

CAPÍTULO II EL SUJETO DE LA GESTIÓN

5. Patria potestad y gestión de los bienes
6. Gestión por ambos progenitores
7. Gestión unipersonal con elementos de gestión conjunta
8. Gestión unipersonal exclusiva
9. Regla
10. Supuestos
11. Variantes

Capítulo II

EL SUJETO DE LA GESTION

SUMARIO: 5. Patria potestad y gestión de los bienes. A) Según el régimen genérico de la patria potestad. 1º) Ejercicio de la patria potestad por ambos progenitores. 6. Gestión por ambos progenitores. 2º) Ejercicio de la patria potestad por uno de los progenitores. 7. Gestión unipersonal con elementos de gestión conjunta. 7.1. Gestión por el progenitor que ejerce la tenencia del hijo. a) Padres matrimoniales. b) Padres extramatrimoniales. 7.2. Gestión por uno de los progenitores cuando le ha sido atribuida conforme al artículo 264 *ter in fine*. 8. Gestión unipersonal exclusiva. 8.1. Gestión por el progenitor sobreviviente. 8.2. Gestión por el único progenitor extramatrimonial determinado. 8.3. Gestión por uno de los progenitores cuando el otro se encuentra privado de la patria potestad. 8.4. Gestión por uno de los progenitores cuando el otro se encuentra suspendido en la patria potestad. B) Según el régimen específico de gestión. 1º) Gestión por ambos progenitores. 9. Regla. 2º) Gestión unipersonal con elementos de gestión conjunta. 10. Supuestos. 10.1 Acuerdo de los padres. 10.2 Resolución judicial. 10.3. Comprensión de la atribución de la administración. 10.4. Delimitación de la gestión unipersonal. 3º) Gestión unipersonal exclusiva. 11. Variantes. 11.1. Gestión unipersonal exclusiva total. 11.2. Gestión unipersonal exclusiva parcial. C) Gestión por un tercero. Remisión.

5. Patria potestad y gestión de los bienes

La gestión (administración y disposición) de los bienes del hijo menor integra los derechos-deberes inherentes a la patria potestad destinándose a ella varios textos de la ley 23.264. El o los sujetos que la tienen a su cargo son el o los mismos titular o titulares activos de la autoridad de los progenitores pero caben en la previsión legal, supuestos en que algún aspecto de la gestión recae sobre uno de ellos (el padre o la madre) sin mengua de que continúe el régimen conjunto para los restantes contenidos de la institución, y, más de una vez, sin desvincularse al otro de la administración y disposición de los bienes.

La gestión comienza en cuanto la persona por nacer o el menor adquiere bienes, con el mismo régimen (art. 264).

Es innecesario aclarar que todo lo que se exponga en adelante sobre los hijos matrimoniales es aplicable a los hijos adoptivos, habida cuenta de que la patria potestad se transfiere al o los adoptantes en cualquiera de sus formas (plena, art. 14; simple, art. 22, ley 19.134; artículo 306, 5° Código Civil según la ley 23.264, para ambas), debiendo entenderse que hay ejercicio conjunto cuando se adopta al hijo del cónyuge, en una interpretación del artículo 22 de la ley 19.134 armónica con el derecho vigente¹³⁻¹.

El sujeto de la gestión se analiza conforme a las precisiones que

¹³⁻¹ Se ha propuesto la reforma expresa en tal sentido: BISCARO, Beatriz R., *La patria potestad y la adopción del hijo del cónyuge*, en JA del 27 de agosto de 1986.

resultan del régimen de la patria potestad y del régimen específico de aquélla.

A) SEGUN EL REGIMEN GENERICO DE LA PATRIA POTESTAD

1º Ejercicio de la patria potestad por ambos progenitores

6. Gestión por ambos progenitores

Sujetos de la gestión de los bienes del hijo menor son ambos progenitores mayores de edad o emancipados porque ellos tienen a su cargo el ejercicio de la patria potestad siempre que la filiación esté determinada con respecto a ambos y que convivan, sin tener en cuenta la cualidad matrimonial o extramatrimonial de los vínculos que los unen. El artículo 294 es decisivo: “La administración de los bienes de los hijos será ejercida en común por los padres cuando estén en ejercicio de la patria potestad”.

