

CAPÍTULO IV CARACTERES Y REQUISITOS

A) CARACTERES

16. La gestión de bienes integra el Derecho de Familia a través de la patria potestad
17. La gestión de bienes participa de los caracteres del Derecho de Familia patrimonial
18. El régimen legal de gestión de bienes es de orden público
19. La gestión de bienes constituye un derecho subjetivo y un deber de los progenitores
20. La gestión de los bienes se ejerce en representación del hijo
21. La gestión de bienes se encuentra legalmente organizada
22. La gestión de bienes es conjunta con posibilidades de gestión indistinta
23. El rol judicial en la gestión

B) REQUISITOS

1º) Inventario

24. Principio
25. Inventario obligatorio
26. Supuesto legal
27. Derecho proyectado
28. Derecho positivo extranjero

2º) Rendición de cuentas

29. Principio
 30. Excepción
 31. Jurisprudencia
 32. Derecho positivo extranjero
- #### 3º) Otros recaudos legales
33. Su inexistencia

Capítulo IV

CARACTERES Y REQUISITOS

SUMARIO: A) Caracteres. 16. La gestión de bienes integra el Derecho de Familia patrimonial a través de la patria potestad. 16.1. Otro contenido patrimonial de la patria potestad: el usufructo. 17. La gestión de bienes participa de los caracteres del Derecho de Familia patrimonial. 18. El régimen legal de gestión de bienes es de orden público. 19. La gestión de bienes constituye un derecho subjetivo y un deber de los progenitores. 20. La gestión de bienes se ejerce en representación del hijo. 21. La gestión de bienes se encuentra legalmente organizada. 22. La gestión de bienes es conjunta con posibilidades de gestión indistinta. 23. El rol judicial en la gestión. B) Requisitos. 1º) Inventario. 24. Principio. 25. Inventario obligatorio. 26. Supuesto legal. 26.1. Carácter de la norma. 26.2. Término y forma. 26.3. Efectos. 26.4. Sanción. 26.5. Justificación y eficacia práctica. 26.6. Inventario y sucesión del progenitor premuerto. 27. Derecho proyectado. 27.1. Proyectos de reforma del Código Civil. 27.2. Proyecto de reforma de la ley de matrimonio civil. a) Caso de divorcio vincular. b) Caso de fallecimiento de un progenitor y de anulación del matrimonio. 28. Derecho positivo extranjero. 2º) Rendición de cuentas. 29. Principio. 30. Excepción. 31. Jurisprudencia. 32. Derecho positivo extranjero. 3º) Otros recaudos legales. 33. Su inexistencia.

A) CARACTERES

16. La gestión de bienes integra el Derecho de Familia a través de la patria potestad

La gestión de los bienes de los hijos menores es uno de los contenidos de la patria potestad. Es lógico que así sea para satisfacer la necesidad de aquéllos, imposibilitados por razones de hecho para asumirla eficazmente e incapaces de obrar. Por esta razón aparece ubicada dentro de la regulación de la autoridad de los padres. Por tratarse de un aspecto de la patria potestad y por abarcar derechos y deberes patrimoniales, forma parte del Derecho de Familia patrimonial⁶³.

Se ha señalado que no es un atributo esencial dentro de la patria potestad que puede existir sin incluirla⁶⁴. Efectivamente, la gestión de los bienes es susceptible de recaer sobre uno solo de los progenitores sin más consecuencias que afecten la patria potestad del otro. Recordando lo ya explicitado⁶⁵ sucede así cuando se la ha distribuido conforme a lo dispuesto en el artículo 264 *ter in fine* atribuyéndose la administración a uno de los padres, o cuando lo han acordado éstos o ha sido resuelto judicialmente según los términos del artículo 294, o cuando uno de ellos está excluido de la gestión de ciertos bie-

⁶³ BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 293, N° 3; GUASTAVINO, Elías P., *Derecho de Familia patrimonial. Bien de Familia*, 2a. ed. (Santa Fe, 1984), N° 32, d.

⁶⁴ MACHADO, *op. cit.*, T. I, nota al art. 293, p. 528; BUSSO, *op. y loc. cit.* com. al art. 293, 7.

⁶⁵ *Supra*, Cap. II.

nes (art. 293, inciso 1 y 2), o finalmente, cuando también uno solo ha sido removido de la gestión (art. 301).

Estas razones no obstan a que la gestión integre los contenidos esenciales de la autoridad parental. Se trata de excepciones que no llegan a afectar la regla consagrada en el artículo 293 *ab initio*, además de que no siempre comportan la total desvinculación del no administrador del aspecto patrimonial de la potestad, puesto que aquélla solamente se produce en los dos últimos casos enumerados en el párrafo anterior⁶⁶.

16.1. *Otro contenido patrimonial de la patria potestad: el usufructo.* El otro contenido patrimonial de la patria potestad es el usufructo de los padres sobre los bienes de los hijos. Administración y usufructo no coinciden en sus sujetos titulares y objeto. Efectivamente, los padres extramatrimoniales sólo gozan del usufructo cuando han reconocido al hijo y no cuando han sido declarados tales, encontrándose equiparada la posesión de estado demostrada en juicio al reconocimiento voluntario (art. 287 y 256). En cuanto al objeto, los progenitores no usufructúan los bienes adquiridos mediante el trabajo del menor, su empleo, profesión o industria, aunque vivan en casa de sus padres (art. 287, 1º), situación que no se encuentra expresamente prevista en cuanto a la administración.

En los restantes bienes excluidos de la administración paterno-materna y del usufructo, las normas son concurrentes (art. 287, inc. 2º y 3º y art. 293)⁶⁶⁻¹.

