

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Representación de Incapaces () (460)*

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ADOLFO C. A. SCARANO

El análisis de este punto complementa los tópicos del tema 1 de las Jornadas Notariales y abarca los artículos 57, 58, 59, 61 y 62 del Código Civil. No se realiza el estudio doctrinario del tema y sí, sólo la incidencia de la reforma en los preceptos legales mencionados, para armonizar posteriormente con toda la temática referente a la incapacidad.

La representación de incapaces es uno de los institutos que la reforma sancionada por la ley 17711, tocó en forma marginal y como consecuencia de otras modificaciones de fondo, como el reconocimiento de los derechos de la mujer, la supresión de la incapacidad del ausente, etcétera, etcétera. Sin embargo su estudio tiene interés jurídico y práctico, por esas conexiones apuntadas y porque en algunos puntos vienen a aclarar situaciones jurídicas controvertidas, como la intervención del Ministerio Público en los casos que interesen a menores de edad bajo la patria potestad.

En el punto a estudio la reforma respeta los principios generales de la representación en su doble faz, personal y promiscua y se mantuvo el ordenamiento, es decir que en esta parte, al menos, no cambió "la filosofía del Código" a la que se refiere el Dr. Guillermo Borda, en la presentación de la ley; fijándose por lo tanto el principio que "las normas antiguas y las reformadas deben interpretarse en forma genérica y sólo en caso de colisión prevalecerá la nueva norma". Por ello la gran doctrina y la abundante jurisprudencia sobre el tema, con las excepciones que intentaremos puntualizar, tienen vigor y efecto en su generalidad.

La representación de los incapaces, su cuidado y guarda, se legisló en un doble sentido: 1º en cuanto a sus personas, 2º en cuanto a sus bienes o intereses. Así nacieron dos tipos de instituciones: la "patria potestad", la tutela y la curatela para el ejercicio de la función; el ministerio de menores e incapaces y los jueces para su fiscalización.

Adicionada a ellas, nuestro país dicta la Ley de Protección al Menor con la sanción de la ley 13341 y el decreto - ley 5285 de 20/5/57, que crea la Comisión Nacional del Menor, en cuyo art. 3º, le da carácter autárquico, dependiente del Poder Ejecutivo nacional y entre cuyas atribuciones figura (art. 4º) que la guarda y protección oficial de las personas e intereses, previstos por las leyes, estará a cargo, en jurisdicción nacional, de la Comisión Nacional del Menor, con la concurrencia del Ministerio de Menores, sin perjuicio del patronato que determinan las leyes 10903 y 14394. En lo patrimonial (art. 5º, inciso 2º), estatuye que en caso de tener bienes, tomará las medidas necesarias para su seguridad y para que se los provea de tutores. Por su art. 10 integra la comisión un representante del Ministerio de Menores. Por ley 15244 (24/12/59) se crea el Consejo Nacional de Protección de Menores, complementaria del decreto - ley anterior, reglamentada por decreto 1143/60. Posteriormente la ley 16919, modifica la constitución del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consejo y designa a la Secretaría de Promoción y Asistencia de la Comunidad como ejecutora de la representación, desempeñando su cometido por intermedio de un delegado. Posteriormente la ley 17558 y decreto 1096/68, establecen sus funciones actuales.

Esta doble funcionalidad para ejercer los derechos de los incapaces tiende a darle mayor seguridad y garantía al cumplimiento de la norma legal.

El art. 57 del Cód. Civil establece, que son representantes de los incapaces:

1º) De las personas por nacer, sus padres y, a falta o incapacidad de éstos, los curadores que se les nombre; 2º) De los menores no emancipados, sus padres o tutores; 3º) De los dementes o sordo - mudos los curadores que se les nombre.

Este artículo fue modificado por la reforma estatuida por la ley 17711. En la antigua redacción el inc. 2º hablaba de los menores impúberes o adultos y no mencionaba a los padres. El inciso 3º consideraba incapaces a los ausentes y mencionaba a los padres como principales curadores. También existía un inciso 4º referente a la incapacidad de las mujeres que fue suprimido.