Por lo tanto, es ejercida por el padre y la madre matrimoniales que no estén separados legalmente, divorciados, separados de hecho o cuyo matrimonio hubiese sido anulado (art. 264, 1º, primera oración, interpretado conforme al inciso 2º) dándose en todos los casos exceptuados la no convivencia de los cónyuges; por el padre y la madre extramatrimoniales que hayan reconocido al hijo y conviven (art. 264, 5º, primera oración); por el padre y la madre extramatrimoniales que fueron declarados tales y conviven¹⁴; por el padre y la madre extramatrimoniales que uno reconoció al hijo y el otro fue declarado su progenitor, si conviven.

La sistematización del ejercicio de la autoridad sobre los principios enunciados aparece clara en la ley y se justifica: sin determina-

¹⁴ De acuerdo BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad*, Buenos Aires, 1985, com. al art. 264, parágr. 14; D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., p. 112; LLOVERAS, Nora, *Patria potestad y filiación*, Buenos Aires, 1986, com. al art. 264, N° 7 *in fine*; BELLUSCIO cit. *infra* en nota 17, 3).

ción de la filiación no puede haber potestad y sin convivencia de los progenitores determinados, no concurren las circunstancias fácticas que hacen el ejercicio conjunto viable y beneficioso para el menor.

El último supuesto señalado (progenitores extramatrimoniales convivientes que uno reconoció al hijo y el otro fue declarado en juicio) demanda fundamentación ante los términos del artículo 264, la distinta actitud asumida por aquéllos y lo probable de su no coincidencia en el tiempo, a pesar de que difícilmente se presente en la práctica porque es casi inimaginable que un progenitor que conviva con el reconociente rehúse manifestarse voluntariamente sobre la filiación del hijo común. Bossert y Zannoni se preguntan si procede la potestad de ambos progenitores si la madre reconoció primero al hijo y después el padre fue declarado, decidiéndose por la respuesta negativa. Sus argumentos pueden clasificarse en razones de interpretación gramatical de los textos, de su integración en el conjunto de la institución y valorativos. En el primer sentido, hacen valer la redacción del inciso 6° del artículo 264 que impondría su aplicación cuando no haya progenitor reconociente y no en caso contrario; como argumento de integración, apelan a la exclusión de la hipótesis, del artículo 264 quater, escribiendo: “Si el que fue vencido en juicio queda excluido para tales actos de mayor trascendencia, respecto de los cuales se necesita, incluso, la aprobación del progenitor que no ejerce la patria potestad en caso de padres separados según los incisos 2° y 5° del artículo 264, es fácil colegir que el vencido en juicio queda también excluido de cuanto atañe al desarrollo cotidiano de la vida y formación del menor”, remitiéndose asimismo a la exclusión del usufructo y de la vocación hereditaria (arts. 287 y 3296 bis); como argumento valorativo, piensan que no es buena solución en el interés del hijo, atribuir el ejercicio de la patria potestad a quien ha llevado su desinterés por él al extremo de no reconocerlo¹⁵. Por su parte, D’Antonio enseña que la ley desplaza al progenitor declarado en concu-

15 BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 264, parágr. 35.

rrencia con el reconociente¹⁶ y Lloveras afirma: "En el caso de reconocimiento voluntario del hijo por uno de los padres, y el establecimiento de la filiación en sentencia judicial para el otro padre, la patria potestad corresponde al primero; el padre que reconoce voluntariamente al hijo desplaza a quien ha debido ser compelido a asumir su rol paterno y el nexo biológico creado"¹⁷.

Las argumentaciones expuestas son totalmente aceptables en la hipótesis de no convivencia para la cual la ley ofrece el precepto aplicable mediante la correlación lógica entre los incisos 4° y 6°, del artículo 264, en el sentido de que el declarado progenitor goza de la patria potestad únicamente si no media reconocimiento del otro, de manera que el reconociente tiene preferencia sobre el declarado. Pero estimamos que el hecho de la convivencia reviste envergadura suficiente para modificar la conclusión. En efecto, el inciso 6° del artículo 264 contempla el caso en que ninguno de los progenitores haya reconocido al hijo, confiere el ejercicio de la patria potestad al judicialmente declarado y tácitamente entiende que la filiación está determinada con respecto a éste solo, supuesto distinto al planteado que, por la doble determinación de la filiación y la convivencia, se aproxima más al primer párrafo del inciso 5° que a los incisos 4° y 6° con un solo vínculo de filiación establecido y convivencia muy difícil de darse en los hechos; en cuanto a la no exigencia de consentimiento conjunto (no inclusión del caso en el art. 264 quater), la razón es la misma recién apuntada, es decir, suponer que existe un solo progenitor determinado; en lo que refiere a la singularidad del contenido de la patria potestad de los progenitores no reconocientes, es obvio que se disponen sanciones que recaen sobre ellos (la carencia de usufructo y de vocación hereditaria) pero no se incide sobre otros conteni-

