

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

PATRIA POTESTAD Y REFORMAS AL DERECHO DE FAMILIA(*) (182)

ROSA MARTA AXELRUD DE LENDNER, SUSANA BONANNO,
NORBERTO CACCIARI, NOEMÍ DELLE COSTE DE SOSA, NORBERTO
GARCIA, AMALIA MAGDALENA LUJÁN, MARÍA EVELINA MASSA,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

RODOLFO E. OLIVÉ, LIDIA PATANIA DE BOTTE, JUAN E. TORTEROLA y
OLGA VINOGRADSKY

"Los padres, que han tenido la gracia divino de transmitir vida, son responsables de conferir a sus hijos las condiciones más favorables para que éstos alcancen su plenitud como seres humanos. El cumplimiento acabado de estos deberes y derechos nos permitirá citar el Evangelio de San Juan -XVII- mencionado por Mazzinghi. . . «y mirar con paz y sosiego a la propia prole, pensando que, de veras, no han perdido a ninguno de los que le fueron confiados»."

I. SÍNTESIS

Comenzamos con una introducción conceptualizando a la familia, institución que ubicamos en su origen y evolución histórica en nuestro país, sobre todo, en el régimen anterior a la sanción de la ley 23264 y actualmente.

Seguidamente, pasamos a la consideración del concepto de la etimología de los términos patria potestad, y ya de lleno en la materia, destacamos la diferenciación entre titularidad y ejercicio de la patria potestad. Y en este último supuesto, establecemos los distintos alcances del ejercicio de la patria potestad, con especificación de los sistemas utilizados en la legislación comparada, a saber: 1) ejercicio conjunto, 2) ejercicio indistinto y 3) sistema combinado, tratando asimismo las ventajas e inconvenientes que presentan tales sistemas; pasamos al nuestro, creado por la ley 23264. Ya en este análisis, distinguimos entre los actos cotidianos y los actos no cotidianos, dando el concepto de cada uno y su recepción dentro de la ley.

A continuación hacemos referencia a la representación de los hijos menores, partiendo del concepto de la representación. Establecemos los caracteres: necesaria, universal, legal, voluntaria, dual y conjunta, con amplias remisiones a la normativa jurídica. El análisis exhaustivo de los artículos 264, 264 bis) 264 ter y 264 quater, Cód. Civil, nos ocupa más adelante, con supuestos ejemplificativos, notas jurisprudenciales y opiniones de la doctrina y nuestras, con la fundamentación que requiere la profundización acabada de este aspecto del tema, con vasto comentario de cada referencia normativa.

Seguidamente pasamos a considerar la representación promiscua, que conceptualizamos y ubicamos en nuestro derecho positivo. Damos cuenta de sus caracteres: conjunta, complementaria y de asistencia v contralor.

Nos ocupamos más adelante de la delegabilidad de la patria potestad. Tratamos su etimología y su concepto, y establecemos que, a partir de la división entre titularidad y ejercicio de la misma, no puede delegarse su titularidad porque es personal, intransferible e indelegable, pero, en algunos casos que consideramos, sí puede delegarse su ejercicio. Diferenciamos las posibilidades de delegación, desde la comisión de actos cotidianos y bajo las hipótesis de tratarse de: hijos matrimoniales; separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio; hijos extramatrimoniales y caso de no progenitor conviviente. También nos ocupamos de los actos trascendentes,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que no son delegables, sin perjuicio del tratamiento de la excepción prevista en el inc. 7° del art. 264 quater, Cód. Civil, concluyendo finalmente, con una apretada síntesis de este subtema.

Sigue luego la consideración de los aspectos referidos a la administración y al usufructo. En lo que hace a la administración, ubicamos en la ley las normas que de ella se ocupan, diferenciando qué bienes administran los padres y cuáles no administran, aportando diversos casos de práctica en el quehacer notarial y vertiendo numerosos interrogantes que se nos puedan plantear. Nos abocamos asimismo al análisis de la administración conjunta y unilateral. En este último supuesto, nos referimos a la posibilidad del ejercicio de la administración por uno solo de los progenitores, pudiendo su voluntad exteriorizarse a través de una convención privada, sujeta a homologación judicial, o también convencionalmente, en sede notarial, sin perjuicio de la administración unilateral por la naturaleza de los actos. Finalizamos este subtema con el estudio de la remoción de los administradores.

El análisis del usufructo parte de la distinción entre usufructo común y usufructo legal (arts. 2807 y 2812, Cód. Civil). Profundizamos cada análisis respecto del usufructo de los padres, y en ese sentido nos referimos a: su naturaleza jurídica; caracteres; al régimen de las excepciones al usufructo de los padres; cargas en general y cargas del usufructo común aplicable al de los padres; derecho de los padres, usufructo de dinero y título; embargo y cesación del usufructo.

Seguidamente nos ocupamos del tema de la ganancialidad, con relación a los frutos del usufructo, dando cuenta de la colisión que se produce entre diversas normas jurídicas, conforme el análisis de varias hipótesis.

Acto seguido, nos planteamos qué ocurre con la enajenación de los bienes de los hijos menores, sobre la base de considerar a la autorización judicial como condición sine qua non para enajenar bienes de cualquier naturaleza. Diferenciamos: la situación del art. 264 quater, inc. 6°, Cód. Civil, que exige el consentimiento de ambos padres y la autorización judicial para disponer de los bienes inmuebles y derechos y muebles registrables, frente a la del art. 297, Cód. Civil, que exige la autorización judicial para enajenar bienes de cualquier naturaleza, concluyendo en que prevalece esta última norma, sin perjuicio de que los muebles cuya titularidad no pudieren individualizarse (joyas, obras de arte, etcétera) y no constando en inventario judicial o notarial, son susceptibles de libre enajenación por los padres, dado lo improbable de controlar esta situación, quedando a salvo en tales casos la responsabilidad de los padres frente al hijo.

Finalmente, abordamos el aspecto de la extinción de la patria potestad, analizando la normativa que se le aplica a través de un estudio pormenorizado y comparativo entre el régimen anterior a la reforma de la ley 23264 y el sistema actual.

II. INTRODUCCIÓN

La familia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La familia es una institución típica, entendiéndose por "institución" una colectividad humana organizada, en el seno de la cual las diversas actividades individuales, compenetradas de una idea directora, se encuentran sometidas para la realización de ésta, a una autoridad y reglas sociales.(1)(183)

De la definición surgen claramente tres elementos: a) una institución; b) una dirección, que presupone una organización y planes determinados y c) el interés del grupo, cuyos integrantes tratan de identificarse con la comunidad para satisfacer los fines comunes.

Es una de las instituciones en donde más se ha reflejado la influencia de los distintos factores: políticos, económicos, sociales, sociológicos, culturales, religiosos, etcétera.

"Cuando hablamos de la familia, no es posible referirse a un sujeto sin tiempo histórico y ajeno a una sociedad determinada."(2)(184)

Así, en Roma, la familia era un cuerpo social totalmente distinto de la nuestra: . . . "La define el sometimiento de todos los miembros a la misma autoridad-manus potestas-, de un jefe -pater familiae- señor o soberano de la familia, pero no padre de familia."(3)(185)

El pater familiae presidía una comunidad soberana constituida por su mujer, sometida a la potestas maritale; hijos -patria potestas-; esclavos -domenica potestas-.

Dentro de su seno se resolvían todos los problemas: Cada cual tenía una función asignada. Distintas circunstancias, nuevas concepciones sociales y la creciente intervención estatal, modificaron la estructura social(4)(186).

Con el advenimiento del cristianismo, comienzan a suavizarse y a flexibilizarse las pautas de la autoridad paterna. Por ejemplo, Trajano obligó a emancipar a los filius maltratados por los pater. Justiniano sólo permitió la venta de los hijos en caso de extrema necesidad. Inclusive, patrimonialmente, se les va reconociendo a los hijos distintos derechos.

Con el transcurso del tiempo, la familia deja de ser patriarcal. La familia romana, en cabeza del pater familiae, delega a los otros padres, antes bajo su potestas, la autoridad, en el seno de cada familia individual, porque son responsables de ella ante la sociedad.

Evolución histórica en la Argentina

Antes de la vigencia de la ley 23264. La mayoría de los autores entendía que el Código Civil, a través de su normativa, consideraba la coexistencia de dos familias: la familia legítima, originada en el matrimonio, y la unión ilegítima, que daba lugar a la "familia ilegítima".

Díaz de Guijarro(5)(187), entre algunos autores, sostuvo que la familia era solo una, pero había vínculos legítimos e ilegítimos. Sin embargo la única reconocida por el derecho, era aquella que derivaba del matrimonio, ya que no puede dejarse desamparada a la institución, vínculos familiares legítimos.

Régimen actual. La familia, que es el ámbito donde el hombre encuentra la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

realización máxima de su expresión como individuo, ha ido transformando el concepto del absolutismo del "poder paterno" por el "reconocimiento de sus deberes ante el hijo y la protección de los intereses de éste", junto a la paulatina emancipación de la mujer y la participación activa de ambos padres en el hogar, producto ello de la evolución de las relaciones sociales contemporáneas.

EL art. 240, Cód. Civil, establece: "La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código."

La reforma ha modificado sustancialmente el sistema, ya que se persigue un sinceramiento en las relaciones de familia, permitiendo en todos los casos determinar el vínculo biológico. El interés jurídico es la protección del hijo, y el de éste, es ser reconocido por su padre y su madre, en contraposición con el sistema anterior, que daba preferencia al vínculo entre los padres(6)(188). Se equipara a los hijos matrimoniales y a los hijos extramatrimoniales, y a los padres, con ellos, no habiendo diferencia de deberes y derechos. Pero, esta equiparación no significa desconocer la existencia de los vínculos matrimoniales y extramatrimoniales.

Sin embargo sigue siendo el ideal la familia matrimonial, pero se ha tratado de incorporar a las normas jurídicas, la realidad social.

III. PATRIA POTESTAD

Etimología y concepto

Patria potestad, que proviene del latín, significa "autoridad paterna".

Potestas, potestatis: poder, dominio, potestad.

La tendencia actual en el derecho comparado, identifica a la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres, sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos, como medio de realizar la función natural que les incumbe, de proteger y educar a la prole(7)(189).

Si analizamos el significado etimológico de los términos, es mucho más correcta la definición que sólo se refiere a "derechos", como consecuencia del ejercicio de la autoridad paterna. Así, Vélez Sársfield había definido a la institución como: "Conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres..."

Esta idea de patria potestad como conjunto de derechos, se ha ido modificando en la historia.

"La familia no es depositaria ya de las expectativas del poder económico y de prestigio que antes reclamaba para sí. Pero simultáneamente, reivindica un ámbito de relaciones basadas en el afecto, en la igualdad, en el íntimo encuentro de sus miembros."(8)(190)

La III Conferencia General del Episcopado Latinoamericano, en el propósito 609, fija como línea de acción "educar preferentemente a los esposos para

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una paternidad responsable, que los capacite... para hacer buenos formadores de sus hijos".(9)(191)

La patria potestad comienza a ejercerse desde la concepción del hijo, hasta los veintiún años o su emancipación. Se trata de proteger a la persona desde antes del nacimiento y hasta que la ley presume está preparada para asumir las distintas responsabilidades de la vida. Evidentemente, las personas más capacitadas para ejercerla son los padres. Son éstos quienes mejor conocen a sus hijos, y los que fijan las conductas para orientarlos. La autoridad paterna no puede ser abusiva ni arbitraria ni contraria a la protección de los intereses de los hijos. "El poder decisorio es inherente a la prerrogativa de la patriapotestad y su normal funcionamiento, lo cual implica asegurar el logro de la finalidad de la institución."(10)(192)

"El hecho biológico de la procreación, implica la inserción del hijo en la vida familiar, sometido a la autoridad paterna que debe ser ejercida personalmente por los padres, no ya como una disponible facultad sino como un riguroso deber que se traduce en su asistencia, guarda y educación.(11)(193)

La tendencia moderna en el derecho comparado y la evolución histórica de la familia en nuestro país, fueron rectores de la reforma. EL art. 264, 1º parte, Cód. Civil define la patria potestad como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos" para la protección y formación integral de los mismos.