17. La gestión de bienes participa de los caracteres del Derecho de Familia patrimonial

Jerárquicamente, los aspectos personales del Derecho de Familia son superiores a los patrimoniales. “Tal superioridad, escribe Guasta-

⁶⁶ Infra, Cap. VII.

⁶⁶⁻¹ Infra, Cap. X.

vino, es uno de los caracteres del Derecho de Familia, y su fundamento radica en que humanamente los medios económicos no son sino los instrumentos útiles para alcanzar las verdaderas finalidades, de naturaleza metaeconómica”. Se atribuyen, continúa, “a fin de satisfacer el interés familiar más que los intereses individuales; por ello se estructuran diversamente de los derechos patrimoniales ordinarios”⁶⁷.

Considerando la gestión de bienes comparativamente con los contenidos que hacen al cuidado de la persona de los hijos y a su educación, es evidentemente secundaria, además de no generalizada por no estarlo la propiedad de bienes por los menores de edad.

En consecuencia, hay una subordinación de los aspectos patrimoniales a los personales y, en el conjunto, de todos ellos a la finalidad última y única de la patria potestad, que es la protección y formación integral de los hijos tal como consagra el artículo 264.

18. El régimen legal de gestión de bienes es de orden público

El régimen de gestión de bienes de los hijos menores participa del carácter de orden público propio de la patria potestad⁶⁸. De ahí que se encuentra más allá de las convenciones de los particulares, incluidos los mismos padres (arts. 21 y 872). Las posibilidades abiertas por la ley 23.264 en su artículo 294, no alteran esta característica de la gestión, pues sólo concretan una norma también legal con límites definidos. Es decir, cabe el acuerdo para atribuir la gestión de los bienes a uno solo de los progenitores en ejercicio de la patria potestad, por expresa permisión legal, pero aquéllos no están admitidos a

⁶⁷ GUASTAVINO, *op. cit.*, N° 30.

⁶⁸ BORDA, *Familia cit., loc. cit.*, N° 844; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 600; BUSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 264, N° 39 y, en especial para la administración, com. al art. 293, N° 9.

efectuar dicha delegación a favor de terceros⁶⁹ ni a modificar el régimen a que el derecho positivo sujeta la administración y disposición del patrimonio del menor.

19. La gestión de bienes constituye un derecho subjetivo y un deber de los progenitores

Como los restantes derechos-deberes que integran el complejo de la patria potestad, la administración de los bienes del hijo menor constituye un derecho subjetivo familiar de los progenitores que la ley les reconoce, y un deber jurídico que les impone. Le es aplicable lo que se puede predicar de todos los derechos subjetivos familiares: que en ellos el interés protegido coincide con el interés de otro sujeto que priva en la valoración, presentando la yuxtaposición del deber jurídico exigible por el titular de ese interés más valioso, apto para ser actualizado por sí mismo o por quien asuma su representación o tenga a su cargo protegerlo, incluida la autoridad competente en supuesto de conflicto. Pero la simple idea de yuxtaposición del derecho subjetivo y del deber jurídico no agota la singularidad de la especie sino que ha de ponerse de relieve la relación de medio a fin entre el derecho subjetivo del progenitor o progenitores a la gestión de los bienes con respecto al derecho del hijo a que su patrimonio sea conservado, administrado y eventualmente incrementado, que se proyecta sobre los padres configurando el deber jurídico señalado⁷⁰.

⁶⁹ La gestión es intransferible, sin perjuicio de la contratación de mandato para ciertos y determinados actos jurídicos bajo la dirección y dependencia de los progenitores: BORDA, *Familia cit., loc. cit.*, N° 878; BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 293, N° 8.

La delegación de la patria potestad o de algunos de sus contenidos es rechazada en el derecho extranjero. Véanse, precisamente porque lo admiten como medida en protección del menor, los arts. 21 a 23 del Código de Menores de Brasil (ley del 10 de octubre de 1979, N° 6697).

⁷⁰ MENDEZ COSTA, María Josefa, *De los derechos subjetivos familiares y de su recto ejercicio*, en *Estudios de Derecho Privado en homenaje a Pedro León*, Córdoba, 1976, p. 346 y ss., en especial III, 2°. Que la administración es un derecho y un deber: MAZZIN-GHI, *op. y loc. cit.*, N° 630.

El dinamismo de la gestión organizado por la ley responde a esta caracterización pues rodea a la intervención de los padres de requisitos que tienden a asegurar el cumplimiento más acorde posible con los intereses del menor.

Es obvio que puede incurrirse en abuso del derecho en la administración de los bienes⁷¹.

20. La gestión de los bienes se ejerce en representación del hijo

La administración y disposición de los bienes de los hijos apelan al ejercicio de su representación. En otros términos, los artículos 293 y siguientes se articulan sobre el artículo 57, inciso 2° que confiere a los padres la representación de los menores no emancipados. Sin embargo, no todo el cuidado de los bienes requiere la actuación en nombre y representación del hijo ya que la representación es indispensable para la celebración de negocios jurídicos y hay formas de cuidado y atención de los bienes que no exceden el plano de los simples actos voluntarios. Por otra parte, la representación sobrepasa los límites de la gestión de los bienes abarcando todo tipo de intereses del hijo, extrajudicial o judicialmente, conforme al artículo 274 del Código Civil no afectado por la ley 23.264, del siguiente tenor: “Los padres, sin intervención alguna de sus hijos menores, pueden estar en juicio por ellos como actores o demandados, y a nombre de ellos celebrar cualquier contrato en los límites de su administración señalados en este Código”.