16 D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., p. 112.

17 LLOVERAS, *op. cit.*, p. 183. Es la opinión de BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, 4a. ed., Buenos Aires, 1986, T. II, N° 527, 4.

dos de la autoridad, entre ellos, la gestión de los bienes¹⁸. En cuanto a la valoración de nuestro razonamiento, ha de admitirse que la convivencia comporta, aun cuando fuera posterior al reconocimiento materno (porque será éste el más frecuente), una asunción querida de las funciones paternas. Obsérvese que los autores que sustentan la tesis contraria, aceptan la aplicación del inciso 5º del artículo 264 cuando conviven progenitores declarados tales¹⁹, lo que no necesariamente habrá sucedido en la misma fecha.

La aceptación de la tesitura que sustentamos obliga a una modificación del ejercicio de la potestad por el reconociente si después se sentencia en contra del otro progenitor, aunque ya convivieran a la fecha del fallo, o si se establece la convivencia posteriormente a la determinación de ambos vínculos de filiación. Es indiscutible que la convivencia debe demostrarse a los efectos de justificar el ejercicio de la potestad pero la dificultad no es exclusiva de este supuesto porque se da también como requisito de la patria potestad conjunta de ambos progenitores extramatrimoniales reconocientes.

2º) Ejercicio de la patria potestad por uno de los progenitores

El ejercicio de la patria potestad por uno de los progenitores puede coexistir o no, con elementos de gestión conjunta e, incluso, con importantes aspectos de actuación conjunta de los padres, precisamente para los actos más importantes de la vida del hijo.

7. Gestión unipersonal con elementos de gestión conjunta

7.1. *Gestión por el progenitor que ejerce la tenencia del hijo.* En este apartado se consideran los distintos casos de no convivencia de

¹⁸ Bossert y Zannoni enseñan que al establecerse el vínculo de filiación por sentencia, el vencido en juicio asume la totalidad de los deberes emergentes de la patria potestad como tal y que surgen del art. 265 y ss., como la obligación de asistencia material y espiritual (*op. cit.*, com. al art. 264, parágr. 35).

¹⁹ *Idem*, p. 289; LLOVERAS, *op. cit.*, p. 184; BELLUSCIO cit. en nota 17.

los progenitores en que ha debido optarse por uno de ellos para confiarle la tenencia del menor, pero siendo indispensable el consentimiento de ambos padres para los actos de administración y ciertos actos de disposición (art. 264 y 264 quater).

a) *Padres matrimoniales*. La falta de convivencia de padre y madre matrimoniales queda configurada en las hipótesis de anulación del matrimonio, separación legal, divorcio y separación de hecho (art. 264, 2º.) En las tres primeras, media sentencia en cuestión matrimonial y la atribución de la tenencia judicialmente como uno de sus resultados, a los efectos de que se produzca la asunción del ejercicio de la patria potestad por el progenitor a quien se ha conferido, aplicándose pautas establecidas legalmente y sin perjuicio de la autonomía del tribunal para inclinarse por lo más conveniente a los intereses del menor²⁰.