IV. TITULARIDAD Y EJERCICIO

Cabe distinguir la diferencia entre los conceptos titularidad y ejercicio, ya que sus significados son distintos:

Titularidad: es el atributo que confiere la ley a los padres por su status de tales y, como sujetos de derecho, les permite su ejercicio, salvo las excepciones que la misma ley establece. Los padres, que actualmente son los titulares de la patria potestad, poseen la aptitud jurídica respectiva. Son los sujetos activos de la misma.

Ejercicio: es la capacidad de obrar. El ejercicio está contenido en la titularidad. Sin embargo, la ley prevé los casos en los que esta función pueda ser ejercida por alguno de los titulares.

Javier Luis Carbone(12)(194)distingue dos aspectos definidos: a) ejercicio interno o deliberativo, en la guarda, formación y asistencia, y b) ejercicio externo o representativo: que configura la representación propiamente dicha. Diferencia dos situaciones distintas: una, es la resultante del acuerdo previo de ambos padres y la otra, es la comisión del acto decidido, que asume uno de ellos.

Distintos alcances del ejercicio de la patria potestad **Diversos sistemas en la legislación comparada:**

1. Ejercicio conjunto: es el que impone la validez de los actos decididos en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

forma compartida por ambos progenitores. Está contenido en los códigos de España, Italia, Francia, Holanda, Alemania Federal, Unión Soviética, Alemania Oriental, Yugoslavia, Bolivia, Uruguay, Colombia, México, Guatemala y Argentina.

2. Ejercicio indistinto: los actos realizados en nombre del menor, por cualquiera de sus progenitores, tienen plena validez. Este Sistema se utiliza en Polonia y Yugoslavia.

3. Sistema combinado: Francia, España, Portugal, Italia, Bolivia enuncian el principio del ejercicio conjunto, pero existen excepciones que habilitan a uno u otro progenitor para actuar indistintamente en los actos ordinarios de la vida del menor. Alemania Federal, Bélgica, Holanda, Suiza, Brasil, también se enrolan en el sistema del ejercicio conjunto pero, en caso de disenso, es la opinión paterna la que prevalece.

Ventajas e inconvenientes de los sistemas expuestos

1. Ejercicio conjunto. Los padres tienen el mismo status jurídico, en un pie de igualdad. Los inconvenientes son:

a) si hay disenso, ¿quién decide?

En nuestra ley actual, la decisión final la tendrá el juez. Hay autores que critican la dilación a que se someterán los problemas de familia, y otros que aducen la falta de intimidad familiar, al permitir al juez intervenir en el ámbito hogareño.

b) Se interpreta que se crea un estado de incertidumbre para los terceros, porque al contratar con el padre o la madre, no sabrán si cuentan o no con la autorización del otro padre, en todos aquellos casos en los que no se necesita autorización expresa. Ello no es tan así, como se verá.

2. Ejercicio indistinto: cada uno de los padres tiene la total facultad de decisión. Les caben los mismos derechos y deberes, pero:

a) el que primero actúe será el que decida, y muchas veces no tendrán en cuenta el interés del hijo, y el bien común de la familia;

b) desembocará en muchas oportunidades en los estrados judiciales, sobre todo si el que no tomó la decisión estuviere en desacuerdo.

3. Titularidad compartida con "ejercicio" de uno de los progenitores: la ventaja es que, difícilmente se acude a la Justicia para dirimir algún conflicto, ya que la decisión la tiene uno solo de los padres.

Pero:

a) no hay igualdad jurídica entre ellos, porque decide uno solo, sin necesidad de la coparticipación del otro progenitor.

b) no tienen en mira el interés del menor, ya que no se admite el disenso entre los padres, salvo abuso de autoridad en el padre que tomó las decisiones.

Este es el sistema que estuvo vigente hasta la sanción de la ley 23264, mas la Justicia, en los últimos fallos, había comenzado a variar el criterio que hasta el momento dominaba: el padre tenía el ejercicio de la patria potestad, pero si su autoridad era abusiva se le daba intervención a la madre.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Nuestro sistema: ley 23264

La ley 23264 recepta el régimen de ejercicio conjunto de la patria potestad, tanto de hijos matrimoniales como de hijos extramatrimoniales, cuyos padres convivan. Pero se desarrolla en dos aspectos:

1. Actos cotidianos: son aquellos que hacen a la vida diaria del menor, como por ejemplo su educación, vestido, etcétera, que requieren celeridad en las decisiones, y que no revistan una importancia tal que implique una modificación en el futuro del hijo. Podrán ejercerlos cualesquiera de los padres, y se presumirán consentidos por el otro.

2. Actos no cotidianos: son los que por su trascendencia pueden cambiar la vida del hijo, tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonialmente. Por eso, se requiere el expreso consentimiento de ambos progenitores. Estos actos están contemplados en el art. 264 quater, Cód. Civil. Los legisladores creyeron conveniente establecer específicamente los casos en que el consentimiento debe prestarse conjuntamente, para evitar así otras interpretaciones jurisprudenciales o doctrinarias.

Lo expuesto reviste la calidad de principio general establecido por la ley, pero es de hacer notar que se aplica al supuesto de los progenitores que convivan, ya sean casados o no. Más adelante se analizarán las distintas situaciones previstas por la ley, por ello no nos extenderemos en esas consideraciones.

La reforma legislativa ha limitado la autoridad del padre para depositarla en cabeza de ambos progenitores. Ello es así, porque se ha reconocido la aptitud de la mujer para coparticipar en la vida familiar.

En el sistema del Código Civil, se consideraba a la mujer como incapaz respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos (art. 55, Cód. Civil). Con el transcurso del tiempo, al ir asumiendo distintos roles, ya sea en la faz profesional, laboral, cultural, política, económica, se le fue reconociendo igualdad con el hombre.

"La mujer debe estar presente en las realidades temporales, aportando su propio ser de mujer, para participar con el hombre en la transformación de la sociedad. El valor del trabajo de la mujer, no debe ser solamente la satisfacción de necesidades económicas, sino instrumento de personalización y construcción de la nueva sociedad."(13)(195)

El reconocimiento de la igualdad hombre-mujer es universal; así, los Documentos completos del Vaticano II(14)(196)lo consagran en distintos párrafos.

. . ."Nacen también discrepancias en la familia, debidas a presiones de las condiciones demográficas, económicas y sociales, o a las dificultades que surgen entre las sucesivas generaciones, o formas nuevas de relación social entre hombre y mujer." (Pág. 141, párr. 8.)

..."La mujer, allí donde no lo ha conseguido todavía, reclama la igualdad de derecho y hecho, con el hombre." (Pág. 1414, párr. 9.)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La ley 23264 recoge también las pautas asumidas por la Argentina, al ratificar la Convención de Bogotá del año 1984 y la Convención Americana de Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica: "Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derecho y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo..."

Por otra parte, ya Vélez Sársfield había vislumbrado la participación de la mujer en la vida familiar, pues en la nota del art. 305, Cód. Civil, estableció: "Esta era la marcha natural de la civilización, elevando, contra las más antiguas costumbres, la condición de las madres de familia. El derecho ha marchado también, y acabará por ser reconocida en los países cultos la necesidad y conveniencia de poner a la madre en sus relaciones de derecho, a la par del padre."

Bajo el sistema del ejercicio conjunto de la patria potestad, cualquiera de los padres puede resolver en relación al hijo. En caso de disidencia, cualquiera de ellos puede demandar al otro en sede judicial, ya sea que la decisión se considere arbitraria o abusiva, o se requiera el consentimiento expreso y se necesite de la autorización judicial.

Algunos autores han criticado la solución legal, aduciendo que "en caso de disenso entre el padre y la madre, cualquiera de ellos podrá pedir al juez. He aquí el detalle que delata el espíritu estatista, autoritario, totalitario del proyecto. El sentido común nos indica que donde se pretende que dos personas en absoluto pie de igualdad manden, en realidad ninguno de los dos mandará, sino el tercero que deberá resolver el disenso... en la práctica no puede ser sino una anarquía que paradójicamente desemboca en virtual omnipresencia y omnipotencia del Estado, Leviatan avasallante de la intimidad del hogar..."(15)(197)

"...La presencia del juez en el seno del hogar es verdaderamente desquiciante..."(16)(198)

A pesar de las críticas que se han formulado, pensamos que el sistema elegido es justo, ya que genera la corresponsabilidad de ambos progenitores. Si la decisión hubiera recaído en solo uno de ellos -ya sea el padre o la madre- como sugiere la doctrina indicada ut supra, ¿cuál hubiera sido la solución si el que no tomó la decisión estimara que ésta es arbitraria, abusiva o contraria al interés del hijo? Indubitablemente tendrían que recurrir a la Justicia para dirimir el conflicto, porque no puede negársele al otro progenitor que no está de acuerdo, el derecho -deber- de velar por el bien del menor. Entonces, aun cuando la posición tomada por los legisladores no tenga apoyo mayoritario en doctrina, pareciera ser la más acertada. Admitir lo contrario, sería continuar en el statu quo ante que provocaba la injusticia jurídica planteada por la incapacidad de la madre casada, no titular de la patria potestad, frente a la plena capacidad de la madre soltera o viuda que sí la tenía. No aumentarán los conflictos por el hecho de acudir a los estrados judiciales en caso de divergencia ni se perderá el respeto entre los padres entre sí y con relación al hijo.

Pero, lo más conveniente sería prever la infraestructura necesaria para que,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuando las desavenencias sucedan, sean resueltas a través de procedimientos sumarísimos que no dilaten las soluciones, con la actuación de profesionales competentes en la especialidad de los temas sobre el menor y la familia, con la participación de asistentessociales, psicopedagogos, personal del Ministerio de Menores, psicólogos y médicos.

3. Representación jurídica de los hijos menores

Representación

Puesto que los menores de edad son incapaces de hecho, absolutos o relativos, conforme a su edad, están sujetos a una representación conferida a sus padres y reglada por los arts. 54, 55, 56, 57 y concordantes del Cód. Civil.

La representación tiene lugar cuando "se designa a una persona para que sustituya al incapaz en los derechos de éste y realice los actos para los cuales el titular está legalmente impedido".(17)(199)

Bajo este sistema el representante actúa por su sola iniciativa, sin el concurso de la voluntad del incapaz, quien es reemplazado por aquél en el manejo de sus intereses.

Dicha representación es "necesaria y universal", ya que no puede ser renunciada (art. 56, Cód. Civil) y se extiende a todas las relaciones jurídicas del incapaz, sean de carácter patrimonial o de familia, judiciales o extrajudiciales (art. 274, Cód. Civil). "Legal", en cuanto proviene de la ley, y no de la voluntad de los incapaces (arts. 56 y 57, Cód. Civil), en contraposición a la "voluntaria", que proviene de la elección del representado (art. 1869, Cód. Civil). "Dual": en nuestro derecho el representante legal -padre, tutor, curador- y el promiscuo, que lo es el Ministerio de Menores (art. 59, Cód. Civil). "Conjunta": en cuanto está ejercida simultáneamente por ambos, aunque no en situación de paridad.

Es frecuente en nuestro derecho el funcionamiento conjunto del régimen de representación con el de asistencia; el incapaz no es sustituido por un representante en el ejercicio de su derecho, sino llamado conjuntamente con éste al desempeño del mismo (arts. 135, 285, 275 y 282, Cód. Civil).

El juego de los arts. 127 (que divide a los menores en impúberes y adultos), 54, inc. 2 (que clasifica como absolutamente incapaces a los impúberes), 55 (que confiere al menor adulto capacidad para realizar los actos que las leyes le autorizan), 57, inc. 2 (que establece como representante de los menores no emancipados a sus padres o tutores), 59 (que determina la representación promiscua del Ministerio de Menores), 61 (que regula la colisión de intereses entre los incapaces y sus representantes, determinando la actuación de un curador especial), 62 (que establece la extensión de la representación) y 274 (que dispone que los padres representan legalmente a sus hijos en los casos relativos a sus relaciones jurídicas), no han sido alcanzados por la reforma de la ley 23264, que en cambio modificó aspectos sustanciales del ejercicio de la patria potestad, que inciden en el régimen de representación a cuyo estudio nos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

abocaremos.