También en cuanto a la gestión de los bienes, la representación es necesaria y universal, registrándose limitadas excepciones en cuanto a los bienes que abarca y los negocios comprendidos o los requisitos con que deben celebrarse.

⁷¹ Para el derecho argentino anterior a la ley 23.264: MENDEZ COSTA, María Josefa, *Del abuso del derecho en las relaciones de familia*, en *Boletín del Instituto de Derecho Civil* N° 7, Santa Fe, 1965, p. 7 y ss., Cap. X.

21. La gestión de bienes se encuentra legalmente organizada

Un conjunto importantísimo de textos del Código Civil, desde el 293 al 304, organiza la gestión de bienes de los hijos por sus padres. Esto confiere carácter legal a la administración (el artículo 293 aplica a los padres la denominación de “administradores legales”) pero no significa desconocer que “por debajo del carácter legal, hay una realidad natural, que el derecho asume, y es que el padre, por la relación que tiene con su hijo menor de edad, está facultado para actuar en su nombre y representación, porque sólo así puede amparar sus intereses”. Pluralizando (padre y madre), el precedente concepto de Mazzinghi es ajustado a la legislación actual⁷².

A la representación legal de los hijos se aplican supletoriamente las reglas del mandato en virtud de un principio general establecido en la regulación de este contrato (art. 1870, inciso 1°), siempre sin desmedro de lo específico de la gestión paterno-materna, es decir, “en tanto no se opongan, desde luego, a las especiales que la rigen y se avengan con las particularidades que le imprime el hecho de formar parte del derecho de familia, y de derivarse de la potestad paterna”⁷³. Por ejemplo, la gestión de los padres excede a la celebración de actos de administración, a pesar de lo previsto en el artículo 1880.

⁷² MAZZINGHI, recién cit., N° 626.

⁷³ BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 293, N° 4. La aplicación subsidiaria del mandato es recordada por toda la doctrina: BORDA, *Familia cit., loc. cit.*, N° 879; MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 630; ZANNONI, *op. y loc. cit.*, parágr. 1014; D'ANTONIO, *Nuevo régimen cit.*, com. al art. 264, N° 6.

El proyecto de unificación de la legislación civil y comercial sustituye los artículos 1860 a 2050 del Código Civil.

El precepto más similar al inciso 1° del artículo 1870, es el artículo 1919: “Las disposiciones sobre mandato, incluyendo las que se refieren a la rendición de cuentas, se aplicarán por analogía a las representaciones, corretajes y a todas las relaciones fiduciarias”.

Esta observación es válida para todas las referencias que se hacen en adelante al artículo 1870, mencionándose en los mismos que no figura textualmente en el mentado proyecto.

El artículo 1880 citado al final del párrafo tiene su equivalente en el artículo 1885 del proyecto.

22. La gestión de bienes es conjunta con posibilidades de gestión indistinta

La calificación de conjunta, indistinta o compartida, aplicada a la patria potestad o a sus contenidos, conlleva la apreciación personal de quien la formula y es evidentemente relativa. “Conjunta” y “compartida”, por ejemplo, pueden significar lo mismo.

Es preciso, entonces, conceptualizar los alcances que se les da, porque si bien lo que realmente importa es caracterizar la patria potestad y el régimen de gestión aunque no pueda ser encasillado en una de estas calificaciones, es cierto también que la determinación de la regla provee de la pauta adecuada y útil para resolver los casos dudosos.

Entendiendo que “indistinta” significa tanto como facultad de cada uno de los progenitores independiente del otro, la gestión de bienes es indistinta conforme a la regla del artículo 293 (“Los padres son los administradores...”), armónica con lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 57 y en el artículo 274. Esta gestión indistinta, sin embargo, se encuentra sumamente limitada por los contenidos de los incisos 6º y 7º del artículo 264 quater, la norma del párrafo inicial del artículo 294 (“La administración de los bienes será ejercida en común por los padres cuando ambos estén en ejercicio de la patria potestad”) y la comprensión expresa que confiere a esa administración indistinta la segunda oración del mismo párrafo (“Los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por el padre o la madre”). Incluso la atribución de la administración a uno de los progenitores no lo substraerá al requisito del consentimiento expreso del otro para los actos que necesiten autorización judicial (art. 294, segundo párrafo). Estas observaciones conducen a aceptar como regla, la gestión conjunta, es decir, de ambos progenitores obrando de común acuerdo.

La conclusión que antecede no se basa exclusivamente en el mayor número de negocios que exigen la intervención de ambos progenitores ni en su mayor trascendencia jurídica y económico-patri-

monial. En la gestión de bienes de los cónyuges, se ha optado por calificarla como separada con elementos de gestión conjunta aunque también los negocios que requieren intervención de marido y mujer son los más importantes (actos de disposición sobre inmuebles o muebles registrables y transformación y fusión de sociedades de personas) porque en el caso de los esposos, la iniciativa y el consentimiento en los negocios jurídicos incluidos en el artículo 1277 depende de la voluntad del cónyuge titular de los derechos sobre el bien afectado, necesitándose solamente que su cónyuge exprese su conformidad (“asentimiento”)⁷⁴.

En el caso de los progenitores que actúan en la gestión de bienes de sus hijos menores, ambos deben estar de acuerdo en promover el negocio y en consentir en él. No se trata de dos expresiones de voluntad de distinto signo: son dos expresiones de voluntad del mismo contenido, sentido y eficacia que convergen integrándose.