En la hipótesis de separación de hecho, el conflicto conyugal en sí no recibe tratamiento judicial pero es indudable que la tenencia asimismo de hecho, es insuficiente para que el ejercicio de la patria potestad recaiga sobre el cónyuge separado que guarda al hijo consigo. El inciso 2º del artículo 264 abarca la separación de hecho entre los supuestos en que la autoridad recae sobre el que ejerza legalmente la tenencia, es decir, da por sentado que ha sido solicitada y otorgada judicialmente²¹, medie o no acuerdo de los progenitores al respecto. Análogicamente son aplicables las orientaciones estableci-

²⁰ Aunque hubiera sido judicialmente resuelta la tenencia provisoria durante el trámite del juicio de nulidad o de separación legal o de divorcio, es necesaria la atribución judicial de la tenencia definitiva que es la que efectivamente produce efectos sobre la patria potestad. El análisis de las pautas legales y jurisprudenciales para la atribución de la tenencia excede el tema de esta obra. Puede verse con aplicación actual, BORDA, *op. cit.*, T. I, Nº 215 y 539 a 548 bis; MAZZINGHI, *op. cit.*, T. II, Nº 456 y ss.; ZANNONI, *op. cit.*, T. II, parágr. 585 y ss.; BELLUSCIO, Augusto César, *Derecho de Familia*, T. III, Buenos Aires, 1981, Nº 896 y ss.; GROSMAN, Cecilia P., *Patria potestad y tenencia de hijos en caso de nulidad del matrimonio cuando uno solo de los cónyuges es de buena fe*, en LL 1976-D, 755. Para el derecho vigente ver D'ANTONIO, *Nuevo régimen cit.*, p. 104 y ss. y *Régimen legal de matrimonio civil, ley 23.515*, Santa Fe, 1987, com. al art. 206.

²¹ De acuerdo, BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 264, parágr. 21.

das para los separados legalmente o divorciados, debiendo insistirse en la gravitación decisiva del interés del menor sobre la decisión judicial²². Lo dispuesto en el artículo 264, inciso 5° sobre reconocimiento judicial de la tenencia de hecho del progenitor extramatrimonial mediante información sumaria, no es extensible a los padres separados, ya que si bien se trata también de una situación fáctica en esto similar a la no convivencia de los progenitores extramatrimoniales, esa convivencia existió entre los cónyuges y con ella el ejercicio de la patria potestad del progenitor que, a la solicitud de otorgamiento de la tenencia, ya no comparte de hecho la guarda del hijo. Si la ley 23.264 ha incorporado normas sobre separación de hecho que elevan considerablemente su proyección reconocida por la ley, la situación no deja de darse sin intervención judicial con las consiguientes dificultades probatorias. Por ello y porque involucra un probable abandono del hijo de parte de uno de los esposos, exige las seguridades de un trámite en que la situación del menor y de ambos progenitores sea debidamente demostrada y valorada por el juzgador.

Considerando la representación del hijo actualizada en la gestión de sus bienes, la atribución judicial de la tenencia confiere seguridad al funcionario interviniente en los negocios jurídicos otorgados por el representante legal y a los terceros, que exigirán la presentación de los documentos correspondientes, sobre todo en aquellos negocios en que no se exige consentimiento conjunto.

b) *Padres extramatrimoniales*. En el caso de progenitores extramatrimoniales determinados no convivientes, la patria potestad corresponde al que tenga la guarda (art. 264, 5°, segundo párrafo). La ley exige un trámite judicial en caso de controversia entre los padres o el reconocimiento de la guarda a través de una información sumaria promovida por el que solicita la tenencia probando *prima facie* que el

22 Sobre la patria potestad y la separación de hecho en el régimen anterior a la ley 23.264: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Separación de hecho entre cónyuges*, Buenos Aires, 1978, p. 80 y ss. Para el régimen vigente: D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., p. 101 y ss.

otro no demuestra preocupación por el hijo y que éste es adecuadamente asistido por el solicitante. Pero admite también que la guarda resulte de un acuerdo de los progenitores²³. Resulta necesario que este acuerdo sea formalizado en instrumento público o privado reconocido, a los efectos indicados en el párrafo anterior, *in fine*.

7.2. *Gestión por uno de los progenitores cuando le ha sido atribuida conforme al artículo 264 ter in fine*. El artículo 264 ter regula las soluciones al desacuerdo de padre y madre en el ejercicio conjunto de la patria potestad, dando lugar a otro supuesto de suspensión de la misma²⁴, distinto en sus causas y efectos. En su última oración, el artículo citado dispone que si los desacuerdos de los progenitores fueran reiterados o concurriere otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, el juez podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones por un plazo que no ha de exceder de dos años. La causal aparece tipificada en la discordancia de opiniones de los que se encuentran en ejercicio conjunto de la potestad, no significa necesariamente que se trate de conducta dolosa de uno de ellos siendo razonable lo que expresan Bossert y Zannoni en cuanto a que “el entorpecimiento puede ser producto no de una voluntad obstruccionista sino de un mero desentendimiento o falta de cabal comprensión del interés del hijo”²⁵. Los efectos varían de acuerdo a la interpretación judicial de las circunstancias, pudiendo abarcar la suspensión total en el ejercicio o la distribución de sus contenidos entre ambos progenitores. En consecuencia, la administración de los bienes puede resultar atribuida a uno solo de ellos ya sea integrando el ejercicio de la patria potestad *in totum* o como función específicamente confiada. Dada la caracte-