El inciso 1º conserva su redacción anterior, que no es clara en su contenido jurídico porque, no se puede dar el caso de falta de la madre en las personas por nacer, dado que, como lo enseña Salvat, "la muerte de ésta, o bien determinaría la del hijo concebido o bien daría lugar a su extracción inmediata del seno materno, en cuyo caso el hijo habría nacido y entraría en el carácter de persona menor de edad. La circunstancia que podría presentarse para justificar este inciso, en la forma en que está redactado, estaría dada en el caso de falta de padre e incapacidad de la madre, o bien incapacidad de ambos; pero nunca la falta de los dos. Es decir, que el error está en la inclusión del término "falta"; y cuando se discutió la Fe de Erratas del Código Civil la comisión de legislación propuso la supresión de este término, enmienda que no prosperó, porque se sostuvo, que al hablar de falta de los padres el legislador se había referido a los hijos adulterinos e incestuosos; los cuales ante la ley, carecen de padres (art. 342) . En la actual legislación esta observación carece de fundamento.

Por otra parte la carencia de padre y madre preceptuada por la ley no tenía consecuencias absolutas, podían pedir alimentos los reconocidos voluntariamente (art. 343) . Es indudable que la redacción del artículo no es la correcta, pero, como observa Solari, el sentido del inciso no ofrece dudas, ni puede traer problemas jurídicos contravertidos.

El inciso 2º sufrió dos enmiendas: la primera reemplaza los términos "impúberes o adultos" por la de "no emancipados", que abarca con mayor precisión la situación y tipo del incapaz al que se refiere, aclarándose que el término no encierra una idea negativa, no aconsejables en redacciones de leyes, sino una idea sustantiva.

La segunda enmienda incluye a los padres como representantes de los menores, modificación que merece aprobación, porque evita

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

interpretaciones disímiles; consideramos como principio general, que el derecho de representación que deben ejercer los padres sobre estos incapaces surge del ejercicio de la patria potestad, pero este derecho, sobre todo en lo referente a los bienes tutelados, no es absoluto.

Cuando se discutió la ley de Fe de Erratas, se sostuvo que la omisión había sido deliberada, para no incluir a los actos realizados por los padres para sus hijos en el régimen de la representación promiscua del Ministerio de Menores; y el senador Benjamín Paz se opuso a la corrección que propiciara la comisión redactora, que pretendía redactar este inciso como el art. 44, inc. 2º, del Proyecto de Freitas que fue su fuente.

La interpretación de este inciso, dividió prácticamente la doctrina y la jurisprudencia porque se planteó el problema a la luz del art. 59 en el sentido de: si la representación promiscua de los incapaces por el Ministerio de Menores debe ejercerse en el caso de que se trate de menores bajo patria potestad.

Las discrepancias surgían porque el inc. 2º no mencionaba a los padres con derecho consagrado por la patria potestad entre los representantes de incapaces que debían requerir la intervención del Ministerio pupilar.

Una rápida recorrida en la doctrina nos presenta como partidarios, con pequeñas variantes en lo referente a sus alcances, de la intervención del Ministerio de Menores, a Guillermo Borda, quien dice: "que puede haber daños irreparables en el ejercicio incontrolado de los poderes paternos, en cuyo caso el Ministerio Público debe intervenir con su acción, bien correctora, bien preventiva de los perjuicios posibles"; aclarando que "si el poder paterno se ejerce normalmente, como buen padre de familia, el Ministerio Público no puede interferir, ni puede por ende originar ninguna perturbación" (1)(461) . Concuerdan con esta idea Llambías y Arauz Castex (2)(462) (3)(463) .

Orgaz por su parte manifiesta: Que la intervención promiscua se ejerce respecto a todos los incapaces. El Código no establecería más excepción que la de la mujer casada - esta ha quedado abolida por la ley 11357 y definitivamente por la ley 17711 (4)(464) - . Héctor Lafaille concuerda y Segovia, siguiendo a Freitas, no exceptúa de la representación forzosa del Ministerio de Menores a los menores bajo la patria potestad, siguiendo así la doctrina francesa de igualar al padre con el tutor en los derechos y limitaciones de la facultad administrativa (5)(465) . Por último Machado se inclina por la intervención promiscua en todos los casos, porque la ley no distingue tal excepción y porque en nuestro sistema de administración de los bienes de los incapaces no hay diferencia entre padre y tutor en cuanto a la extensión de sus autoridades (ver arts. 411 al 425 y 278 del Cód. Civil) y porque en nuestro codificador ni en su fuente (Freitas) se encuentran excepciones a favor de los padres respecto a la administración de los bienes de los hijos, y por último que el art. 494 del Cód. Civil pena con nulidad todos los actos y contratos - sin excepción alguna - en que se interesen los bienes de los incapaces y que se haya verificado sin intervención del Ministerio de Menores