La evolución del concepto de patria potestad, reflejado en la redacción primitiva del Código Civil (arts. 264, 327 y 328) por el cual se la concebía como un conjunto de derechos de los padres sobre las personas y bienes de los hijos, y la modificación de la ley 10903, por la cual se la consideró como un conjunto de "deberes y derechos" teniendo como meta final "la protección y formación integral de los hijos", marca el principio rector en materia de representación.

Al atribuir el art. 264, Cód. Civil, en su nueva redacción, el ejercicio conjunto de la patria potestad, con las excepciones que más adelante citaremos, alteró el derecho de representación que el Código en su antigua redacción confería exclusivamente al padre, quien aun en caso de disenso con la madre, respecto del modo de decidir un acto vinculado al hijo, imponía su decisión con las limitaciones jurisprudenciales que con el correr del tiempo se fueron estableciendo.

El principio general está dado por el primer inciso del art. 264 al disponer que el ejercicio de la patria potestad corresponde, en el caso de hijos matrimoniales, al padre y a la madre conjuntamente, en tanto no estén separados, divorciados o su matrimonio hubiese sido anulado.

EL régimen funcionará, en los hechos, de modo similar al ejercicio indistinto, al decir de Bossert-Zannoni(18)(200), ya que habilita a los cónyuges a actuar individualmente y a tomar decisiones referidas al hijo. Establece con carácter general la presunción de que los actos realizados por uno de los padres cuenta con el consentimiento del otro (art. 264, inc. 1º, Cód. Civil). Para la ley, ésta es una actuación conjunta, ya que, si bien la iniciativa corresponde fácticamente a un progenitor, en el plano jurídico se interpreta que el acto ha sido realizado por ambos, en razón de la presunción de conformidad del otro (actos cotidianos), indicándose esta actuación individual, al enunciarse con carácter taxativo los casos en que dicha actuación debe ser obligatoriamente conjunta (art. 264 quater, Cód. Civil, actos trascendentes).

Esta presunción de consentimiento del progenitor que no dispuso el acto cotidiano, cae si el otro se opone expresamente -sea que la oposición fuera anterior o posterior al acto-, y siempre que éste no hubiera agotado sus efectos. Esta oposición no es la formulada en sede judicial (art. 264 ter, Cód. Civil), sino que puede ser expresada extrajudicialmente(19)(201). Agregamos que deberá contemplarse siempre la situación de los terceros de buena fe que contrataren con el progenitor actuante, a los fines de una mayor seguridad jurídica.

El inciso 2º del art. 264, Cód. Civil, contempla los casos en que los padres ya no conviven, sea por separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, atribuyendo el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, quien será responsable de las consecuencias que se deriven de la realización de los actos cotidianos, mientras que para la comisión de los actos trascendentes será necesaria la conformidad de ambos (art. 264 quater, Cód. Civil) .

No obstante lo expuesto, el padre que no tiene la guarda, conserva los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derechos de comunicación y supervisión en la educación del menor. Es oportuno aclarar que el legislador ha utilizado con idéntico significado la expresión "tenencia" y "guarda" (Diario de Sesiones del Senado), lo que ha merecido algunas críticas doctrinarias, al igual que el término "legalmente" referido a la tenencia y guarda del hijo, cuando debió decir "resolución judicial".

Aun cuando la ley no lo menciona, sería aplicable, en el caso de graves desacuerdos, el art. 264 ter, Cód. Civil, previo agotamiento de las vías de conciliación extrajudicial, ya que el progenitor que no tiene la tenencia del menor no ha perdido la patria potestad, puesto que el otorgamiento de la guarda es una decisión judicial siempre revisable, si los intereses del menor así lo requieren (principio confirmado por la CNCiv., Sala de FERIA, enero 15-1985, "C., M.V."; L.L., t. A, 1985, pág. 387): ". . . en todo lo referente a la tenencia de hijos, régimen de visitas, etcétera, debe prevalecer como factor primordial de toda resolución judicial, el interés moral y material de los menores, sobre cualquier otra circunstancia que pueda concurrir en cada caso y toda decisión sobre el tema deberá estar inspirada en lo que resulte más conveniente para la protección y educación de aquéllos. . . "

En el caso de separación de hecho, ante la ausencia de declaración judicial referida a la guarda, se propicia que el progenitor que conviva con el menor obtenga la atribución judicial de ésta para el ejercicio unilateral de la patria potestad.

El inc. 3° del art. 264, Cód. Civil, atribuye el ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la patria potestad o suspensión de su ejercicio, del otro.

En el régimen del Código Civil la solución era la misma; sólo se contemplaba el caso de transferencia del padre a la madre. La norma actual prevé el ejercicio exclusivo de la autoridad en uno u otro progenitor, sin distinción de sexo. Conforme a lo expresado, la simple ausencia sin presunción de fallecimiento se asimila al supuesto de suspensión del ejercicio (art. 309, Cód. Civil, quedando comprendido dentro de los efectos del inc. 3°).

El inc. 4° del art. 264, Cód. Civil, contempla el caso del hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus padres, atribuyéndole a éste el ejercicio unilateral y pleno de la patria potestad, con la sola limitación del art. 264 bis, Cód. Civil. Es en consecuencia uno de los casos excluidos del art. 264 quater, Cód. Civil.

El inc. 5° del art. 264, Cód. Civil, trata la situación del hijo extramatrimonial, reconocido por ambos padres. Se aplicarán dos regímenes distintos, según éstos convivan aun sin estar ligados por el vínculo matrimonial, supuesto en el cual resulta aplicable el régimen general previsto en el inc. 1° de la misma norma, con las limitaciones ya señaladas; o no convivan, en cuyo caso, el ejercicio se concentrará en aquel que tenga la guarda del menor, sea convencional judicial o haya mediado una información sumaria. La guarda de hecho no tiene relevancia. Los derechos del padre extramatrimonial, que no es titular del ejercicio de la patria potestad, son idénticos a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

reconocidos en igual situación al padre matrimonial por el inc. 2° del precepto en análisis.

El inc. 6° del art. 264, Cód. Civil, se refiere a la declaración judicial de la paternidad o la maternidad. No mediando reconocimiento voluntario de ninguno de los padres, la declaración de filiación por sentencia determina que el ejercicio de la patria potestad se concentra en aquel que ha sido declarado progenitor. Si el juicio es seguido contra ambos y han sido declarados tales, se aplicará el inc. 5° del art. 264, Cód. Civil, distinguiendo los casos en que exista o no convivencia. Si solo ha sido declarada la paternidad o la maternidad, se aplicará el inc. 4° de la misma norma.

Cuando la madre ha reconocido voluntariamente al hijo y posteriormente se dicta sentencia que establece la paternidad, ¿concurren ambos al ejercicio de la patria potestad?(20)(202). Bossert-Zannoni interpretan que el inciso que analizamos se aplica exclusivamente cuando ninguno de los progenitores lo haya reconocido voluntariamente, posición que estaría respaldada por lo dispuesto por el art. 264 quater, Cód. Civil, al excluirlo en su enumeración; por el art. 287, Cód. Civil, que priva del usufructo al progenitor vencido en el juicio de filiación y por el art. 3296 bis, Cód. Civil, que declara indigno de suceder al hijo al progenitor que no lo hubiere reconocido voluntariamente.

De todas maneras, el inciso merece fuertes críticas doctrinarias, al considerarse que no debía atribuirse la patria potestad a aquel que ha renegado de su paternidad.

El art. 264 bis, Cód. Civil, prevé distintas situaciones que pasamos a analizar:

1. Hijos menores de padres incapaces (ambos) que han sido privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio.
2. Hijos extramatrimoniales de padres menores de edad no emancipados (hipótesis no contemplada antes de la reforma). Previéndose en ambos casos la necesidad de discernir la tutela legal. La misma solución será aplicable al caso en que el hijo hubiese sido reconocido por uno solo de sus padres y el reconociente fuere interdicto, privado de la patria potestad o suspendido en su ejercicio.

Este artículo se relaciona además con el 480, Cód. Civil, al disponer que el curador de un incapaz que tenga hijos menores es también tutor de éstos. No obstante lo cual, consideramos que debe primar el interés del menor, en concordancia con las normas que regulan la institución de la tutela.

La segunda parte del artículo en cuestión establece que el hijo del padre extramatrimonial, menor de edad, no emancipado, queda sujeto a la tutela de quien ejerce la patria potestad del padre menor (es decir, la tutela del nieto será ejercida por el abuelo).

Las condiciones de funcionamiento de la norma son, según Nora Lloveras(21)(203), las siguientes: a) los padres del hijo extramatrimonial son menores de edad no emancipados; b) el hijo extramatrimonial queda sometido a tutela; c) la tutela se discernirá prefiriendo al padre que ejerza la patria potestad, sobre el padre menor no emancipado del pupilo; d) el tutor será el padre de quien tenga como padre al hijo bajo su amparo o cuidado;

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

e) la tutela subsistirá, aun cuando el progenitor menor no emancipado, que no tenga al hijo bajo su cuidado, se emancipe o alcance la mayoría de edad. Será representante legal, por ende, el que fuere designado tutor, a excepción del caso en que la tutela no fuera discernida, quedando el menor, por tanto, sujeto a patronato (art. 310, Cód. Civil, in fine).

Obviamente, en caso de hijos matrimoniales, en que uno de los progenitores sea declarado incapaz, no será aplicable el artículo comentado, pues la patria potestad será ejercida por el otro cónyuge (art. 310, Cód. Civil, 1ª parte).

El art. 264 ter, Cód. Civil, analiza los casos de desacuerdo entre los padres, de las decisiones vinculadas al hijo menor, para los que se establece el arbitrio judicial, solución que ha sido criticada por algunos autores (Borda-Aztiri-Lloveras), pero que es la única compatible con el fundamento de la reforma.

Como señala Lloveras(22)(204)"la ley, ante el desacuerdo, no invita a los padres a recurrir a la Justicia, contrariamente los obliga a ponerse de acuerdo para obrar en común, en beneficio de sus hijos, y ante el incumplimiento de este deber, faculta al juez a tomar las medidas pertinentes".

Si los desacuerdos fueren reiterados o hubiere un entorpecimiento en el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá atribuir ésta, total o parcialmente, a uno de los progenitores, o distribuir las facultades que tal ejercicio implica entre ambos, primando siempre la cláusula del beneficio del hijo. Podrá fijar un plazo durante el cual regirá la medida, con un máximo de dos años, resolución que puede ser dejada sin efecto, si el interés del menor lo requiriere.

En el juicio serán oídas ambas partes, con intervención del Ministerio Pupilar, y también el menor "si tuviese suficiente juicio y las circunstancias lo aconsejaren", aun cuando sus declaraciones no son vinculantes sino simplemente ilustrativas para el juez.

Debemos destacar que la facultad atribuida al juez se refiere sólo a los actos cotidianos; con relación a los trascendentes deberá aplicarse el art. 264 quater, Cód. Civil, ya que no se ha producido alteración alguna en la titularidad de la patria potestad, que continúa en cabeza de ambos progenitores.

La incorporación de esta norma hace más necesaria aún la creación de tribunales de familia, y la implantación de juicios orales y rápidos, que hagan efectivo el principio rector de la reforma.

El art. 264 quater, Cód. Civil, no tiene antecedentes en el derecho comparado.

Hemos señalado ya, que el principio general ha sido establecido en el inc. 1º del art. 264, Cód. Civil, por el cual se presume el consentimiento del otro progenitor para los actos cotidianos, salvo que exista oposición expresa; se establecen con carácter taxativo los casos en que tal presunción no rige, y es imprescindible la manifestación de ambos progenitores.

Dado que se trata de una excepción al régimen general, la interpretación de estos supuestos ha de ser restrictiva y no puede extenderse por analogía a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otras hipótesis fuera de las previstas. Así lo confirmó la CNCiv., Sala C, 23/12/85, "G.R.H.M."; E.D., 8/5/86, n° 6481, pág. 7, F. 39.361.

En el aspecto notarial interesa señalar la forma en que este consentimiento debe prestarse. El mismo debe ser expreso, aun cuando la doctrina se pronuncia en el sentido de que no necesariamente debe ser dado por escrito, ya que las declaraciones de voluntad pueden manifestarse también verbalmente, o por otros signos inequívocos (art. 917, Cód. Civil).