En consecuencia, no es extensible a la gestión de los bienes lo que puede precisarse de la patria potestad en general acentuando que su ejercicio es un ejercicio conjunto que, en la práctica, funciona de modo similar al ejercicio indistinto en virtud de la presunción de que los actos realizados por uno de los padres cuentan con el consentimiento del otro (art. 264, 1º)⁷⁵ pues precisamente la administración y disposición de los bienes queda fuera de la citada presunción⁷⁶.

El adjetivo “conjunta”, a nuestro modo de ver, trasunta más exactamente la cualidad definitoria del régimen que el calificativo

⁷⁴ MENDEZ COSTA, LORENZO DE FERRANDO, CADOCHÉ DE AZVALINSKY, D'ANTONIO, FERRER, ROLANDO, *Derecho de Familia*, T. I, Santa Fe, 1982, Cap. VI, Nº 118 y ss. y sus referencias.

⁷⁵ BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 264, parágr. 14.

⁷⁶ *Idem*, com. al art. 264 quater, parágr. 3.

“compartida”⁷⁷. Lo “compartido” puede ser “repartido o dividido”, lo “conjunto” no, porque es el resultado de la agregación de varios factores o elementos. Y si la gestión puede ser distribuida en los supuestos previstos en los artículos 264 ter y 294, ello constituye la excepción, es de consecuencias muy limitadas expresamente dispuestas y no obvia la necesaria conjunción de voluntades de los padres en las hipótesis de mayor importancia.

Siendo regla la administración conjunta, las excepciones han de encontrarse explícitamente establecidas y son de interpretación restrictiva.

23. El rol judicial en la gestión

La gestión de bienes de los menores por sus padres no está completamente caracterizada si no se consideran las atribuciones judiciales al respecto. La intervención judicial se exterioriza en distintas figuras: la autorización requerida en numerosos negocios jurídicos (arts. 264 quater, 6º, 297, segundo párrafo, 298); la superación del desacuerdo de los progenitores (arts. 264 ter, 264 quater *in fine*); la atribución de la administración a uno de ellos (arts. 264 ter *in fine*, 294); la remoción del administrador (art. 301); la aplicación de medidas que, recayendo sobre la patria potestad, inciden sobre la gestión (arts. 307, 309, segundo párrafo).

⁷⁷ Es el calificativo que aplican D'ANTONIO (*Nuevo régimen cit.*, com. al art. 293, Nº 1), LLOVERAS (*op. cit.*, com. al art. 294, siendo también el que aplica a la patria potestad en sí misma) LOPEZ FUSTER y PITRAU (*op. cit.*, III, A).

Respondiendo a una consulta formulada por la Hble. Cámara de Senadores de la Nación durante el trámite previo a la sanción por la misma de los proyectos de filiación y de patria potestad, expusimos nuestra preferencia por la expresión “compartida” frente a “conjunta”. En el texto optamos por ésta entendiendo que se ajusta mejor a la caracterización del régimen instaurado por la ley 23.264 (el dictamen cit. ha sido publicado en el Diario de Sesiones del 5 de setiembre de 1984, p. 1773 y 1778).

Para la Dra. Lloveras, el ejercicio compartido de la patria potestad se concreta en dos formas: el ejercicio conjunto y el ejercicio indistinto (*op. cit.*, com. al art. 264, general e inc. 1, Nº 2 y 3 y texto anterior).

La intervención del Ministerio Pupilar está expresamente prevista en el artículo 264 ter, debiendo tenerse en cuenta su función genérica de contralor de acuerdo al artículo 59 del Código Civil.

B) REQUISITOS

1º Inventario

24. Principio

No se exige inventario de los bienes que los padres administran. Estos entran en el ejercicio de la gestión simultáneamente con la incorporación de los mismos al patrimonio de los hijos.

25. Inventario obligatorio

El artículo 296 establece el único supuesto de exigencia expresa de la formación de inventario con proyección sobre los bienes de los menores sometidos a la gestión paterno-materna⁷⁸.

26. Supuesto legal

El progenitor matrimonial sobreviviente (por muerte probada o presunta del otro) está obligado a inventariar los bienes gananciales.

26.1. *Carácter de la norma.* El progenitor supérstite se encuentra constreñido por el deber jurídico de efectuar el inventario. En cuanto a la adjudicación a los hijos, debe tenerse en cuenta la prohibición de partir privadamente la herencia del otro progenitor (art. 297).

⁷⁸ La opinión doctrinaria y jurisprudencial es prácticamente uniforme; en cuanto a los aspectos considerados desde el N° 25.1 al 25.5 inclusive, puede verse MACHADO, *op. cit.*, T. I., nota al art. 296, p. 542; LLERENA, *op. cit.*, T. I, com. al art. 193; BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 293; BORDA, *Familia cit., loc. cit.*, Nros. 942 y ss.; MAZZIN-GHI, *op. y loc. cit.*, N° 632; D'ANTONIO, *Patria potestad cit.*, parágr. 58 y jurisprudencia cit. por estos autores.

26.2. *Término y forma.* El término es de tres meses a contar desde el deceso del cónyuge o, para Machado y Busso, desde que el sobreviviente tuvo conocimiento del fallecimiento⁷⁹. Los jueces aplican el plazo sin estrictez y se considera suficiente con que se haya iniciado el inventario durante su transcurso.

Ha de inventariarse judicialmente con intervención del Ministerio Pupilar⁷⁹⁻¹.

26.3. *Efectos.* La realización del inventario ha perdido trascendencia como requisito previo a la entrega de los bienes al administrador pues el sobreviviente ha compartido la gestión con el difunto hasta su muerte. También continúa en el usufructo produciéndose su asunción del todo del derecho, hasta que se haga efectiva la sanción que corresponda.