²³ En igual sentido: D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., p. 111; BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 264, parágr. 34; opiniones vertidas en la reunión de expertos convocada por el Senado de la Nación, Diario de Sesiones cit.; p. 1761 y ss. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, *La reforma del régimen de patria potestad*, en Cuadernos de Familia, Vol. 2º, N° 4, octubre-diciembre de 1984, p. 19 y ss., N° 3.

²⁴ D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., com. al art. 264 ter., N° 5.

²⁵ BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 264 ter, parágr. 8.

rización de las razones que apoyan la medida, excepcional, sin duda, la conveniencia de una mejor administración de los bienes atendiendo a las cualidades de uno de los progenitores o a sus posibilidades fácticas de desempeño, es razón suficiente para otorgarle las funciones propias. No obstante la amplitud de posibilidades concretas que caben en la medida tomada por el juez, la suspensión no podría abarcar aquellos actos en que se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores, necesario aun en las hipótesis más graves de separación legal, divorcio, anulación del matrimonio, separación de hecho, no convivencia de los progenitores extramatrimoniales determinados. Una interpretación armónica de los artículos 264, inc. 2º, 264 quarter y 294 impone esta conclusión²⁶.

8. Gestión unipersonal exclusiva

8.1. *Gestión por el progenitor sobreviviente.* Por obvias razones, muerto o declarado presuntivamente fallecido uno de los progenitores, la patria potestad se concentra en el otro (art. 264, 3º dos primeros supuestos enumerados).

8.2. *Gestión por el único progenitor extramatrimonial determinado.* La patria potestad y con ella, la gestión de los bienes del menor, corresponde al progenitor extramatrimonial que reconoció al hijo o al que fue declarado padre o madre, cuando, en uno y otro caso, la única filiación determinada sea ésta (arts. 264, 4º y 6º).

El reconocimiento de la autoridad paterna al progenitor declarado en juicio es comúnmente criticada negativamente ante la razonable duda de que desempeñe sus funciones con la dedicación que reclaman, dada su renuencia a admitir la filiación. “La solución es discutible, expresa D’Antonio, pues si se ha llegado a una sentencia es porque el padre o la madre han procurado impedir la declaración, siendo

²⁶ Idem. Confr. LOPEZ FUSTER, Gustavo O. y PITRAU, Osvaldo F., *El nuevo régimen de administración paterna. Ley 23.264*, en LL 1986-B, 852 y ss. Ver infra, Cap. VII, B.

dicha conducta de por sí un elemento gravemente afligente de la persona del hijo”²⁷. Las causales de privación de la patria potestad (art. 307, en especial inc. 3º) son adecuadas para corregir las consecuencias de la atribución de la autoridad al progenitor declarado y, en materia de gestión de los bienes, es eventualmente procedente la remoción del administrador (art. 301).

8.3. *Gestión por uno de los progenitores cuando el otro se encuentra privado de la patria potestad.* Se trata de la proyección sobre la gestión de los bienes, de la privación de la patria potestad recaída sobre uno de los progenitores (arts. 304 y 307). La respectiva sentencia permitirá al otro progenitor comprobar que se encuentra en ejercicio exclusivo de la autoridad de los padres siendo el único representante del menor. La recuperación de la patria potestad se efectúa también judicialmente con la ventaja de la prueba que ello comporta.

Cabe la posibilidad de que el padre o madre privado de la patria potestad pretenda ejercerla ocultando su verdadera situación. El riesgo, que existe, no es particularmente grave porque los actos de mayor importancia, incluso patrimonial, requieren el consentimiento expreso de ambos padres teniendo así ocasión el que se encuentra en ejercicio, de poner en evidencia la sanción que afecta al otro.