En nuestro quehacer, será imprescindible que esa voluntad se vuelque en un documento que la recepcione, debiendo tenerse en cuenta la forma instituida por el ordenamiento jurídico en cada caso.

Si bien coincidimos con Bossert-Zannoni⁽²³⁾(205) en cuanto a que dicho consentimiento pueda ser prestado por mandatario mediante poder especial conferido al otro cónyuge o a un tercero, entendemos que es viable el otorgamiento de un apoderamiento especial, en el cual se enuncie en forma taxativa más de una facultad de las consignadas en el art. 264 quater, Cód. Civil, sin que ello implique, como se verá, delegación de la patria potestad.

Sin embargo, no nos parece convincente el fundamento dado a esta exigencia por los referidos autores, al aplicar por analogía la interpretación dada al art. 1277, Cód. Civil, primero, porque ese artículo tiene carácter netamente patrimonial y no sería asimilable a un derecho personalísimo como el que nos ocupa, y segundo, porque no podemos desconocer en ese punto la evolución sufrida por la jurisprudencia, que acepta hoy, en forma casi unánime, el asentimiento general anticipado.

Por lo tanto, basamos nuestra exigencia del apoderamiento especial en los principios generales del mandato (arts. 1880 y conchs. del Cód. Civil), que en derecho de familia adquieren particular relevancia.

Supuestos considerados por la norma:

1. Autorización para contraer matrimonio: La declaración de voluntad de los representantes puede expresarse verbalmente -cuando resultare simultánea al acto-, por instrumento público o sentencia judicial supletoria. Conforme a la reforma, también será exigible para los emancipados dativamente.

2. Habilitación: (art. 131, Cód. Civil) Se incorpora la necesidad del consentimiento del menor.

La actual redacción del art. 131, Cód. Civil, contiene implícita la autorización paterna al emancipado para el ejercicio del comercio, sea que se trate de emancipación por habilitación de edad o por matrimonio. (Nótese que falta la remisión a los Registros respectivos del texto anterior.) Advertimos, sin embargo, la situación que se plantea a los menores que aún no cumplieron los 18 años y se hubieron emancipado por el matrimonio. ¿Pueden ejercer el comercio? No, porque no tienen aún la edad mínima prescripta por la ley mercantil, aunque se hubieren emancipado por matrimonio.

3. Autorización al ingreso a comunidades religiosas, Fuerzas Armadas o de Seguridad. Sin comentarios adicionales.

4. Autorización para salir de la República. Las conferidas con anterioridad a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la reforma deberán ser complementadas con la materna.

5. Autorizar al menor para estar en juicio: La negativa de los padres será suplida por la autorización judicial (art. 282, Cód. Civil). Dando el juez la autorización, se nombrará al hijo un tutor especial para el juicio. Conforme al art. 921, Cód. Civil, el menor de 14 años o menor impúber carece de discernimiento para los actos lícitos, de manera que la autorización para estar en juicio sólo puede ser dada a un menor adulto. Deberá tenerse en cuenta el art. 128, Cód. Civil que establece los casos en los que el menor puede actuar por sí; el art. 286, Cód. Civil, que faculta al menor adulto a estar en juicio penal sin autorización, cuando fuere demandado criminalmente y las leyes laborales que tienen su régimen propio.

6. Disponer de bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial. Debe complementarse con el art. 297, Cód. Civil. Habrá por consiguiente doble intervención judicial en caso de desacuerdo o imposibilidad de conseguir el consentimiento.

7. Ejercer actos de administración de los bienes de los hijos, salvo que uno de los padres delegue la administración conforme lo previsto en el art. 294, Cód. Civil. En tal caso el padre administrador otorgará el acto sin la presencia del otro, salvo las situaciones que requieran además autorización judicial. Esta suerte de administración fue confirmada por la CNCiv., Sala C, 23/12/85; E.D. n° 6481, 18/5/86, pág. 7: "la aceptación de una donación hecha por la madre de los menores beneficiarios sin cargo ni prestación a cargo de éstos últimos, no puede ser equiparada a las exigencias de un acto de disposición a los fines de aplicar el nuevo art. 264 quater, Cód. Civil. La aceptación de una donación es un acto de conservación y no de disposición, por lo que es autosuficiente la aceptación hecha por la madre". La última parte del artículo admite que, a falta del consentimiento de uno de los padres, resuelva el juez lo que más convenga al interés del menor.

Conforme a la redacción del art. 377, Cód. Civil, no alcanzado por la reforma, la tutela es el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad no sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil, y por el art. 380, Cód. Civil, el tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles de éste.

La misma puede ser general: la que se ejerce sobre la persona y bienes del menor, o especial: sólo referida a asuntos o pleitos determinados. Puede ser dada por los padres para producir efectos después de sus muertes, sea por testamento o por escritura pública (art. 383, Cód. Civil). Legal: la que es discernida en virtud de una enumeración establecida en la ley sin orden de preferencia ni discriminación de sexo, primando el interés del menor (nuevo art. 390). Tiene carácter subsidiario; el llamamiento legal sólo rige para el caso que los padres hubieren fallecido sin haber designado tutor; el designado no entre en ejercicio del cargo o deje de serlo (art. 389). Dativa: cuando los padres no han designado tutor, el designado hubiere dimitido o sido removido del cargo y no existan parientes idóneos llamados por la ley para el cargo, el juez debe entonces proveerla, según su prudente arbitrio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(arts. 392 y 393).

Cualquiera sea el origen de su nombramiento, el juez debe discernir el cargo para que el tutor pueda entrar en funciones (art. 399) Es también el representante legal de todos los actos civiles del menor, ya que éste sólo por excepción puede actuar por sí mismo (Ej. arts. 128, 283, 286, 1987, 3614). Esa representación legal del tutor se extiende a la actuación en juicio, debiendo acreditar su personería, en todos los casos, con el testimonio de su nombramiento y el acta de discernimiento de la tutela, más la autorización judicial exigida para todos los actos que no sean de simple administración, regulada por los artículos 432 y 443 del Cód. Civil.

4. Representación promiscua

Esta es la representación que ejerce el Ministerio de Menores. Está establecida en el art. 59: "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."

Caracteres:

- a. Conjunta: porque es representante del menor el asesor de menores, con el padre.
- b. Complementaria: no sustituye ni reemplaza al representante del menor, sólo complementa el acto.
- c. Tuitiva: protege los intereses del menor, velando por su seguridad, tanto patrimonial como extrapatrimonial.
- d. Es de asistencia y contralor: porque la representación legal la ejerce el representante necesario.

La omisión de la intervención es causa de nulidad de todas las actuaciones procesales, así como de todos los actos jurídicos que se lleven a cabo sin su presencia. Esta nulidad es relativa, ya que puede ser subsanada con posterioridad, sea por ratificación expresa o tácita (esta última tendrá lugar si el asesor interviene sin solicitar la nulidad de las actuaciones anteriores, si ello ocasionare mayor perjuicio para el menor). Los asesores de menores intervienen en los asuntos judiciales en los que el menor sea parte, y en los actos jurídicos de disposición de bienes.

Los arts. 491 y 494, determinan cuáles son las funciones del Ministerio Público de Menores. Estos artículos no han sido modificados, y al decir de Belluscio "estas últimas disposiciones resultan inútiles, pues sólo importan un desarrollo del principio del art. 59 que no siempre es exacto, ni tampoco resulta exhaustivo, fuera de que introduce confusiones al referirse a la tutela y a la curatela, como si el Ministerio de Menores no ejerciese sus funciones también con relación a los menores sujetos a la patria potestad".

V. DELEGABILIDAD DE LA PATRIA POTESTAD

Etimología. Conceptualización

El vocablo "delegar" (del latín delegare) significa "dar una persona a otra la jurisdicción que tiene por su dignidad u oficio, para que haga sus veces, o conferirle su representación". A su vez, el término "potestad" (del latín potestas) equivale a dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre una cosa. Finalmente, "patria potestad" significa: la autoridad que los padres tienen, con arreglo a las leyes, sobre sus hijos no emancipados(24)(206).

En términos generales, puede afirmarse que la patria potestad como señala Borda(25)(207), es "personal e intransferible, no puede renunciarse ...está fuera del comercio, no puede ser objeto de venta, transacción, cesión ni en su totalidad ni en alguno de sus atributos. . . es indelegable...".

Sin embargo, partiendo de la distinción que ya hubimos apuntado (pág. 1831, pto. 3) entre titularidad y ejercicio de la patria potestad, concluimos en afirmar que: a) la titularidad de la patria potestad es indelegable, y sólo le compete a los padres de los hijos matrimoniales, y en el caso de los hijos extramatrimoniales, a aquél de los progenitores que los hubieren reconocido, o a ambos en el mismo supuesto- (art. 264), y b) el ejercicio de la patria potestad puede ser objeto de delegación, en los casos que pasaremos a analizar.

La reforma de la ley 23264, introdujo la aplicación del régimen de la patria potestad compartida, con las excepciones y variantes que la misma ley prevé. Como resultado de la aplicación de tales variantes, en los distintos supuestos que pueden darse, la ley establece que el ejercicio de la patria potestad recaiga en uno solo de los progenitores. Claro está que no se trata de una delegación de la patria potestad, sino de un mandato imperativo de la ley; ejercicio unilateral que en algunos casos es presumido por la ley y en otros está normado expresamente. La previsión legal, en algunos casos, conlleva un control judicial. No puede tampoco en esos casos hablarse de una delegabilidad de la patria potestad, sino de una lisa y llana aplicación de la ley.

De modo que sólo compete a los padres la posibilidad de delegar el ejercicio de la patria potestad, delegabilidad que denominamos "voluntaria", y que exclusivamente tiene lugar bajo los supuestos que desarrollaremos a continuación.

Sin embargo, y ante todo, es necesario advertir que la delegación del ejercicio de la patria potestad se refiere en principio, exclusivamente, a los actos cotidianos, ya que para los actos trascendentes es menester el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 264 quater.

a. Actos cotidianos

Como señalan Bossert-Zannoni, el ejercicio de la patria potestad "supone

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ámbitos de actuación práctica, delimitados por la ley, que permitan a uno u otro titular o a ambos, desarrollar el conjunto de facultades que la titularidad confiere"(26)(208).

¿Qué debe entenderse por actos cotidianos? Bossert-Zannoni expresan que son los actos domésticos, atinentes a la vida y educación del hijo. Por su parte, Lloveras apunta que se trata de aquellos actos de todos los días que, decididos por uno de los progenitores, cuentan con la conformidad del otro, salvo que mediara expresa oposición(27)(209). Afirmando Lloveras que "es impensable que todos los días, al mismo tiempo, el padre y la madre realicen todos y cada uno de los actos que comprende el ejercicio de la autoridad que la ley les reconoce"(28)(210).

Cabe analizar las soluciones previstas por la ley, conforme los diferentes supuestos.

1. Hijos matrimoniales

Es necesario apuntar que, aun bajo la normativa del sistema anterior a la reforma, de hecho, para el ejercicio de los actos domésticos o que se relacionaban con la educación del hijo, el padre delegaba en la madre la facultad de decidir respecto de las alternativas que planteaba el desarrollo de la vida y educación del hijo. Es claro que esta situación era normal en los casos de matrimonios bien avenidos. En los últimos tiempos puede afirmarse que en la mayoría de los casos, previo acuerdo de los padres, el ejercicio de la patria potestad recaía, para la comisión de actos cotidianos, virtualmente en la madre, como resultado de una delegación no formal y fáctica, que realizaba el padre.

La ley 23264 presume, por aplicación de lo establecido por el art. 264, inc. 1°, parte 1ª, una delegación "tácita" o "práctica" del ejercicio de la patria potestad, que uno de los padres realiza en favor del otro. Esta delegación "tácita" o "práctica" es no formal, a diferencia de la delegación que ambos padres pueden realizar en un tercero; por ejemplo, por ausentarse temporariamente ambos, para la comisión de actos cotidianos, que ya no reviste el carácter de esencialmente práctica, sino que, principalmente a los efectos de la determinación de la responsabilidad que pudiere derivarse, debe instrumentarse por escrito, sea por instrumento público o privado, pues la ley no hace referencia expresa a tal circunstancia.

