad de aceptación de la partición-donación conjunta de gananciales, que cabe siempre que los cónyuges carezcan de llamamiento hereditario

290 GUASTAVINO recién cit., N° 266 y sus referencias.

sobre esta categoría de bienes, es decir, siempre que el sobreviviente vaya a concurrir con hijos de ambos donantes-partidores²⁹¹.

118. Aceptación de legados

La aceptación de legados merece las mismas consideraciones que la aceptación de donaciones.

119. Quid de la no aceptación de liberalidades

La facultad de aceptar liberalidades en representación del menor implica uno de los dos extremos de la opción confiada a los progenitores, de manera que la no aceptación de las mismas reviste idénticas características, pero deben coincidir ambos progenitores en la manifestación expresa de la negativa o en la omisión de la aceptación para que efectivamente sea rehusada la liberalidad.

D) SIMPLES ACTOS LICITOS

120. Actos materiales

Los padres efectúan personalmente distintos actos no jurídicos que inciden sobre el patrimonio de los hijos. Ajenos a la representación que ejercen, no lo están al régimen de gestión según la *ratio* que los anima porque pueden significar meras medidas conservatorias, manifestaciones de administración o incluso auténticas disposiciones. Ya que no se encuentran en juego las correspondientes calificaciones de los negocios jurídicos, el criterio para la distinción es el finalista, es decir, el ofrecido por el propósito perseguido y las consecuencias resultantes.

Conforme a lo expuesto, por ejemplo, es un acto material conservatorio la demolición de una pared ruinoso que se va a reemplazar

²⁹¹ MENDEZ COSTA, María Josefa, *Régimen sucesorio de los bienes gananciales*, Buenos Aires, 1977, N° 185.

por otra; el mismo acto es de administración si la sustitución no es urgente pero aumentará el valor locativo del inmueble y, por fin, es un acto material dispositivo desarmar un automóvil para enajenar los materiales empleados en su fabricación²⁹².

Han de aplicarse las reglas sobre actos jurídicos de conservación, administración y disposición, respectivamente, por analogía. De la realización de estos actos materiales violentando dichas reglas, puede derivar responsabilidad del progenitor actuante.

E) LEGISLACION EXTRANJERA

121. Algunos ejemplos

Es interesante proporcionar algunos ejemplos, necesariamente aislados, significativos de la tendencia a extender el número de negocios jurídicos que requieren autorización judicial en las distintas legislaciones.

En Francia, la locación por más de 9 años no puede contratarse sobre un bien del menor porque excede la administración, sin que el administrador legal cuente con el consentimiento de su cónyuge o autorización judicial. En principio, el locatario no goza, llegado el menor a su mayoría, de ningún derecho de prórroga o de renovación. La doctrina estima que la autorización del cónyuge o del juez de la tutela permite obviar esta consecuencia puesto que es suficiente para los actos de disposición²⁹³. En la misma legislación, la partición de bienes del menor que, como regla, debe ser judicial, puede ser autorizada por el juez de tutelas al administrador legal pero sometiéndola luego a homologación por el tribunal de apelación (art. 389-5, inciso 3). Algunos negocios requieren conjuntamente consentimiento del otro progenitor y autorización judicial: la venta privada

²⁹² Ver, por sus ejemplos, FANZOLATO, *op. cit.*, N° 25. 1.

²⁹³ MARTY y RAYNAUD, *op. y loc. cit.*, N° 528.

de inmuebles o de un fondo de comercio, su aporte a sociedades, la contratación de préstamos, la renuncia a derechos.

Los párrafos segundo y tercero del artículo 320 italiano, ya transcrito, son claramente significativos. Según los mismos, los padres pueden enajenar, hipotecar o preñar los bienes adquiridos por el hijo por cualquier título, incluso por causa de muerte, aceptar o renunciar herencias o legados, aceptar donaciones, proceder a la división de condominios, contratar mutuos o locaciones por más de nueve años y ejecutar otros actos excediendo la administración ordinaria, transar o comprometer en árbitros juicios relativos a tales negocios, si no es por necesidad o utilidad evidente del hijo, con autorización del juez tutelar. Los capitales pueden ser invertidos con la misma autorización debiendo el juez determinar su destino.

El Código Civil español enumera, en el artículo 166, los negocios que requieren autorización del juez del domicilio con intervención del Ministerio Fiscal. Son ellos: renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares, enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, siempre por causas justificadas de utilidad o necesidad. También se precisa la autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo o las donaciones que se le ofrecieran, disponiéndose que si el juez deniega la autorización, se considera automáticamente aceptado el legado, herencia o donación. La aceptación de la herencia es, en todo caso, beneficiaria. Pero no se requiere autorización judicial cuando el menor ha cumplido dieciséis años y prestare su consentimiento en acto público, o se tratare de enajenación de valores mobiliarios, con tal de que su importe se invierta en bienes o valores seguros.

El artículo 267 del Código Civil de Venezuela, en sus párrafos segundos, tercero y cuarto, establece el requisito de la autorización del Juez de Menores para realizar los actos que exceden la simple ad-

ministración, como hipotecar, gravar, enajenar muebles e inmuebles, renunciar a herencias, aceptar donaciones o legados condicionales o con cargo, concertar divisiones, particiones, contratar préstamos, celebrar arrendamientos o contratos de anticresis por más de tres años, recibir la renta anticipada por más de uno; transar, someter a árbitros, desistir del procedimiento, de la acción o de los recursos cuando representan a los menores en juicio; reconocer obligaciones y celebrar transacciones, convenimientos o desistimientos en juicio.

Las disposiciones pertinentes del Código del Perú son del siguiente tenor: “Artículo 447. Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. El juez puede disponer, en su caso, que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requieran los intereses del hijo. Artículo 448. Los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos: 1. Arrendar sus bienes por más de tres años. 2. Hacer partición extrajudicial. 3. Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje. 4. Renunciar herencias, legados, o donaciones. 5. Celebrar contrato de sociedad o continuar con la establecida. 6. Liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio. 7. Dar o tomar dinero en préstamo. 8. Edificar, excediéndose de las necesidades de la administración. 9. Aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas. 10. Convenir en la demanda”.

Los padres necesitan autorización del juez de menores para enajenar los inmuebles de los hijos, constituir derechos reales sobre ellos, transferir los derechos que tengan los hijos sobre bienes de otros y enajenar bienes que tengan en condominio con aquéllos, conforme al artículo 88 del Código del Menor paraguay.

La simple referencia efectuada demuestra que las legislaciones extranjeras coinciden en prever supuestos que no han sido considera-

dos explícitamente en la Argentina, como la aceptación y repudiación de liberalidades y de la herencia, los que recaen sobre fondos de comercio y otros, para cuya solución la doctrina y jurisprudencia nacionales deben remitirse a los principios generales de la gestión.