8.4. *Gestión por uno de los progenitores cuando el otro se encuentra suspendido en la patria potestad (arts. 310 y 264, 3º).* La ley prevé supuestos de suspensión de la patria potestad en el artículo 309, conforme a circunstancias que dificultan o impiden su ejercicio. La patria potestad se suspende, así, para el simple ausente declarado según lo establecido en los artículos 15 a 21 de la ley 14.394 mientras dure tal situación, para el demente o sordomudo interdictos (arts. 54, 3º y 4º, 141, 153 y 154 del Código Civil), para los inhabilitados

27 D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., p. 112.

por embriaguez habitual, uso de estupefacientes y disminución de las facultades mentales (inc. 1º y 2º del artículo 152 bis) y para los penados a más de tres años (art. 12 del Código Penal).

La inhabilitación por prodigalidad no ha sido considerada causa suficiente para suspender la patria potestad del pródigo. No obstante, en cuanto a la gestión de los bienes, probablemente se exteriorizará en la ineptitud para ejercerla, que autorizaría la remoción del administrador²⁸. Esta sanción es menos grave que la que Bossert y Zannoni estiman aplicable, o sea, la privación de la patria potestad por poner en peligro los bienes del menor (art. 307, 3º)²⁹, aunque sí cabría obtener el desplazamiento del pródigo como administrador recurriendo a la distribución de contenidos de la autoridad de los padres que autoriza el artículo 264 ter *in fine* o el artículo 294, si las modalidades de actuación del pródigo se traducen en graves y persistentes desacuerdos con el otro progenitor. Pero, por estas vías, no quedaría excluido de toda forma de intervención en la administración y disposición de los bienes.

El artículo 309 incluye un caso más de suspensión de la patria potestad que se configura cuando los progenitores entregan el menor a un establecimiento de protección. En este supuesto decae la potestad de ambos progenitores quedando, por lo tanto, excluido de las situaciones consideradas en este número³⁰.

Siempre es necesaria sentencia judicial para que indirectamente pero en su consecuencia, quede suspendida la patria potestad, es decir, declaración de simple ausencia, de interdicción, de inhabilitación, sentencia penal, quedando a cubierto la certeza y preconstituídos los medios de prueba necesarios para hacer valer la vicisitud que afecta a la patria potestad de uno de los padres y determina el ejercicio exclusivo del otro. La comprobación del cese de la ausencia, el levanta-

28 *Infra*, N° 125.

29 BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 309, parágr. 4.

30 *Infra*, C.

miento de la interdicción o de la inhabilitación y el cumplimiento de la pena o sus sustitutivos, se producen mediante resolución judicial con análogos efectos en cuanto a la prueba de la reasunción de la potestad por el interesado.

El demente no declarado no es suspendido en el ejercicio de la potestad. Procede la solución del artículo 264 *ter in fine* (causa grave que lo entorpece). El consentimiento del enfermo para los negocios jurídicos celebrados por el progenitor sano sería, probablemente, anulable por falta de discernimiento, de manera que la dificultad ha de resolverse por la actuación prácticamente exclusiva del apto, pero la imposibilidad fáctica del consentimiento del demente deberá suplirse mediante la intervención judicial, como si se tratara de un supuesto de desacuerdo paterno-materno.

B) SEGUN EL REGIMEN ESPECIFICO DE LA GESTION

1º) Gestión por ambos progenitores.

9. Regla

El párrafo inicial del artículo 294 sienta la regla de la “administración” conjunta de los progenitores que se encuentran ambos en ejercicio de la patria potestad. Es acertado interpretar que el término “administración” puede ser comprendido con dos alcances: primero, el de gestión de los bienes abarcando la celebración de todo tipo de actos de administración y de disposición y, segundo, el de sinónimo de “celebración de actos de administración”.

El principio establecido se deduce del que es básico en la institución de la patria potestad: su ejercicio conjunto. Podría haberse suprimido limitándose la norma a explicitar las excepciones.

2º) Gestión unipersonal con elementos de gestión conjunta

10. Supuestos

La gestión de los bienes por uno solo de los padres que se encuentran en ejercicio de la patria potestad puede originarse en dos fuentes, a saber: el acuerdo de aquéllos o la resolución judicial.