El art. 2° de la ley 18248 establece que corresponde a ambos padres la elección del nombre de pila para el hijo, y debe considerarse una delegación tácita del ejercicio de la patria potestad la circunstancia de que uno solo de los progenitores concorra a inscribir al hijo, ya que la ley presume el consentimiento del otro.

2. Separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio

El art. 264, inc. 2°, establece que en los casos de separación de hecho, divorcio o nulidad de matrimonio, corresponderá el ejercicio al padre o a la madre que ejerzan legalmente la tenencia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

No se trata evidentemente de tres casos análogos. Sin embargo, los dos últimos presentan efectos similares. Bossert-Zannoni(29)(211)señalan que la ley emplea con poco acierto la terminología de "tenencia legal", interpretando dichos autores que cuando la norma citada se refiere a "tenencia legal" debe entenderse que se trata de la que se deriva de una resolución judicial; sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 76, 1ª parte de la ley 2393, que adjudica a la madre la tenencia -legal- del hijo menor de cinco años, en caso de divorcio o nulidad de matrimonio.

En verdad no se trata de una delegabilidad del ejercicio de la patria potestad, aunque se refiera a los actos cotidianos, sino de una solución legal de carácter imperativo. Sin embargo, el supuesto que plantea mayores dudas es el de la separación de hecho, en lo que se refiere a la tenencia de los hijos surgida de un acuerdo entre los padres. Es claro que la ley establece el efecto de la separación de hecho, al disponer que el ejercicio queda a cargo del progenitor que tenga la tenencia o guarda de los hijos. Pero, nos preguntamos, ¿configuraría tal situación un caso de delegabilidad voluntaria de ese ejercicio, habida cuenta de que se hubo originado en un acuerdo o convención entre ambos progenitores?

3. Hijos extramatrimoniales

Evidentemente debe partirse de la circunstancia de que los hijos extramatrimoniales hubieren sido reconocidos por ambos progenitores. Y en tal situación cabe diferenciar: que ambos progenitores convivan o no. En el primer caso, puede delegarse el ejercicio de la patria potestad, y los efectos son equivalentes a los analizados en el punto 1 respecto de los hijos matrimoniales. En el caso de no convivencia de los padres de hijos extramatrimoniales, debe estarse a lo expresado en el punto 2 en cuanto a lo consignado en los casos de separación de hecho.

4 . Supuesto de no progenitor conviviente

Pensamos que configuraríamos un caso de delegación "tácita" o "práctica" del ejercicio de la patria potestad, con efectos similares a los analizados para los hijos matrimoniales. Es interesante la consideración de este caso, a título ejemplificativo. El señor A. contrajo nupcias con la señorita B. De esa unión nació una hija. A poco más de un año del nacimiento de la hija muere la madre, y al cabo de dos años, el padre contrae nuevas nupcias con la señorita C. Es en definitiva C. quien llevará adelante el cuidado y la educación de la niña, como si hubiera sido su madre natural. Y el tratamiento de ambas es el de madre e hija, basado en un cariño entrañable. En los hechos, C. suscribe toda clase de autorizaciones escolares, boletines de calificaciones e inasistencias, etcétera y ejercita toda clase de actos domésticos en salvaguarda del interés de la niña.

Cabe concluir que estamos frente a un caso de delegación del ejercicio de la patria potestad en un tercero no progenitor, que establece una excepción, si se quiere, a lo que hubimos expresado al comienzo del capítulo.

Queda a salvo, por supuesto, que si C. adoptare a la niña, el caso

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

encuadraría, sin duda, en la equivalencia de efectos estudiados para los hijos matrimoniales.

b. Actos trascendentes

Lloveras(30)(212)señala que "la distinción entre decisiones cotidianas y decisiones trascendentes no pretende restar importancia y valor a las primeras, ya que en la formación integral del hijo -particularmente en los primeros años de vida- gravitan en forma sustancial. . .". Los actos trascendentes son aquellos que "acarrear consecuencias peculiares y exclusivas a la vida del hijo".

Los actos trascendentes son los que se encuentran establecidos en el art. 264 quater, y son los que, a juicio de la ley, revisten tal importancia para la vida del hijo, por los efectos que produce su comisión, que se requiere por tanto el consentimiento de ambos progenitores.

Es indudable que no es posible admitir la delegabilidad del ejercicio de la patria potestad para la comisión de tales actos.

Sin embargo, la propia ley admite la delegabilidad del ejercicio de la patria potestad, en lo dispuesto por el art. 264 quater, inc. 7º, para los actos de administración que, en principio, no requieren consentimiento expreso del otro progenitor. Pero el art. 294, Cód. Civil, al que remite esta norma para su complemento, a su vez prescribe la necesidad del consentimiento expreso del otro progenitor para la comisión de los actos que requieran también autorización judicial.

En síntesis: a) Actos cotidianos: A nuestro entender, nada obsta para que, por el imperio de la reforma de la ley, y bajo los supuestos previstos por el art. 264, incs. 1º y 2º, pueda delegarse el ejercicio de la patria potestad. Los límites estarían dados: 1) en cuanto a que debe tratarse de actos cotidianos; 2) debe ser por tiempo determinado. La ley no se refiere expresamente a este supuesto y tampoco lo prohíbe. En cuanto a la necesidad de la limitación en el tiempo, pensamos que ésta debe existir, porque admitir la hipótesis de la indeterminación temporal sería admitir la posibilidad a los padres de sustraerse a la obligación de hacerse cargo y satisfacer las pequeñas necesidades de los hijos, que surgen generalmente de la comisión de tales actos cotidianos.

No se hace exigible para tal supuesto formalidad alguna, pero pensamos que la escritura pública o el instrumento privado, con firma autenticada, son los medios idóneos para instrumentarlo.

b) Actos trascendentes: No es admisible la delegación total ni parcial del ejercicio de la patria potestad cuando se configura alguno de los supuestos previstos en el art. 264 quater, Cód. Civil. La importancia de los aspectos por la norma contemplada hacen sobreabundante mayor comentario.

Sí cabe admitir la delegabilidad del ejercicio de la patria potestad en los casos previstos por el inc. 7º de la misma norma, y 297.

Sin perjuicio de que puedan tratarse de decisiones trascendentes, es dable admitir la posibilidad del otorgamiento de mandato especial, perfectamente circunstanciado (art. 1884), donde se relacione el acto para el cual se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

confiere mandato. Es el caso de los padres que deben viajar al extranjero por un período determinado, y desean emancipar a su hijo menor de dieciocho años, quien cumplirá tal edad durante la ausencia de sus padres. Nada obsta para que ambos padres confieran poder especial a favor de algún mandatario para que éste, una vez cumplida la edad mínima requerida por la ley para la habilitación de edad, en nombre y representación de ambos progenitores, emancipe al hijo de éstos. Pero cabe señalar que este supuesto, como cualquier otro contemplado por el mencionado art. 264 quater, para cuya solución se confieran mandatos especiales, no constituyen delegación del ejercicio de la patria potestad, salvo la excepción aludida del inc. 7°, art. 264 quater y art. 297 Cód. Civil. Ello porque la decisión ya la han tomado los mandantes, y el mandatario sólo cumple los términos allí expresos.

A mayor abundamiento de esta postura, cabe recordar que es reiterada y uniforme la jurisprudencia que establece que para la comisión de actos que caen bajo la normativa del derecho de familia, se requiere el otorgamiento de poderes especiales.

Rechazamos sí categóricamente el apoderamiento que contemple la enumeración íntegra del art. 264 quater, pues quedaría burlada la finalidad de la ley, ya que es el propósito de la norma que se ejerza un control real respecto de cada acto, en salvaguarda del interés del hijo, por tratarse de la defensa de derechos personalísimos, como el que nos ocupa.

VI. ADMINISTRACIÓN Y USUFRUCTO

Administración conjunta y unilateral. Facultades de los administradores. Remoción

Los artículos del Código Civil vinculados con el tema en análisis, serían los arts. 283, 293, 295, 298, 303 y 310 (reformados). Y los arts. 301, 302 y 304, que continúan vigentes.

La interpretación armónica de su lectura nos indica:

Que los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad y que dicha administración será ejercida en común por los padres cuando ambos estén en ejercicio de la patria potestad.

Estas son las palabras del legislador y constituyen el principio general. Veamos las excepciones a esta regla

¿Qué bienes no administran los padres?

1. Los que (los hijos) heredan con motivo de la indignidad o desheredación de sus padres y
2. Los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando hubieren sido donados o dejados por testamento bajo la condición de que los padres no los administrasen (art. 293, incs. 1° y 2°, Cód. Civil).

Resulta esclarecedor a este respecto el fallo 39.361 de la CNCiv., Sala C, del 23/12/85 ya citado (véase supra, págs. 1841/42). Tomando en cuenta su doctrina, entendemos que el acto en cuestión caería dentro de lo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

preceptuado por el art. 293 ya comentado. Si aceptamos tal doctrina, se clarifica una serie de dudas que en sede notarial puede suscitar la ley 23264.

Tal el caso del padre que dona a sus hijos menores un bien propio. En ese supuesto la madre estaría habilitada para aceptar la donación en nombre de los menores, quedando a salvo la circunstancia de que, de tratarse de un bien propio, sede del hogar conyugal, habrá que tener en cuenta la necesidad del otorgamiento del consentimiento dispuesto por el art. 1277, in fine.

A estas dos excepciones ya aludidas, les cabe algún comentario.

1. Según el art. 3744, Cód. Civil, el heredero forzoso puede ser privado de la legítima que le es concedida, por efecto de la desheredación, según las causales consignadas en el art. 3747, Cód. Civil: injurias de hecho, atentado contra la vida del ascendiente, si el descendiente ha acusado al ascendiente criminalmente de delitos con pena por cinco años de prisión (o más).

El inciso que comentamos habla también de la indignidad de los padres calificación que el Código establece como una incapacidad para suceder; según los arts. 3281 y 3296, Cód. Civil (los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra el causante o su cónyuge o sus descendientes, o como cómplice del mismo delito) . También el que no denunciare la muerte violenta del autor de la sucesión. Si hubiera acusado al difunto de un delito con pena de cinco años o más. El condenado en juicio por adulterio con la mujer del difunto. El que no recogió o hizo recoger al difunto abandonado o demente, o quien estorbó que hiciera testamento y lo forzó a ello.

Como vemos, en ambos casos del inc. 1º -desheredación o indignidad-, por estar vinculado con el derecho sucesorio sería prácticamente imposible que la sanción alcanzara a ambos padres. En tal caso, ¿ el otro progenitor podría administrar dichos bienes? Nos inclinamos por la afirmativa.

2. Con respecto al inc. 2º de este mismo artículo, podrá darse el caso que el testador niegue a ambos padres la facultad de administrarlos. Pero para el caso que dicha interdicción alcanzase a uno solo, entendemos también que el otro progenitor está facultado para administrar.

3. También incluimos en esta categoría (bienes que no administran los padres) a los que señalan los arts. 128, Cód. Civil y su correlativo, art. 283. Según los mismos, desde los 18 años el menor puede celebrar contrato de trabajo, o ejercer una profesión sin necesidad de previa autorización. EL menor podrá administrar y disponer libremente de los bienes que adquiere con dicho empleo, profesión o industria.

Administración conjunta-unilateral

Dijimos que el principio general establece la administración conjunta.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Veamos las excepciones: ,a) Por la situación de familia; b) por voluntad expresa de uno de ellos; c) por la naturaleza de los actos.

a) Que uno solo de ellos esté en ejercicio de la patria potestad: caso de separación de hecho, divorcio o nulidad del matrimonio. Ejercerá legalmente la tenencia un cónyuge (art. 264, Cód. Civil). Caso de suspensión de la patria potestad (art. 309, Cód. Civil). Caso de privación de la patria potestad. Caso de ausencia con presunción de fallecimiento. Caso de hijos extramatrimoniales cuando el menor convive con uno solo de ellos, a quien le fuere otorgada la guarda en forma convencional o judicial o reconocida mediante información sumaria.