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(6).(466)

La corriente de opinión que considera innecesaria la intervención del Ministerio de Menores en asuntos de incapaces sometidos a la patria potestad, toman como argumento fundamental el rechazo de la enmienda en la discusión de la Ley de Fe de Erratas, donde se proponía la inclusión que ahora se operó por imperio de la última reforma. Dice Salvat "que fue rechazada no porque se desconociera que ellos eran los representantes naturales de sus hijos, sino para evitar que este caso quedara sometido a la representación promiscua del Ministerio de Menores e incapaces, prescripta por el art. 59", agregando "que la representación debe ejercerse en los casos que esos poderes estén limitados y sometidos a la intervención judicial" (7)(467) .

El Dr. Llerena afirma que la mayoría del Senado la rechazó por no creerla impuesta por el Código y que la intervención promiscua sólo debe tener lugar en los casos que para obrar, el padre necesita la autorización judicial como lo estatuye el art. 97 u otros expresamente determinados (8)(468) . Concuera el Dr. Raymundo L. Fernández.

También la jurisprudencia se encuentra dividida respecto a esta interpretación. El Dr. Alberto R. Bonadero en un interesante trabajo patrocinado por el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba, extrajo las siguientes sentencias:

De la primera corriente: a) Resolución dictada por la Suprema Corte de la Nación Argentina, el 11 de agosto de 1888, integrada por los Dres. Victorica, Frías, Iburguren, de la Torre y Zavalía, declarando que "es nulo lo actuado, sin la intervención del ministerio de menores en juicio en que sea parte un menor".

b) Las Cámaras Civiles en Pleno de la Capital, resolvieron que "La facultad de administrar los bienes de los hijos menores acordada a los padres por el art. 293 del Cód. Civil, no excluye la intervención del ministerio de menores y el control de los jueces en la disposición e inversión de los fondos pertenecientes a los hijos".

c) Otras decisiones: J. A., 1942 - I, pág. 899; J. A., t. 58, pág. 864; La Ley, t. 69, pág. 107; La Ley, t. 47, pág. 742; Boletín Judicial de Córdoba, t. II, vol. 8, pág. 665.

De la segunda interpretación: a) Cámara 1ª en lo Civil y Comercial de La Plata, dictada en los autos "Fernández Ernestina Del Llano de y otras c/Campos Tomás", cuyo contenido es el siguiente: "Cuando los padres en ejercicio de la patria potestad intervienen en asuntos judiciales en representación de sus hijos menores, sean ellos impúberes o adultos, no es necesaria la intervención del ministerio de menores, salvo que los poderes de aquéllos estén limitados y sujetos a decisión judicial, pues cuando el art. 57, inc. 2º Cód. Civil no menciona al padre, debe entenderse que con ello excluye a los hijos bajo la patria potestad de la representación promiscua estatuida en el art. 59".

Analizada así sintéticamente la opinión de tratadistas y jueces respecto al alcance del inc. 2º del art. 57 y considerando su actual redacción, con

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la inclusión de los padres entre los representantes del incapaz, consideramos que quedan prácticamente vencidas las opiniones contrarias a la intervención del ministerio de menores en los asuntos de menores sometidos a la patria potestad. Es decir que el art. 59 rige para todos los incapaces y esa disposición legal no fue modificada. Si la no inclusión de los padres en el primitivo artículo daba basamento a esas opiniones, su actual redacción, producto de la ley 17711, exime de más comentarios. Sin embargo destacaremos que no sólo la comisión redactora del Proyecto de Ley de Fe de Erratas la propugnó, sino también Bibiloni en su anteproyecto (art. 46) ; el proyecto de reforma del año 36 (art. 24) y el anteproyecto del 54 (art. 32) .

El inciso 3º tiene también una doble reforma; eliminó a los ausentes como incapaces y a los padres como curadores.