26.4. *Sanción.* El padre o madre que omitió realizar el inventario en el plazo legal, pierde el usufructo de todos los bienes de los hijos, no solamente de los recibidos en la sucesión del progenitor fallecido. Como es lógico, la sanción debe ser aplicada judicialmente, a pedido del Ministerio de Menores⁸⁰, justificándose la conducta remisa si obedeció a razones de fuerza mayor, enfermedad, ausencia, cuestiones prejudiciales o de hecho que obstaculizaron cumplir en término y que el interesado deberá probar.

26.5. *Justificación y eficacia práctica.* La obligación de inventariar no está impuesta a los efectos de hacer efectiva la responsabilidad

⁷⁹ MACHADO recién cit.; BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 296, N° 14.

⁷⁹⁻¹ Ver BUSSO recién cit., N° 18.

⁸⁰ También de cualquier interesado: BUSSO recién cit., N° 12, siguiendo a MACHADO, *op. y loc.* últimamente cit..

del administrador⁸¹. Si así fuera, no se comprendería por qué se exige solamente con respecto a los ex-gananciales y no en otros supuestos en que los menores pueden ser llamados a adquirir bienes cuantiosos, a veces universalidades de hecho de compleja integración, por ejemplo una empresa, una hacienda.

Esto induce a encontrar un fundamento distinto que no puede ser otro que el de evitar la confusión de los bienes⁸², fácil de producirse por la disolución de la sociedad conyugal al caer en condominio entre el sobreviviente y los hijos, la totalidad de los gananciales, ya sean de titularidad originaria de aquél como del difunto.

Establecer claramente cuáles son los bienes que ahora pertenecen al viudo o viuda y cuáles a los hijos del matrimonio, es de suma importancia en cuanto a la gestión de dichos bienes y a la ejecutabilidad por deudas. Pero cabe interrogarse si el inventario es, por una parte, necesario a ese fin y, por otra, suficiente.

Algunos autores estiman que no es necesario en el caso de inmuebles o muebles registrables, bastando con la inscripción en los registros respectivos a nombre de los menores⁸³. Esta conclusión es correcta ya sea que figuren a nombre exclusivo de los hijos o que queden inscriptos a nombre del cónyuge superviviente, en su calidad de miembro de la sociedad conyugal, y de los hijos, en su calidad de herederos, exteriorizando el condominio surgido entre ellos. En el primer supuesto, se ha ido mucho más allá del inventario porque se ha efectuado la partición, al menos, de la sociedad conyugal, por cuanto el consorte está excluido de heredar sobre los gananciales que corresponden a la parte del causante en la división de éstos. Los efectos de

81 BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 296, N° 8.

82 La confusión puede, lógicamente, facilitar que el administrador eluda el control judicial: BORDA, *Familia cit., loc. cit.*, N° 942; MAZZINGHI, *op. y loc. últimamente cit.*

83 BORDA recién cit.; en contra: MAZZINGHI recién cit.

la inscripción son más decisivos que los del inventario, aunque sea judicial, porque confiere la necesaria publicidad para la oponibilidad a terceros.

26.6. Inventario y sucesión del progenitor premuerto. Sobre el tema del inventario incide la prohibición de la partición privada de la herencia cuando se trata de la del progenitor premuerto (art. 297, primer párrafo), regla que se aplica también a la división de la sociedad conyugal (art. 1313). Debiendo ser judicial la partición, habrá siempre inventario judicial y no solamente de los gananciales sino de todos los bienes del acervo.

El padre o madre sobreviviente no está obligado a promover la partición, como lo están los tutores (art. 436), de manera que el mantenimiento de hecho de la indivisión postsocietaria-hereditaria puede prolongarse en el tiempo si no hay un legitimado que inste la partición.

27. Derecho proyectado

27.1. Proyectos de reforma del Código Civil. Con variantes, ya sea confiriendo mayor extensión a la exigencia de inventario o disminuyendo la sanción, el contenido del artículo 296 aparece en los tres proyectos de reforma del Código Civil. El de 1954 propone bajo el número 562: “Dentro de los noventa días subsiguientes al deceso de uno de los padres, el supérstite deberá levantar inventario judicial de los bienes de la sociedad conyugal formada con el causante, así como de los bienes particulares dejados por éste”.

No hubo ninguna propuesta de reforma del artículo 296 durante el trámite de la ley 23.264.

27.2. Proyecto de reforma de la ley de matrimonio civil. En el transcurso del período de sesiones ordinarias del año 1986, la Cámara de Diputados de la Nación dió media sanción a un proyecto de reformas a la ley 2393 que, entre otras innovaciones, introducía el di-

vorcio vincular. Dos preceptos de este cuerpo legal se refirieron expresamente al inventario de los bienes de los hijos.

a) *Caso de divorcio vincular*. El artículo 207 proponía: “Dentro de los seis meses de quedar firme la sentencia de divorcio, el cónyuge que ejerza la patria potestad está obligado a hacer inventario judicial de los bienes de los hijos, bajo sanción de perder el usufructo legal. Mientras no cumpla esta obligación no puede contraer nuevo matrimonio, pero si no obstante se casase, los nuevos cónyuges serán solidariamente responsables por el valor de los bienes no inventariados”.

En el informe que acompañó al dictamen por mayoría de la Comisión de la Cámara de Diputados, se mencionó como fuente al Código Civil peruano, cuyo artículo 441 establece: “El cónyuge que ejerza la patria potestad después de disuelto el matrimonio, está obligado a hacer inventario judicial de los bienes de sus hijos, bajo sanción de perder el usufructo legal. Mientras no cumpla con esta obligación, no puede contraer nuevo matrimonio”.

b) *Casos de fallecimiento de un progenitor y de anulación del matrimonio*. El artículo 296 del Código Civil era reemplazado por el siguiente texto: “En los seis meses subsiguientes al fallecimiento de cualquiera de los padres o de la anulación del matrimonio de los mismos, el que ejerza la patria potestad deberá hacer inventario judicial sobre los bienes de sus hijos en la forma y con las consecuencias previstas en el artículo 207”.