Puede que algún padre o madre de hijo extramatrimonial concorra a una notaría a entregar por escritura pública la guarda de su hijo al otro progenitor. El acto es válido y posible, pero debemos ser cuidadosos con su texto, ciñéndonos al artículo citado, cuidando que las facultades que enunciamos no importen una delegación del ejercicio de la patria potestad.

b) Por la voluntad expresa de uno de ellos

Dice el art. 294, Cód. Civil, en lo que nos importa: "Los padres podrán designar de común acuerdo a uno de ellos administrador de los bienes de los hijos, pero en este caso el administrador necesitará el consentimiento expreso del otro para todos los casos que requieran la autorización judicial." Mediante una expresión de voluntad, un progenitor puede administrar solo los bienes de los hijos, con la limitación que el propio texto señala, con la limitación de los arts. 297 y 298.

Queda por explicar cómo se exterioriza esa voluntad.

1) Convencional sujeta a homologación judicial. Los padres podrían hacer una presentación conjunta manifestando su acuerdo para que uno solo administre, y que ese acuerdo sea homologado por el juez. En tal caso, ¿cuál es el juez competente? En principio, el del domicilio. ¿Aceptarán los Tribunales esta nueva competencia voluntaria? Además, ¿es revocable esta autorización, con o sin causa? Y en este supuesto, ¿se requerirá otra homologación o pronunciamiento judicial? Pareciera, sobre todo, en este último supuesto, que sí, habida cuenta de lo dispuesto por el art. 294 in fine.

2) Convencional en sede notarial. Estimamos que los padres podrían expresar esa voluntad en sede notarial. Ateniéndonos a la misma estructura del Código, afirmamos que la misma podría instrumentarse a través de un mandato. En efecto, el título IX, sección III del libro II "Del Mandato" dice en su art. 1870: "Las disposiciones de este título son aplicables: ...4º A las representaciones por personas dependientes, como los hijos de familia en relación a sus padres... las cuales serán juzgadas por las disposiciones de este título..." Y, por consiguiente, si el ejercicio de la patria potestad se rige por estas normas, el mandatario, autorizado por la ley a delegar su mandato en persona determinada, según la norma que estamos comentando confiere poder expreso al otro progenitor para que administre los bienes del menor (mandante). La ventaja del mandato convencional es que podría darse por plazo, con facultades expresas. (Es decir, limitado en su accionar.) Podría

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

revocarse sin invocar causa.

Algún autor opina que tal delegación podría hacerse a través de un consentimiento genérico, similar al del art. 1277, Cód. Civil.

Es de destacar, en el supuesto en análisis, que razones de economía procesal y de mayor dinámica hacen aconsejable la intervención notarial.

c) Por la naturaleza de los actos. Según el art. 294, Cód. Civil, los actos conservatorios pueden ser realizados por uno cualquiera de los padres. Esta expresión es fácil de entender si los bienes del menor son raíces, pues en tal caso se tratará de pintar, refaccionar, pagar los impuestos y tasas, cambiar un alambrado o las tejas del techo, por citar algún ejemplo. La interpretación se torna más compleja, si los bienes del menor constituyen una explotación comercial o industrial. Igualmente, si la misma se refiere a un negocio pequeño o taller artesanal, o, por el contrario, se trata de una cadena de negocios o de una gran fábrica.

Pensamos que, en materia de administración indistinta, existiendo la posibilidad de delegarla en forma expresa, la interpretación debe ser restrictiva -desde que se encuentra en juego el patrimonio del menor-.

Remoción

Dice el último párrafo del art. 294, Cód. Civil: "En caso de graves o persistentes desacuerdos sobre la administración de los bienes, cualquiera de los padres podrá requerir al juez competente que designe a uno de ellos como administrador." La ley requiere que el juez elija entre ambos padres quién es el más competente para administrar, pero debe entenderse que no podría designar a un tercero; debe optar entre ambos, aunque no necesariamente en favor de quien promueva la acción. Podría aplicarse, por analogía, el límite de dos años dispuesto por el art. 264 ter(31)(213).

Usufructo

Comenzamos recordando la definición que del usufructo hace el art. 2807, que dice: "El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no altere su sustancia."

El usufructo legal, que es una de las posibilidades que menciona el art. 2812, está definido en el art. 2816, cuando dice que es el establecido por la ley en los bienes de los hijos menores a favor de sus padres, y remite al título del Código respectivo.

Las disposiciones del título X -Del usufructo- se aplican al caso de usufructo legal.

Usufructo de los padres. Usufructo legal es el derecho que tienen los padres de usar y gozar de los bienes de sus hijos, bajo patria potestad, con derecho a percibir rentas y frutos, y con cargo de aplicarlo a los deberes legales que les son inherentes.

Orígenes y fundamento. El origen de esta figura se remonta al derecho griego y pasó a nuestro Código del Código Napoleón, que legisló una figura

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

similar denominada la garde. Hay distintas opiniones referentes al fundamento del usufructo legal; para algunos, se trataría de la necesidad de resarcir a los padres de los gastos de mantenimiento de los hijos; para otros, en razones de solidaridad familiar, por las cuales los hijos deben contribuir con los frutos de sus bienes a los gastos del hogar.

Naturaleza jurídica. Con anterioridad a la sanción de la ley 23264, ya existían en la doctrina nacional dos corrientes principales acerca de la naturaleza jurídica del usufructo legal de los padres con respecto a los bienes de sus hijos. Por una parte, se sostenía que no era otra cosa que un usufructo común, con algunas diferencias propias de la materia (conf. Rébora); mientras que para otra parte y en forma predominante, se consideraba al instituto como regulado por las normas del derecho de familia, con aplicación subsidiaria de las normas del usufructo común que no estén en contraposición del citado derecho familiar.

Según el art. 2830, Cód. Civil, las condiciones necesarias para la validez de los títulos de constitución de usufructo son las mismas que se requieren para transferir la propiedad, excepto en el usufructo legal, que no tiene dependencia de ningún acto de adquisición. Otra diferencia al respecto es la que establece el art. 2858 al dispensar de dar fianza a los padres por el usufructo de los bienes de los hijos.

Caracteres. Como lo expresamos ut supra, en concordancia con el inc. 2° del art. 2812 y el art. 2816, la actual norma, art. 287 texto según ley 23264, establece: "El padre y la madre tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales o de los extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad..." con las excepciones que se tratarán, concediendo de esta forma a ambos padres el derecho de usufructo de los bienes de sus hijos, sin hacer diferencia entre matrimoniales y extramatrimoniales voluntariamente reconocidos.

Como consecuencia del derecho que les corresponde a ambos padres, éstos tienen por partes iguales el usufructo de los bienes de sus hijos. Señala Zannoni la importancia del artículo que nos ocupa frente a los terceros acreedores de alguno de los padres, que solamente podrán dirigirse contra el cincuenta por ciento de los frutos y rentas de los bienes del hijo del progenitor deudor, previo cumplimiento de las cargas legales.

En cuanto a los bienes que el usufructo comprende, el nuevo artículo modifica al anterior, pues también excluye aquellos bienes que los hijos adquirieron por sus servicios civiles, militares, eclesiásticos o por caso fortuito, como juego, apuesta, etcétera.

Por lo tanto, cabe la distinción de los siguientes caracteres:

- 1°) Legal: según lo establecen los arts. 2816, 287 y conchs. del Cód. Civil;
- 2°) universal: si bien existen excepciones en la ley respecto de algunos bienes determinados, el usufructo legal de los padres se establece sobre la totalidad de los bienes, de conformidad con el art. 2827;
- 3°) temporario: porque se encuentra supeditado a la vigencia de la patria potestad;
- 4°) personal, irrenunciable e intransferible: por cuanto es inherente al ejercicio de la patria potestad y a la protección del interés familiar.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Excepciones al usufructo de los padres

Se encuentran reguladas en el art. 287, incs. 1º, 2º) y 3º). Así: . . .

1) Los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque vivan en casa de sus padres.

2) Los heredados por motivo de la indignidad o desheredación de sus padres.

3) Los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador hubiera dispuesto que el usufructo corresponde al hijo. (Este inciso reemplaza al derogado art. 289).

También quedan exceptuados del usufructo los bienes que les fuesen donados o dejados a los hijos menores, cuando esos bienes fuesen donados o dejados con indicación del empleo que deba hacerse de los respectivos frutos o rentas (art. 290). Esta norma modifica al texto anterior en que aquél se refería a "hijos de familia", y la actual redacción se refiere a "hijos menores".

El art. 295 establecía que el padre que estaba privado de administrar los bienes donados o dejados a sus hijos por una condición de la donación, igual tenía derecho al usufructo. El nuevo artículo se refiere a ambos progenitores.

La posibilidad legal atribuida a los donantes o testadores, estaría dada con el exclusivo propósito de favorecer a los hijos y no de otorgarles beneficios a los padres. En los casos de excepción que establecen los arts. 287, incs. 1º), 2º) y 3º) y 290. el usufructo de dichos bienes corresponde a los hijos, de conformidad con el art. 288.

Cargas. El usufructo de los padres está sujeto a cargas, que según el art. 292 son cargas reales, por cuanto se entiende que el usufructo está afectado en primer término al cumplimiento de determinadas obligaciones y únicamente el excedente, previo cumplimiento de las cargas, entra en el patrimonio de los padres, y está sujeto a la acción de sus acreedores. El art. 291 establece las cargas del usufructo legal de los padres, que son:

1ª Las que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de afianzar (en concordancia con el art. 2858).

2ª Los gastos de subsistencia y educación de los hijos, en proporción a la importancia del usufructo (esto significa que los padres no pueden utilizar en beneficio propio los frutos y rentas de los bienes de los hijos, sin antes cumplir esta carga, y que tienen el derecho de destinar los frutos y rentas de esos bienes antes de utilizar sus propios bienes) .

3ª El pago de los intereses de los capitales que vengán durante el usufructo (están incluidos los arrendamientos, alquileres y cualquier gasto periódico que incremente el capital fructuario).

4ª Los gastos de enfermedad y entierro del hijo, como los del entierro y funerales del que hubiese instituido por heredero al hijo (en este último supuesto considera la doctrina que los padres pueden cumplir un deber de piedad respecto de la persona del testador, pero que de ninguna manera derivaría de este deber una obligación de pagar esos gastos).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cargas del usufructo común aplicable al usufructo de los progenitores

Los padres están también obligados a satisfacer algunas de las cargas del usufructo común, tal como disponen los arts. 2894, 2895, 2896 2881, 2909 y sigtes., como el pago de los impuestos que gravan los frutos o el goce de la cosa y de la contribución directa; impuestos especiales que durante el usufructo se impongan a la propiedad; gastos de cerramiento forzado y deslinde ejecutado a solicitud del vecino; gastos judiciales; la ejecución y pago de las reparaciones necesarias para la conservación y mantenimiento de la cosa.

Derecho de los padres. Usufructo de dinero y título

Los padres tienen los derechos del usufructuario común, con excepción de las limitaciones derivadas de las cargas impuestas a su usufructo. La doctrina y la jurisprudencia disienten en cuanto a los derechos de los padres respecto del dinero y títulos de renta, sobre si éstos tienen o no el cuasi usufructo, de lo que derivaría la facultad de disponer de los mismos.

Embargo

Del análisis del art. 992, 2ª parte, resulta que los acreedores de los padres sólo pueden embargar el remanente del usufructo, como ya apuntamos, y ello, una vez cumplidas las cargas que lo gravan; igualmente para el caso de quiebra o concurso (arts. 111 y 112, inc. 3º, ley 19551/72). Con respecto a los acreedores del hijo, no tienen derecho a embargar el usufructo salvo que se trate de acreedores por obligaciones comprendidas en las cargas del usufructo, gozando en este caso de preferencia sobre los acreedores del padre.

Cesación del usufructo

Este derecho, inherente a la patria potestad, cesa en forma definitiva e irreversible con la extinción de ésta, por las únicas dos causales de: a) muerte natural, o b) por mayoría de edad del menor. Las restantes causas de cesación del usufructo, son temporarias, por lo que dispone el art. 308 y sin perjuicio de lo establecido por la excepción del art. 304 in fine, según la cual, si los padres son privados de la patria potestad por demencia, no pierden el derecho al usufructo de los bienes de los hijos.

Otra causal de cesación del usufructo, es el supuesto del art. 296, que se refiere a los bienes que el hijo hereda de uno de sus padres, cuando el progenitor sobreviviente no inventaría judicialmente los bienes del matrimonio, dentro de los tres meses del fallecimiento.