En efecto, la eliminación del ausente es una lógica consecuencia del art. 54, también reformado. En aquél, se elimina de entre los considerados incapaces al ausente, y esa supresión satisface a la realidad y a la gran mayoría de la doctrina y jurisprudencia. Nuestro Código no ha sido muy preciso en este tema y prácticamente sólo ha reglamentado la ausencia con presunción de fallecimiento y no la simple ausencia, a la que se refiere aisladamente.

Es decir que la incapacidad hubiera existido sólo en el lapso de la presunción de fallecimiento (período de la posesión provisional) , vencido aquél, ya habría legalmente un muerto. Pero ni en la presunción podemos considerar al ausente incapaz ni mucho menos a un muerto. La supresión es oportuna.

Respecto a la situación de los padres, su inclusión no era correcta, dado que este tipo de representación de incapaces mayores de edad, no reemplaza a la patria potestad como la tutela.

El principio judicial establece que el tutor reemplaza al padre; pero en el caso de la curatela, el curador no reemplaza al padre sino a los mismos incapacitados. La disposición del artículo reformado, cuando incluía los padres, sólo se refería a que los dementes o sordo - mudos fueran menores, y como vimos se incluyó a aquéllos en el inciso 2º del artículo 57, por lo tanto es oportuno omitirlo.

Por otra parte en lo atinente a la representación por curador se debe estar a las disposiciones del Código en cada caso; el art. 149 establece que si el denunciado como demente es menor, su padre o su tutor será el curador provisorio; igual situación prevé el art. 154 respecto a los sordo - mudos.

El marido es el curador legítimo y necesario de la mujer y ésta de aquél (476) , los hijos mayores de edad, son curadores de su padre o madre viudo, declarado incapaz. Si hubiere dos o más hijos mayores de edad, el juez elegirá el que deba ejercer la curatela (art. 477 que fue reformado, suprimiendo el sexo de los hijos) del padre o, por su muerte o incapacidad, de la madre. El padre y, por su muerte o incapacidad, la madre son curadores de sus hijos legítimos solteros o viudos que no tengan hijos varones mayores de edad (art. 478 no reformado, por lo que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

subsiste la incapacidad de la mujer, para este tipo de discernimiento de la curatela) .

Art. 58. Este artículo no sufrió modificación por imperio de la ley 17711 y mantiene todo su vigor no sólo en cuanto a sus estipulaciones como en la interpretación.

Este Código protege a los incapaces, pero sólo para el efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determina, y sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio.

Está tomado del proyecto de Freitas (art. 43) y su fundamento es el de protección al incapaz y no un privilegio para los mismos.

Es altamente ilustrativa la nota del codificador: "Esa protección exagerada a los incapaces no representa una utilidad que compense los males que causa a la sociedad, y a bienes mismos de los menores. La confianza en la adquisición queda vacilante, e impide la seguridad del derecho de propiedad, pues ese beneficio aun dura más que la minoridad de los que favorece. Excluye por el exceso de protección, la concurrencia a la compra de los bienes de los incapaces. Por otra parte, en la época actual, las lesiones no pueden admitirse como vicio en los contratos según veremos en adelante. Creemos, pues, que más valiera a menores y a los incapaces una buena administración de sus bienes, que todos los privilegios con que han querido ampararlos las leyes, y a ese objeto tenderán las ulteriores disposiciones de este Código. Más valiera, decimos también, la buena organización del Ministerio de Menores, que podría evitar no sólo los malos contratos de los tutores y curadores, sino la mala conducta de éstos en la administración de los bienes".

En el derecho romano, existía una institución que tenía carácter especial, la *in integrum restitutio*, para la cual el magistrado anulaba ciertos actos contrarios a la equidad. La incapacidad o la minoría de edad, eran causas para que se aplicara este beneficio y anulara el acto prejudicial al incapaz, la acción se extendía incluso a los casos en que habían intervenido el representante del incapaz (tutor o curador) .

La inseguridad jurídica a que daba lugar la "restitución en entero" era manifiesta y esa exagerada protección, a la postre era peligrosa, no solo para la contratación en general, cuando se realizara con incapaces, sino para las mismas personas que la ley quería amparar.

La técnica del Código y de las leyes complementarias tratan de evitar, con organizaciones sociales, la guarda de esos intereses, sea con la representación promiscua o con los Consejos Nacionales de Protección que hemos indicado.