Las diferencias con el texto vigente eran: el término para inventariar, extendido de tres meses a seis; las hipótesis incluidas, pues lo estaba la anulación del matrimonio no previsto en el actual; la comprensión del inventario que no cubría solamente los gananciales atribuidos al difunto en la partición de la sociedad conyugal y heredados por los hijos, sino todos los bienes de éstos, lo que era particularmente importante en el caso de anulación del vínculo porque no hay entonces transmisión de bienes a los hijos por esa causa. Aparece indiscutible que el fundamento de la norma se vinculaba con la asunción

de la gestión por uno solo de los progenitores, consecuencia que acompaña a la muerte del otro pero no a la anulación conforme al derecho actualmente vigente, puesto que esa hipótesis está prevista en el artículo 264 quater como una de aquellas en que se exige el consentimiento expreso de ambos padres incluso para la administración y disposición de bienes de los hijos (incisos 6º y 7º).

c) *El impedimento impediante resultante de la omisión del inventario.* Como se desprende de la simple lectura de los artículos 207 y 296 propuestos, la sanción para el progenitor omiso excedía la privación del usufructo: configuraba un verdadero impedimento impediante que, por ser tal, no determinaba la anulación de las segundas o subsiguientes nupcias cuando era violado, sino una sanción patrimonial consistente en la responsabilidad solidaria de los nuevos cónyuges por el valor de los bienes no inventariados.

d) *La crítica a las reformas propuestas.* Las reformas propuestas eran criticables al desviar el requisito del único supuesto en que se justifica y que es el de la indivisión de los gananciales entre el consorte progenitor sobreviviente y los hijos. El impedimento creado, por otra parte, carecía de antecedentes en nuestro derecho pues el único que se le aproximaba hubiera sido el del plazo de espera impuesto a la mujer en el artículo 93 de la ley 2393 suprimido en el mismo derecho proyectado y en el vigente y que obedece a motivos muy distintos. Y no se justifica una restricción así a la libertad de contraer matrimonio, sobre todo en caso de viudez y de anulación del vínculo, aunque las peculiaridades de la causal de divorcio puedan inclinar en sentido favorable, si bien aquí como en la anulación, el patrimonio de los hijos no es afectado por la disolución de la sociedad conyugal de sus padres.

Belluscio expresó que el artículo 207 propuesto carecía de objeto. “La obligación de hacer inventario de los bienes de los cónyuges (y no de los hijos) está establecida en el artículo 296 del Código Civil para el caso de viudez porque los hijos son herederos del progenitor

fallecido. En caso de divorcio, nada hay que inventariar porque nada se hereda. En cuanto a los bienes de que los hijos ya son propietarios, es innecesario inventariarlos". Se remitió a estas mismas razones sosteniendo que no procedía la modificación del artículo 296⁸³⁻¹.

El texto de la ley 23.515, acorde con lo propuesto por el Senado, no incluyó los artículos que llevaban los números 207 y 296 del proyecto con sanción de Diputados.

28. Derecho positivo extranjero

En el Código Civil español actual ha sido suprimida la obligación de formar inventario con intervención del Ministerio Fiscal, de los bienes que los padres administran con o sin goce del usufructo (arts. 163 y 491, del texto anteriormente vigente). Este silencio legal no se interpreta como una exención del deber de inventariar, incluido entre las obligaciones "generales de todo administrador" que pesan sobre los padres conforme al artículo 164. Se juzga que ello es conveniente, ante la posibilidad de larga duración de la gestión y ante la exigibilidad de la rendición de cuentas establecida en el artículo 168⁸⁴.

Según el artículo 386 del Código Civil francés, cuando se trata de la sucesión del padre o la madre, el sobreviviente en carácter de administrador legal pierde el usufructo si no hace el inventario de los bienes recibidos por el menor, en el mismo término de tres meses común a todo heredero.

En el artículo del Código peruano transcrito no se especifica la causal de disolución del matrimonio. Pudiendo haber acaecido ésta en vida de ambos cónyuges o por causa de muerte de uno de ellos, no siempre habrán de inventariarse bienes heredados por los menores.

⁸³⁻¹ Sus observaciones al proyecto comentado, en *La Ley Actualidad* del 4 y 7 de noviembre de 1986.

⁸⁴ DE PRADA GONZALEZ, *op. cit.*, p. 143/144.

Este cuerpo legal integra el sistema con otros textos importantes, a saber: artículo 243: “No se permite el matrimonio: ...2. Del viudo o de la viuda que no acredite haber hecho inventario judicial, con intervención del Ministerio Público, de los bienes que esté administrando pertenecientes a sus hijos o sin que preceda declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad o de que éstos no tienen bienes. La infracción de esta norma acarrea la pérdida del usufructo legal sobre los bienes de dichos hijos. Esta disposición es aplicable al cónyuge cuyo matrimonio hubiese sido invalidado o disuelto por divorcio, así como al padre o a la madre que tenga hijos extramatrimoniales bajo su patria potestad”; artículo 433: “El padre o la madre que quiera contraer nuevo matrimonio debe pedir al juez, antes de celebrarlo, que convoque al Consejo de Familia para que éste decida si conviene o no que siga con la administración de los bienes de sus hijos de un matrimonio anterior. En los casos de resolución afirmativa, los nuevos cónyuges son solidariamente responsables. En caso negativo, así como cuando el padre o la madre se excusan de administrar los bienes de sus hijos, el Consejo de Familia nombrará un curador”; artículo 434: “Los padres del hijo extramatrimonial quedan sujetos a lo dispuesto en el artículo 433”; artículo 444: “El padre o la madre que se case sin cumplir con la obligación que le imponen los artículos 433 y 434 pierde la administración y el usufructo de los bienes de los hijos del matrimonio anterior, así como los de los hijos extramatrimoniales y los nuevos cónyuges quedan solidariamente responsables como los tutores”; artículo 445: “El padre o la madre recobra, en el caso del artículo 444, la administración y el usufructo de los bienes de sus hijos cuando se disuelve o anula el matrimonio”.