El derecho de acrecer, que corresponde al usufructo común (art. 2823, Cód. Civil) para el supuesto de constitución del usufructo a favor de dos o más

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

usufructuarios, consideramos que se encuentra implícito en el caso del usufructo legal de los padres sobre los bienes de los hijos.

Ganancialidad

Como el usufructo no se separa de la patria potestad -titularidad-, corresponde en consecuencia a los padres, y los bienes que se obtengan con él son gananciales. Se les otorga a los padres matrimoniales como a los extramatrimoniales, siempre que éstos últimos hayan reconocido voluntariamente al hijo, pero en este último supuesto no puede hablarse de ganancialidad propiamente dicha, porque no están comprendidos en lo dispuesto por el art. 1272 (sobre la sociedad conyugal).

La ganancialidad establecida por esta última norma (art. 1272) con respecto a los frutos de los bienes de los hijos menores, sujetos al usufructo de los padres previo pago de las cargas que lo gravan, y la del caso de los bienes de hijos de otro matrimonio (párr. 6°, art. 1272) motivó una discusión doctrinaria, sobre todo después de la modificación establecida por el art. 3° de la ley 11357, inc. 2°, ap. d, que disponía que los frutos actuales o civiles de los hijos de un matrimonio anterior de la mujer no correspondían a la sociedad conyugal, por lo cual tenían carácter de propios. Esto no parecía estar de acuerdo con los principios generales del Código, pues los frutos de esos bienes son gananciales; llevan aparejada la carga de la sociedad conyugal de atender a la manutención de los hijos habidos de matrimonios anteriores (art. 1275) . Posteriormente, por decreto-ley 17711/68 se derogó el citado art. 3° de la ley 11357, y si para algunos autores se restablecía la vigencia del art. 1272, para otros no y, por lo tanto, serían gananciales, por aplicación de los principios generales en materia civil; o propios, para los que los estiman adquiridos a título gratuito. Belluscio opina que son gananciales, por considerar restablecido el sistema del Código Civil, y si no se lo considera restablecido, lo serían por su calidad de frutos. Tras la reforma de la ley 23264 (art. 287, Cód. Civil), ¿es de aplicación el mismo principio? Sobre todo, habida cuenta de la vigencia del art. 1272. Entendemos que esta temática será base de futuras controversias doctrinarias y jurisprudenciales.

Veamos este caso: un progenitor de hijo extramatrimonial (que lo hubo reconocido) y tiene el usufructo del 100 por ciento de los bienes de su hijo, contrae nupcias con un tercero no progenitor. Los frutos de esos bienes, ¿qué carácter tienen para esta sociedad conyugal? Obsérvese que el art. 1272 hace referencia a "los bienes de los hijos de otro matrimonio", y la unión de la que hubo nacido el hijo fue extramatrimonial. Por su parte, el art. 1275 también se refiere a la "sociedad conyugal". A su vez, cabe agregar que la sociedad conyugal actual, habida de la unión del progenitor con el no progenitor, asume los gastos que demande el desarrollo de la vida de este hijo que no es de ambos. Entendemos que, en el caso planteado, habría una excepción al principio de ganancialidad de los frutos sentado por la normativa del art. 1272, y por lo tanto corresponderían exclusivamente al progenitor.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En el mismo supuesto analizado, podría presentarse otra variante. Tal sería la circunstancia de que durante la vigencia de la sociedad conyugal del progenitor del hijo extramatrimonial con el tercero no progenitor, se hubiere adquirido algún bien con el producido de los frutos del usufructo de los bienes de ese hijo. Posteriormente, fallece el progenitor: entrarían en franca colisión los derechos del menor con los del cónyuge supérstite, pues al sancionarse la ley 17711 no existía la actual unidad de filiación, y la recordada norma (art. 1272) sólo alude al hijo de otro matrimonio. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de ese bien? Por un lado, si se acepta que se trata de un bien ganancial, la legítima del hijo extramatrimonial quedaría vulnerada. (Recuérdese que ese hijo es el titular de los bienes usufructuados por su progenitor fallecido y con cuyos frutos se pagó el precio del bien.) Por otra parte, aceptar que se trate de un bien propio perjudicaría a la sociedad conyugal, por el juego de lo establecido por el art. 1315. Pensamos que la solución a la que arribamos precedentemente es la más adecuada.

Otra variante: progenitor de hijo extramatrimonial que contrae matrimonio con tercero no progenitor, adquiere un bien con el producto de los frutos del usufructo de los bienes de su hijo menor. En el título de adquisición aclara que el origen de los fondos es propio (arg. art. 1246). Posteriormente se disuelve la sociedad conyugal por efectos del divorcio y la separación judicial de bienes. Dicho bien no es ingresado a la masa para su partición, por alegar el progenitor que le es propio, sobre la base de considerar: 1°) el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 1246 ya citado y 2°) que el art. 1272 es restrictivo en cuanto a que sólo se refiere a hijo de matrimonio anterior. Nos preguntamos entonces: ¿cuál será la postura a adoptar ante estas situaciones y las que puedan plantearse al respecto? Estamos en la misma postura aludida ut supra, por iguales consideraciones.

Es de vital importancia la solución legislativa a esta problemática, porque no sólo pueden quedar vulnerados los derechos del menor y del cónyuge no progenitor, sino que deben considerarse los intereses de los terceros afectados por uno u otro criterio.

Y por último, cabe advertir que todo ello no ocurriría si el cónyuge no progenitor adoptara al hijo extramatrimonial de su cónyuge.

Enajenación de bienes de los hijos menores

El principio general está sustentado por el art. 297, Cód. Civil, que dispone la necesidad de la autorización judicial como complemento previo y obligatorio del acto de disposición paterna.

Es de destacar que la reforma de la ley 23264 modificó el objeto de los actos de enajenación, en cuanto a que la norma anterior se refería a "bienes inmuebles" siendo que la actual alude a los "bienes" de los hijos, afirmando tal postura cuando expresa "bienes de cualquier clase".

D'Antonio señala que esta modificación parece de escasa significación, no siendo; así, ya que en todos los casos de enajenación de bienes es necesaria la autorización judicial, incluso para la de animales aislados, de propiedad del hijo, cuando se trate de animales que conforman una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

universalidad de hecho, integrantes de un establecimiento rural.

Pero la norma en comentario no sólo exige la autorización judicial para actos de enajenación sino para los de constitución de derechos reales sobre los bienes del menor.

Excepción: está contenida en el art. 298 in fine, en cuanto la dispone para la venta de animales cuya disposición le es permitida a los usufructuarios que tienen el usufructo del rebaño. Ello es así, porque configura un acto de administración para la mayoría de los autores.

El criterio fundamental de la autorización judicial es el de la razonabilidad del acto, teniendo en cuenta el interés patrimonial del menor. Nos preguntamos si entraría dentro de este régimen de excepción la enajenación de joyas, obras de arte y antigüedades que, sabido es, pueden alcanzar alto valor económico;

-los créditos y en general todos los derechos no previstos especialmente en reglamentaciones que impongan la necesidad de su registro para la individualización de su transferencia.

Nótese que el art. 264 quater, inc. 6°. alude a los actos de administración que requieran de la enajenación de bienes inmuebles y derechos o muebles registrables, que impone como sujetos a autorización judicial.

Pero, no debe confundirse lo preceptuado por el art. 264 quater, inc. 6°, que hace referencia a la necesidad del consentimiento de ambos padres para la comisión de actos enumerados en la norma, y lo que establece el art. 297, que requiere la autorización judicial como requisito sine qua non para la enajenación de bienes de cualquier naturaleza.

Debe concluirse:

1°) Para la enajenación de bienes de cualquier naturaleza es ineludible el cumplimiento de la autorización judicial (arts. 264 quater, inc. 6°, 297 y 299). Así lo sostiene la doctrina, y principalmente lo señala D'Antonio, quien agrega que la reforma de la ley 23264 ha puesto punto final a la cuestión, y señala: "...la necesidad de tal autorización previa con control del Ministerio de Menores, regía igualmente tratándose de cualquier mueble..."(32)(214)y hace extensiva su opinión en concordancia con el plenario de la Cámara Civil Capital Federal de fecha 9/10/33, con relación a la disposición del dinero de los hijos.

La transgresión a la normativa indicada cae dentro de lo previsto por el art. 299 y debe correlacionarse con lo dispuesto por el art. 1043. Nos preguntamos si ante tal transgresión cabría la posibilidad de confirmación del acto, dentro de lo previsto por el art. 1061, por tratarse, entendemos, de una nulidad relativa.

Bossert-Zannoni(33)(215)señalan que: "... si no obstante uno de los progenitores enajenare un bien del hijo sin autorización, la validez del acto frente a terceros no empece a su responsabilidad frente al hijo, de acuerdo con los principios generales". A mayor abundamiento, cabe recordar que sería de aplicación el art. 2412, Cód. Civil, para la enajenación de cosas muebles no registrables, que permite a quien ha obtenido su posesión, la posibilidad de repeler cualquier acción de reivindicación.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2º) Conclusión: Si bien la autorización judicial es requisito sine qua non para la disposición de bienes de los hijos menores, como ya lo señalamos parece oportuno apuntar que: el control de tales actos dispositivo sólo es posible cuando la titularidad dominial surja de su registración o bien de la documentación respectiva (por ejemplo certificados de ahorro nominativos) o de inventarios notariales o judiciales o de todo tipo de actuación administrativa o judicial. Pero resulta improbable el control de la enajenación de joyas, obras de arte o antigüedades, entre otras, cuya titularidad no pueda ser individualizada fehacientemente. Va de suyo suponer que en tales casos y en la práctica, los progenitores que dispongan libremente de tales bienes quedarán sujetos a las acciones que les promuevan los hijos y/o los terceros interesados y vulnerados por la comisión de tales actos.

VII. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Una nueva regulación resulta con motivo de la sanción de la ley 23264, donde se enuncian los distintos supuestos de suspensión, privación de su ejercicio y privación de ambas en su titularidad y su ejercicio.

Antes de la reforma: quedaba establecida con el carácter de rigurosa e irreversible sanción la pérdida de la patria potestad, por las causales preceptuadas en los arts. 307, 308 y 309, Cód. Civil (con la modificación introducida por la ley 10903).

Régimen actual: se decide, por una parte, la privación de la patria potestad (art. 307) y por la otra, la suspensión de su ejercicio (art. 309). La novedad de la reforma, que la diferencia del sistema anterior, introduce el carácter de sanción no definitiva y reversible a la que resulta de la privación de la patria potestad.

Causales de extinción

El art. 306 legisla las causas de extinción ipso jure de la patria potestad, incorporando una nueva causal: la adopción de los hijos.

Inc. 1º): por la muerte de los padres o de los hijos. Sin comentarios.

Inc. 2º): por profesión de los padres o de los hijos, con autorización de aquéllos, en institutos monásticos: al hacer profesión los padres en institutos monásticos, se ven privados de ejercer libremente la patria potestad; lo mismo para el caso del hijo, quien debería obediencia a la orden religiosa, quedando de esta manera excluido de la obediencia a sus padres. Borda opina que si el menor egresa de la orden religiosa, volvería a estar sujeto a la patria potestad de sus padres. Distinto sería el caso que fueran los padres los que egresan de órdenes religiosas. No recobrarían la patria potestad, pues al abandonar sus deberes no recobrarían sus derechos. Por nuestra parte, pensamos que por el principio general del art. 308 la reversibilidad de la patria potestad estaría dada también para este caso, sujeta desde luego a pronunciamiento judicial.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Inc. 3°): por llegar los hijos a la mayor edad. Sin comentarios.

Inc. 4°): por emancipación legal de los hijos, sin perjuicio de la subsistencia del derecho de administración de los bienes adquiridos a título gratuito, si el matrimonio se celebró sin autorización. Es necesario distinguir además, en otro orden de cosas, los casos de nulidad de matrimonio, según que el contrayente fuere de buena o de mala fe. En tal supuesto, sólo es reversible la patria potestad cuando el contrayente fuere de mala fe.

Otra de las causales es la emancipación dativa o voluntaria por habilitación de edad, creada por el decreto-ley 17711. La doctrina es unánime en considerar que pone fin a la patria potestad, sin perjuicio de que en caso de revocación de la misma la patria potestad renace.