10.1. *Acuerdo de los padres.* Conforme al artículo 294, primera oración del segundo párrafo, los padres pueden designar de común acuerdo a uno de ellos administrador de los bienes de los hijos.

El texto no establece la forma del acuerdo y su consiguiente medio de prueba. Tratándose de una excepción a la regla de la gestión conjunta, debería exigirse, por aplicación de principios generales, una formalidad que reúna la caracterización de la exigida para el negocio en que se hace valer, pero ello no es realmente necesario en cuanto a los negocios de administración que son, por lo general, no formales. Para D'Antonio, la designación de administrador no requiere formalidades específicas, a pesar de que una designación documentada redundaría en beneficio de terceros³¹.

La "posibilidad de delegar la administración de los bienes de los menores, escribe Lloveras, resulta altamente positiva por las exigencias del tráfico jurídico... De tal suerte que creemos que el ejercicio compartido de la patria potestad exigirá, en el mayor número de los casos, que los progenitores se pongan de acuerdo en delegar uno de ellos la función de administrador, facilitando así la tarea en beneficio del propio hijo"³².

10.2. *Resolución judicial.* La última oración del segundo párrafo del artículo 294 autoriza a que cualquiera de los progenitores solicite al juez la designación de uno de ellos como administrador, en caso de graves y persistentes desacuerdos sobre la administración de los bienes.

31 D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., com. al art. 294, N° 3.

32 LLOVERAS, *op. cit.*, com. al art. 294, 1.

Es obvio que la redacción es similiar pero no idéntica a la del artículo 264 ter en su parte pertinente. En el artículo 294 se circunscriben los “graves y persistentes desacuerdos” a la administración de los bienes. En el artículo 264 ter, se consideran los “desacuerdos reiterados” o el entorpecimiento grave del ejercicio de la patria potestad, lo que alcanza a los aspectos patrimoniales pero los excede. La disposición del artículo 264 ter viene a cumplir el rol de regla, una de cuyas aplicaciones expresamente prevista hace a la administración de los bienes. Cabría preguntarse si desacuerdos reiterados en cuestiones ajenas a lo estrictamente patrimonial autorizarían a una división de funciones de la patria potestad que confiriera la administración a uno de los progenitores. Es razonable suponer que sí, con tal de que en el estudio de la situación de conflicto planteada al juez, la incidencia aun eventual de la discordancia sobre lo patrimonial revista relevancia que lo justifique. Se ha expresado ya, por otra parte, que la sola conveniencia de atender a las mejores aptitudes de un progenitor justifica atribuirle la administración.

Es indiscutible que la atribución de la administración a uno de los padres que se encuentra en ejercicio de la patria potestad conjuntamente con el otro encuentra dos vías de acceso, según lo expuesto, a saber: la aplicación de la norma del artículo 294 que es específica, y la del art. 264 ter que, por las variables posibles de su comprensión, puede limitarse exclusivamente a la administración. La diferente configuración de las causales no se proyecta sobre los efectos esenciales aunque también en éstos se dan desigualdades, pues en el supuesto del artículo 264 ter, debe fijarse un término aplicándose el de dos años, mientras que no hay límites para la normativa del artículo 294. López Fuster y Pitrau destacan otra distinción importante: las partes han de solicitar que se ponga en juego lo previsto en el artículo 294 mientras que la distribución de contenidos de la patria potestad del artículo 264 ter procede aun de oficio³³.

33 LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, *loc. cit.*

10.3. *Comprensión de la atribución de la administración.* Tanto el acuerdo como la atribución judicial de la administración, pueden recaer sobre la totalidad o parte de los bienes del menor, o confiarse la de algunos al padre y la de otros, a la madre³⁴.

10.4. *Delimitación de la gestión unipersonal.* La administración acordada o atribuida no abarca toda la actividad jurídica sobre los bienes. Por esa razón se la ha considerado “gestión unipersonal con elementos de gestión conjunta” con precisiones que se formulan infra en el capítulo VII, B.

3º) Gestión unipersonal exclusiva

11. Variantes

La gestión unipersonal exclusiva puede estar circunscripta a determinados bienes o comprender su totalidad.

11.1. *Gestión unipersonal exclusiva total.* El artículo 303 se refiere a los efectos de la remoción de uno de los padres de la administración de los bienes, cuyas causas figuran en los artículos 301 y 302, fijándose en los siguientes términos: “Removido uno de los padres de la administración de los bienes, ésta corresponderá al otro...”