El inventario de los bienes propios de los hijos es necesario antes de las nupcias de cualquier persona que tenga hijos bajo su potestad, con sanción de responsabilidad solidaria de los nuevos cónyuges, según los artículos 110 a 112 del Código venezolano.

El artículo 85 del Código del Menor paraguayo dispone: “Den-

tro de los tres meses siguientes al fallecimiento del padre o de la madre, el cónyuge sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes del matrimonio y de los que pertenezcan por título propio a los menores. Si se dejare vencer dicho plazo sin hacerlo, el Juez, a petición de los interesados, señalará un nuevo plazo dentro del cual se procederá a practicarlo, so pena de perder aquél el usufructo de los bienes de los hijos menores”.

2º Rendición de cuentas

29. Principio

La exigibilidad de rendición de cuentas a los padres o al progenitor administrador, se basa en el artículo 1909 por la aplicación subsidiaria de las normas sobre el mandato (art. 1870, inciso 1º). Coinciden básicamente en esta apreciación, Busso y Borda⁸⁵; Mazzinghi; en opinión que compartimos, se pronuncia en contra, es decir; rehúsa que proceda reclamar rendición de cuentas al que administra ejerciendo la patria potestad, invocando la peculiaridad de su relación con el hijo y, especialmente, el usufructo de que goza, que comporta el derecho al uso de los bienes de los hijos y a la adquisición de la propiedad de sus frutos naturales y civiles (rentas, intereses), por lo que no es razonable que se rindan cuentas del empleo y aplicación de bienes que pertenecen a quien las rinde⁸⁶. Llambías enseña la misma doctrina⁸⁷.

En el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial a que se hizo referencia supra en el N° 4.1, el artículo 1919 aplica las

⁸⁵ BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 293, Nros. 10 y 11; BORDA (que estima no se justifica dado el usufructo), *Familia cit., loc. cit.*, N° 883.

⁸⁶ MAZZINGHI, *op. y loc. cit.*, N° 663.

⁸⁷ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Código Civil anotado*, T. I, Buenos Aires, 1978, com. al art. 293, B, N° 5 *in fine*.

normas del mandato sobre rendición de cuentas a las representaciones. Le son extensibles las observaciones expuestas en el párrafo anterior y en los siguientes⁸⁷⁻¹.

30. Excepción

Fundamentada la exención de rendir cuentas en el usufructo paterno-materno, el artículo 1909 entra a jugar subsidiariamente en cuanto a los progenitores o el progenitor administradores pero no usufructuarios⁸⁸, hipótesis posibles si el testador o donante ha excluido del usufructo (art. 287, 3º) pero no de la administración (art. 293, 2º), o cuando ha faltado al deber impuesto por los artículos 296 y 207 o cuando se trata de progenitores extramatrimoniales que no han reconocido al hijo o no se ha configurado a él la posesión de estado demostrada en juicio (art. 287 *ab initio*, art. 256).

31. Jurisprudencia

Se ha resuelto que la rendición de cuentas se refiere a la existencia de los bienes administrados, que el administrador ha de restituir íntegramente al finalizar su gestión. Asimismo, que el padre debe los intereses dispuestos por el artículo 1913 cuando aplicó bienes del hijo a un uso personal⁸⁹. Llambías considera acertada sólo la segunda conclusión del fallo y esto recién a partir de la mora del administrador en la restitución de los bienes⁹⁰. Por su parte, Mazzinghi acota,

87-1 Ver supra nota N° 73, segundo párrafo.

88 MAZZINGHI últimamente cit.: "Pero aun así creemos que debe quedar al arbitrio del juez exigir o no su cumplimiento al padre, según la importancia de los bienes administrados. No debe perderse de vista que los primeros bienes a que el titular de la patria potestad puede recurrir para alimentar y educar a sus hijos, son los originados en el patrimonio de éstos. Por ello, si en principio existe un equilibrio razonable entre el producido posible de los bienes del hijo y lo que puede haber insumido la crianza y educación, creemos que ha de dispensarse de un deber cuya exigencia por parte del hijo no condice con la consideración y el respeto a que los padres son acreedores, mientras no se demuestre que han perdido el derecho a merecerlos".

89 C. Civ. 1a., LL 34.381.

90 LLAMBIAS, *op. y loc. cit.*, N° 6.

con razón, que no hay que confundir la restitución, exigible, con la rendición de cuentas que no lo es⁹¹.