Inc. 5°): por la adopción de los hijos, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación o nulidad de la adopción.

La ley 23264 incorpora el inciso en análisis estatuyendo la extinción de la patria potestad por la adopción de los hijos, sin perjuicio de su restitución al progenitor de sangre en caso que la adopción sea revocada o se declare su nulidad. Estos principios, ya reglamentados en la ley 19134 de adopción, fueron recogidos por la reforma. La citada ley de adopción hace una diferenciación entre adopción plena y adopción simple, siendo la primera irrevocable, pues extingue los vínculos del menor con su familia de sangre. En cambio la segunda es revocable, por cuanto no extingue tales vínculos.

Interesante resulta destacar en el desarrollo del tema, lo que señalan distinguidos autores en lo referente a la declaración previa de pérdida de la patria potestad, para acordar la adopción. Señalan Bossert-Zannoni(34)(216)que: "constituía un error decir que la adopción era un supuesto de pérdida de la patria potestad para los padres del menor, habida cuenta que la pérdida o privación de la patriapotestad constituye, en todos los casos, una sanción (antes definitiva, hoy revisable) contra aquéllos. La adopción no constituye una sanción al padre o madre del menor adoptado, puesto que al acordarse por el juez, se tiene en vista el beneficio y la conveniencia para el niño, al integrarse en un hogar que ya, antes, lo ha acogido como hijo".

Privación de la patria potestad

Los arts. 307 y 309 vigentes, distinguen entre privación de la patria potestad y suspensión de su ejercicio, sin hacer referencia a lo que el sistema anterior denominaba privación del ejercicio. Antes de la reforma, estos aspectos estaban normados por los arts. 307, 308 309, Cód. Civil y 12 de la ley 10903. Debe considerarse que el régimen actual ha simplificado la problemática.

Inc. 1°): condena penal. ¿Es necesaria la sentencia penal previa para que prospere la acción civil? Señalan Bossert-Zannoni(35)(217)que la nueva norma ha precisado conceptos antes discutidos, ya que se requiere: a) que el delito sea doloso; b) la participación de los padres en el mismo, cualquiera sea su carácter (autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor, etcétera) y c) igual carácter, pero habiendo mediado además la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

participación del hijo. Resumiendo, se aplica la norma en el caso de condenas por delitos dolosos contra la persona y bienes del hijo o con el hijo, contra la persona y bienes de terceros.

Inc. 2°) :abandono del hijo. Es de destacar del texto de la nueva normativa, la diferencia de criterio con el régimen anterior. En el sistema anterior a la reforma, prevalecía el criterio objetivo del abandono. En cambio, por imperio del sistema actual, se tiene en cuenta el criterio subjetivo para sancionar la conducta de los padres, tomando la figura del abandono con prescindencia de que el menor hubiere quedado bajo la guarda o cuidado de terceras personas o del otro progenitor. Cabe apuntar que, precisamente por receptar la ley el criterio de la subjetividad con relación a la figura del abandono, pensamos que será necesaria la consideración de cada caso en particular, por parte del juez interviniente; porque son numerosos los casos en que el abandono, producto de una situación económico-familiar desesperante, está concebido en protección de la salud y la moralidad del hijo.

Inc. 3°): colocación del hijo en situación de peligro material omoral. Debe entenderse que lo sancionado es la conducta del apartamiento deliberado del cumplimiento de los deberes paternos. A diferencia del sistema anterior, no sólo se analizan las actitudes pasivas, sino además la concurrencia de actos positivos. Resulta interesante en este punto, a modo de graduación de sanciones, el comentario realizado por D'Antonio(36)(218)que sugiere hacer extensivo a los efectos previstos en este inciso, la embriaguez habitual y la adicción a las drogas (tratado por el art. 309 como causales de suspensión en el ejercicio de la patria potestad), con independencia de haberse o no inhabilitado al progenitor, cuando tal conducta adquiera la entidad suficiente como para afectar la salud física, psíquica o moral del menor.

Restitución de la patria potestad

El art. 308 dispone que la privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efecto por el juez, si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitución se justifica en beneficio o interés de los hijos. Como ya lo hemos dicho, esta es la gran novedad en el tema, porque deroga el principio de irreversibilidad concebido en el sistema anterior. Bossert-Zannoni(37)(219)puntualizan que si la patria potestad quedó sólo en cabeza de un progenitor por la pérdida sufrida por el otro, la solicitud de su restitución deberá ser trasladada en vista al progenitor ejercitante, quien podrá oponerse a tal solicitud.

Suspensión del ejercicio de la patria potestad

El art. 309 dispone que el ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres, judicialmente declarada, conforme a los arts. 15 a 21 de la ley 14394. También queda suspendido en caso de interdicción de alguno de los padres o de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

inhabilitación, según el art. 152 bis, Cód. Civil, incs. 1° y 2°, hasta que sea rehabilitado, y en los supuestos establecidos en el art. 12 del Código Penal. Podrá suspenderse el ejercicio de la autoridad en caso de - que los hijos sean- entregados por sus padres a un establecimiento de protección de menores. La suspensión será resuelta con audiencia de los padres, de acuerdo con las circunstancias del caso.

Los supuestos contemplados para suspensión del ejercicio de la patria potestad, en el sistema anterior, están contenidos en la normativa que se refiere a los casos de privación de la patria potestad en el sistema actual, con excepción de la entrega del hijo a un establecimiento de protección de menores (art. 309, 2ª parte). En lo relacionado con la hipótesis de ausencia, debe entenderse que la norma se refiere a la simple ausencia, de modo que se halla exceptuada la ausencia con presunción de fallecimiento. En este caso, se aplica lo establecido por el art. 306.

En los casos de interdicción, o inhabilitación de los padres (art. 152 bis, incs. 1° y 2°) no se requiere una declaración especial que establezca la suspensión de la patria potestad, porque la sola declaración de inhabilitación produce tal efecto. Es de mencionar que no se comprende en esta hipótesis la inhabilitación por prodigalidad. Tal supuesto no es causa de suspensión del ejercicio de la patria potestad. Sin embargo, algunos autores como Bossert-Zannoni(38)(220) enfatizan que no es dable permitir que quien dilapida locamente sus propios bienes mal puede administrar los de su hijo.

La sanción prevista por el art. 12, Cód. Penal (prisión o reclusión por más de tres años) produce la suspensión del ejercicio de la patria potestad. Obviamente, su ejercicio queda en cabeza del otro progenitor, o de quien disponga el juez competente.

En relación con la hipótesis de la entrega del menor a un establecimiento de protección de menores, deberán los progenitores ser llamados a audiencia, previa la resolución judicial que así lo establezca.

Zannoni(39)(221) señala que: "En realidad la entrega del hijo a un establecimiento no supone, por sí solo, privar al progenitor de la patria potestad, pero, a la vez, esa entrega no se concebiría sin poner en funcionamiento las atribuciones del Estado en ejercicio del Patronato. De allí que se haya sostenido que cuando el menor es confiado espontáneamente por sus padres al establecimiento, queda bajo la protección y asistencia del organismo administrativo de ejecución del Patronato del Estado, y el ejercicio de la patria potestad se ve limitado por las disposiciones legales aplicables a los menores sujetos a la acción tuitiva del Patronato estatal."

Término de la suspensión de la patria potestad

No existe la fijación de un término de duración de esta medida como lo establecía el anterior art. 309 para los supuestos en que la suspensión operaba a manera de sanción (2do. párrafo), por lo que consideramos su vigencia mientras dure la causa que la originó.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Efectos de la pérdida de la patria potestad o de la suspensión del ejercicio

El art. 310, que se refiere a distintas hipótesis, cubre diversas situaciones, y es así como en el caso de inexistencia del otro progenitor o de estar inhabilitado, o de haber sido privado ambos de la patria potestad o de su ejercicio, entre a funcionar el régimen tutelar normado en el art. 389, y en su defecto, cabe recurrir a la tutela oficial, bajo el Patronato del Estado nacional o provincial.

VIII. PONENCIA

1. La patria potestad es indelegable, personal e intransferible. Este principio reconoce excepciones. La delegación del ejercicio de la patria potestad sólo procede para la comisión de actos cotidianos.

En cuanto a los actos trascendentes, no es admisible la delegación, ya sea total o parcial, salvo lo dispuesto por el inc. 7° del art. 264 quater.

2. No configura delegación del ejercicio de la patria potestad el mandato especial perfectamente circunstanciado (art. 1884, Cód. Civil), donde se relacione el acto para el cual se confiere mandato.

La decisión ya la han tomado los progenitores y el mandatario sólo cumple los términos allí expresados.

3. El menor que aún no hubiere cumplido los 18 años, emancipado por el matrimonio, no queda habilitado para ejercer el comercio. Habiendo cesado sus padres en el ejercicio de la patria potestad, queda habilitado el menor para tal fin, de pleno derecho, al cumplir los 18 años.

4. La administración de los bienes de los hijos menores de edad puede ser ejercida por uno solo de los progenitores (art. 294, Cód. Civil) con consentimiento expreso del otro progenitor y, en este caso, la exteriorización de voluntad puede ser: a) convencional privada con homologación judicial, o b) extrajudicial, en sede notarial.

5. Lo que recibiesen los progenitores, del usufructo de los bienes del menor, es ganancial para los padres matrimoniales y propio para los extramatrimoniales, incluso en el supuesto de ulterior matrimonio de los padres extramatrimoniales con terceros no progenitores, salvo el caso de adopción que hicieren estos últimos.

6. Los actos de enajenación de bienes del menor, cualquiera sea su naturaleza, están sujetos a la autorización judicial (art. 297, Cód. Civil). Su transgresión es sancionada con la nulidad del acto (art 299 y 1043, Cód. Civil). La nulidad que acarrea la comisión del acto es relativa. Sin perjuicio de ello, si alguno de los progenitores enajenare un bien mueble sin

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autorización judicial (dada la imposibilidad de su control), el acto cae bajo lo dispuesto por el art. 2412, Cód. Civil, y con relación a los terceros queda firme, pues éstos pueden repeler toda acción de reivindicación. Queda a salvo la responsabilidad de los padres frente al hijo.

Recomendación

Que en una próxima reforma legislativa se contemple la adecuación del art. 383, Cód. Civil, con el resto de la normativa en esta materia, en cuanto al nombramiento de tutor, para su ejercicio después de la muerte de ambos progenitores. Así, deberá tenerse en cuenta: a) que debe incluir a los padres extramatrimoniales mayores de edad; b) que la norma debe advertir que el otorgamiento conjunto del discernimiento de tutor por acto de última voluntad está alcanzado por lo dispuesto por los arts. 3618 y 3630, Cód. Civil, y c) la disposición aludida deberá establecer claramente que para el caso del nombramiento de tutor por escritura pública, los padres deberán otorgarla en forma separada, ya que se trata igualmente de un acto de última voluntad y cae bajo lo dispuesto por los artículos aludidos supra.

REPRESENTACIÓN LEGAL DE LOS MENORES BAJO PATRIA POTESTAD

CASOS	REPRESENTANTE	EXCEPCIONES	ACTUACIÓN EN LAS EXCEPCIONES
1) Hijos matrimoniales. Padres conviven. Art. 264, inc. 1	Cualquiera de los padres indistintamente . Se presume consentimiento del otro (actos cotidianos)	Art. 264 quater (actos trascendentes) o expresa oposición del otro (puede ser extrajudicial en los actos cotidianos)	Consentimiento ambos padres o resolución judicial (interés familiar). Art. 264 quater
2) Hijos matrimoniales. Padres separados. Art. 264, inc. 2	Progenitor que ejerza legalmente la tenencia (actos cotidianos)	Art. 264 quater (actos trascendentes) o expresa oposición del otro	Consentimiento ambos padres o resolución judicial (interés familiar). Art. 264 quater
3) Hijos matrimoniales, padre viudo, ausente, suspendido de la patria potestad. Art. 264, inc. 3	El otro progenitor (ejercicio de la patria potestad exclusivo)	Art. 297, último párrafo ídem punto 9	Actuación progenitor más autorización judicial
4) Hijos extramatrimoniales reconocidos por un solo progenitor. Art. 264, inc. 4	El reconociente (ejercicio exclusivo de la patria potestad)	Art. 297, último párrafo ídem punto 9	Progenitor más autorización judicial