Las legislaciones más avanzadas han dejado sin efecto la protección de la *in integrum restitutio*. Nuestro Código tenía una excepción a este principio en el art. 3966 que suspendía la prescripción contra los menores de edad, estén o no emancipados, ni contra los que se hallen bajo curatela, aunque la prescripción hubiere comenzado en la persona de un mayor a quien hayan sucedido.

Este privilegio contradecía las disposiciones del artículo que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comentamos, y llegaba más allá, dado que suspendía la prescripción también para los emancipados que evidentemente no son incapaces. La ley 17711 ha venido a sanear esta irregularidad pues reformó el art. 3966 estableciendo que la prescripción corre contra los incapaces que tuvieren representantes legales, y si carecen de éstos el art. 3980 faculta a los jueces a liberar al acreedor o al propietario de las consecuencias de la prescripción.

A pesar que la redacción del articulado es deficiente, queda claramente estatuido que los incapaces no tienen privilegios que emanen de su propia incapacidad.

Si bien, por lo expuesto se clarificó en cuanto a este aspecto, consideramos que el art. 954 en su reforma, ha venido a crear una incertidumbre jurídica, al preceptuarse la anulación de los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación... cuando una parte explotando... inexperiencia de la otra, obtuviera ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada o sin justificación. La lesión subjetiva, de tan difícil manejo jurídico es doblemente peligrosa tratándose de bienes de incapaces; pero que quede como norma sustantiva de la ley de fondo, la protección y no el beneficio para los incapaces en su persona o bienes.

Art. 59. Este artículo mantiene la redacción original y establece la representación promiscua del Ministerio de Menores que será parte legítima y esencial en asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa en la que la persona o bienes del incapaz sean parte.

A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad, de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación.

Esta representación mantiene vigencia en sus principios generales y no viene en reemplazo de los representantes necesarios sino que los complementa.

Su intervención da garantía a la contratación y al cuidado y guarda de los incapaces. Los principios generales del Código fueron complementados o reglamentados por leyes posteriores. La ley de organización de los tribunales (1893) legisla en cuanto a los asesores y defensores. La Dirección Nacional de Asistencia Social, creada por ley 13341 de 13/10/48 legisla en su art. 2º, incs. a) y b) sobre beneficios y menores. El decreto ley 5285 de 20/5/57 crea el Consejo Nacional del Menor y la ley 15244 de 24/12/59 el Consejo Nacional de Protección de Menores. Distintas leyes y reglamentaciones ya mencionadas, completan la legislación.

Al estudiar el art. 57 reformado, esbozamos el alcance y competencia de esta representación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Art. 60. Suprimido, ya que al cesar la incapacidad de la mujer casada la excepción puntualizada en este artículo no tenía razón de ser.

Art. 61. Tampoco fue reformado por la ley 17711 y establece la designación de un representante especial, en caso de oposición entre los intereses del incapaz y los de su representante. Hubiera sido oportuno reemplazar los términos "curadores especiales" por el de "representantes especiales", en este artículo, que consideramos los correctos, o por lo menos correlacionarlo con el de tutores especiales que legisla el art. 397, donde encontramos los casos en que se hace necesaria esta representación, que tiene la característica de ser especial y fuera taxativamente puntualizada.

Art. 62. No modificado, indica la extensión de la representación de los incapaces.

La representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código.

Esta norma es de carácter general y se extiende a todos los actos de la vida civil del incapaz, pero agrega: que no fueren exceptuados por este Código.

La norma es la incapacidad para todos los actos de la vida civil, y reglamenta la extensión de la representación y a contrario sensu, la extensión de la incapacidad, relacionándolo con el art. 55 al que la reforma cambió su equívoca redacción, concordándolo con el que nos ocupa, al darles capacidad, sólo para los actos que las leyes les autoricen otorgar.

Es decir que, cuando haya actos que signifiquen una manifestación personalísima de voluntad del interesado, cuando como expresa Salvat, "el goce y el ejercicio del derecho son inseparables", entonces el Código y en cada caso y especialmente, libera al incapaz de la representación; por ejemplo el menor adulto no precisa la autorización del padre para estar en juicio cuando fuese demandado criminalmente, ni para testar, ni para reconocer hijos naturales (286). Queda pues vigente en el ordenamiento jurídico que informa nuestra ley de fondo, este instituto de la representación de incapaces con las reformas apuntadas.