La Sala G de la Cámara Nacional Civil tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el tema con matices singulares, pues la especie resuelta versaba sobre la madre designada administradora de la sucesión del padre en la cual los hijos eran únicos herederos. Entendió, entonces, que esta circunstancia no era apta para modificar la esencia de la relación jurídica materno-filial, resultando inaplicables las normas procesales relativas a la administración de la herencia y debiendo analizarse la actuación de la progenitora de acuerdo a los preceptos que rigen la patria potestad. Considerando a los padres en su doble rol de administradores y usufructuarios, el tribunal siguió la orientación de Mazzinghi y sostuvo que la obligación de rendir cuentas, propia de cualquier mandatario, adquiere características especiales, no siendo razonable, por lo tanto, exigir rendición de cuentas pero sí la demostración de la existencia e integridad de los bienes administrados. Fueron analizados por separado los actos de administración y de disposición celebrados por la administradora, se estimó improcedente que el juez y de oficio reclamara cuentas en lo que hacía a los primeros y, en cuanto a los segundos, se los reconoció válidos y firmes por haberse celebrado con autorización judicial.

Expuso la Cámara textualmente: "Como se trata de una relación entre madre e hijos, no cabe requerir en el manejo del patrimonio la claridad del balance de una sociedad comercial. Los intereses que están en juego no son sólo los materiales, y esto no puede perderse de vista. Tampoco cabe exigir que la madre sea la mejor administradora, sino que sólo cumpla en forma mínima con lo que la ley exige para mantenerla en ese carácter"⁹².

91 MAZZINGHI últimamente cit.

92 23 de diciembre de 1982, en LL 1983-C 28.

32. Derecho positivo extranjero

El artículo 168 español dispone: “Al término de la patria potestad podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces. La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años”.

Marty y Raynaud explican que el administrador legal debe rendir cuentas al fin de la gestión y se preguntan si, como el tutor (art. 470), debe también hacerlo anualmente, a lo que responden que, prácticamente, estará dispensado cuando tenga el usufructo legal pero que aun cuando no se acepte el deber de información anual, el juez de la tutela tiene siempre el derecho de exigirselas si lo juzga conveniente, en el ejercicio de sus facultades de control general (art. 395).

En Francia, en efecto, la rendición final debe producirse en el término de tres años desde la finalización de la función del administrador. Están obligados a ofrecerla los herederos del administrador legal incluidos los coherederos del menor que se encuentre entre ellos. Se rinden al nuevo administrador legal o al tutor o a los herederos del menor fallecido si la gestión termina antes de la mayoría de edad o de la emancipación, quienes pueden aceptarlas con autorización del juez de tutelas o del Consejo de Familia según los casos. Concluida la administración por haber llegado el menor a la mayoría, se rinden a él mismo (art. 471). Los artículos 471, 472, 474 y 475 regulan detalladamente los distintos contenidos de la rendición de cuentas (de la que se excluyen los ingresos recibidos por el administrador a título de usufructo), la forma de rendirlas y las precauciones establecidas sobre todo para impedir una aprobación insuficientemente reflexionada por el ex menor⁹³.

⁹³ MARTY y RAYNAUD, *op. cit.*, N° 533 ter y 544 y ss.

El Código de Familia de Costa Rica establece expresamente la obligación de restituir al hijo mayor o emancipado o a quien reemplace en la administración al concluir ésta, todos los bienes y frutos que pertenezcan al hijo y a rendir cuenta de la administración (art. 135). El artículo 86 del Código del Menor del Paraguay es idéntico.

En el Código de Familia de Bolivia, por remisión expresa del artículo 275, segundo párrafo, se aplican los preceptos de la tutela, entre ellos el artículo 330 que obliga a la rendición de cuentas circunstanciada al fin de la administración o al cesar para el administrador, ante el juez tutelar, y el artículo 320 que obliga a la rendición de cuentas anual, ante el mismo juez, dentro de los tres meses de vencido el año, archivándose los informes anuales para la comprobación de la cuenta final. Además, el juez está habilitado para exigir informes de la situación patrimonial en el momento en que lo aconsejen las circunstancias.

El Código Civil de Perú no dispone el deber de rendir cuentas periódicas, salvo resolución judicial contraria a pedido del Consejo de Familia (art. 427).

Este conjunto de ejemplos de legislaciones europeas y latinoamericanas pone de resalto la característica del derecho argentino en el cual la falta de una norma expresa que imponga la obligación de rendir cuentas y el usufructo paterno-materno, tornan totalmente excepcional la influencia del precepto subsidiario del artículo 1909. El legislador de 1985 no juzgó adecuada a la idiosincrasia de las relaciones paterno-materno-filiales en el país, la inclusión de precisiones de detalle que generalizaran la exigencia. Debe observarse asimismo, que en las legislaciones extranjeras citadas, suele coexistir el usufructo y la obligación de rendir cuentas: es así en Francia y Perú, pero no en Costa Rica, Bolivia, ni España. En esta última, los padres pueden destinar los frutos de los bienes del menor que viva con ambos o con uno de ellos, en la parte que les corresponda, al levantamiento de las cargas familiares y no están obligados a rendir cuentas de

lo que hubiesen consumido con esta finalidad (art. 165, segundo párrafo). Un precepto relativamente análogo rige en Bolivia, donde las rentas de los hijos pueden destinarse en la medida estrictamente necesaria al beneficio de otros hijos menores convivientes y de los mismos padres imposibilitados de trabajar y carentes de otros recursos para el cumplimiento de sus deberes, con autorización judicial (art. 267, segundo párrafo).

3º OTROS RECAUDOS LEGALES

33. *Su inexistencia*

En la legislación argentina, no hay otros recaudos que deban satisfacer los administradores además de los, absolutamente excepcionales, del inventario y la rendición de cuentas. No se exigen garantías ni existe hipoteca legal (art. 58).

Los progenitores tampoco se encuentran en el deber de ofrecer fianzas a causa del usufructo de que gozan (arts. 291, 1º y 2858).