Bossert y Zannoni interpretan que el consentimiento del removido de la administración es necesario para los negocios incluidos en el inciso 6º del artículo 264 quater por su especial trascendencia y porque la conveniencia de que no siga administrando los bienes del hijo es independiente de la garantía que para éste significa su intervención, de manera que sólo podrá prescindirse de él para los nego-

³⁴ BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 294, parágr. 8, LOPEZ FUSTER y PITRAU recién cit.

cios jurídicos que no entren en la comprensión del mencionado texto³⁵. Análoga interpretación es sustentada por Lloveras y por Gowland³⁶.

A nuestro entender, el desplazamiento del progenitor removido de la administración alcanza a todo lo relativo a la gestión de los bienes del hijo.

El interés del menor encontrará protección adecuada en la autorización judicial que el único administrador necesitará para los negocios de mayor importancia. Especialmente, el resto del artículo 303 confirma esta interpretación. Prevé, en efecto, la remoción de ambos progenitores y encarga al juez, en la hipótesis, la designación de un tutor especial, lo que significa que corresponde a éste la gestión de los bienes de su pupilo en todos los aspectos, sin ningún tipo de intervención de los progenitores, con el régimen de la tutela que, precisamente, exige autorización judicial para los actos jurídicos de relevancia.

Según Belluscio, la administración por los padres concluye con su remoción³⁷.

11.2. *Gestión unipersonal exclusiva parcial.* Conforme al artículo 293, la gestión de los bienes heredados por el hijo en virtud de indignidad o desheredación de uno de sus progenitores, o heredados, legados o donados con la condición expresa que uno de ellos no los administre, caen en la gestión del otro progenitor, con idénticas precisiones a las enunciadas en el párrafo anterior.

35 BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 303.

36 LLOVERAS, *op. cit.*, com. al art. 303; GOWLAND, Alberto Jorge, *Patria potestad, notas a la ley 23.264*, en LL 1986-D, 1156, VII, 4, d).

37 BELLUSCIO, *Manual cit.*, 4a. ed., *loc. cit.*, 553. Ver la exposición de estos puntos en: *Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado*, Director: BELLUSCIO, Coordinador: ZANNONI, Buenos Aires, 1986, com. al art. 303 de la ley 23.264, parágr. 1.

C) GESTION POR UN TERCERO

Remisión³⁸

Los bienes del menor estarán sometidos a la gestión de un tercero en los casos en que procede la tutela: aquél en que carecen de patria potestad por muerte probada o presunta de ambos progenitores, o la privación o suspensión de la patria potestad que hubiera recaído sobre ellos, procediendo la designación de tutor general (arts. 377, 310 y 264 bis). Las situaciones que inciden sobre aspectos de la autoridad paterno-materna pueden determinar la necesidad de designar tutor especial: así sucede cuando ha decaído la facultad de administrar los bienes de ambos padres o del único que la tenía a su cargo, cuando uno y otro son indignos o desheredados en la misma sucesión, o el hijo ha recibido liberalidades bajo la condición de no ser administrados por ellos.

La ley 23.264 incluye dos supuestos de tutela general legal: el de los hijos de progenitores extramatrimoniales menores de edad no emancipados, para cuya tutela se prefiere a quien ejerza la patria potestad sobre aquel de los padres que tenga al hijo bajo su cuidado y amparo, aunque el otro se emancipe o llegue a la mayoría de edad (art. 264 bis); y el de los hijos entregados por sus padres a un establecimiento de protección de menores (art. 309, segundo párrafo).

A falta de tutela legal, los menores quedan bajo el patronato del Estado nacional o provincial (art. 310, extensivo a todos los supuestos de procedencia de tutela general).

El artículo 303 contempla especialmente las consecuencias de la remoción del administrador de los bienes: afectando a los dos padres procede la designación de tutor especial.

La representación del *nasciturus* procede en los términos del artículo 57 del Código Civil, inciso 1°.

³⁸ El tema excede los límites de esta obra. Ver BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 309, parágr. 6 y com. al art. 310; D'ANTONIO, *Derecho de Menores cit.*, Cap. IX; BELLUSCIO, *Manual cit.*, 4a ed., T. II, Cap. XLII.