

CAPÍTULO VII

RÉGIMEN DE LA GESTIÓN

64. Generalidades

A) GESTIÓN POR AMBOS PROGENITORES

65. Supuestos

66. Actos conservatorios

67. Actos de administración

68. Actos de disposición

69. Sanción

B) GESTIÓN UNIPERSONAL CON ELEMENTOS DE GESTIÓN CONJUNTA

70. Generalidades

71. Actos conservatorios

72. Actos de administración

73. Actos de disposición

C) EL CONSENTIMIENTO CONJUNTO

74. Principios comunes a actos de administración y actos de disposición

75. Superación de la imposibilidad del consentimiento conjunto

76. El consentimiento conjunto en los actos de administración

77. El consentimiento conjunto en los actos de disposición

D) GESTIÓN UNIPERSONAL EXCLUSIVA

78. Supuestos

79. Contenido

E) LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

80. Casos en que se exige autorización judicial. Revisión

F) CONCLUSIONES

81. Síntesis

82. Legislación extranjera

Capítulo VII

REGIMEN DE GESTION

SUMARIO: 64. Generalidades. A) Gestión por ambos progenitores. 65. Supuestos. 66. Actos conservatorios. 67. Actos de administración. 67.1. El principio de la administración conjunta. 67.2. Interpretación. 67.3. Sanción. 67.4. Excepción. 68. Actos de disposición. 68.1. Sobre si el doble requisito es exigido para enajenaciones que no sean actos de disposición. 68.2. Otros negocios jurídicos enunciados en el segundo párrafo del artículo 297. 68.3. Caso de los bienes muebles no registrables en negocios que no requieren autorización judicial. 68.4. Distintas opiniones al respecto. 69. Sanción. B) Gestión Unipersonal con elementos de gestión conjunta. 70. Generalidades. 70.1. Supuestos. 70.2. Alcances de la gestión unipersonal. 71. Actos conservatorios. 72. Actos de administración. 73. Actos de disposición. C) El consentimiento conjunto. 74. Principios comunes a actos de administración y actos de disposición. 75. Superación de la imposibilidad del consentimiento conjunto. 75.1. Supuestos considerados. 75.2. Resolución judicial. 75.3. Juez competente. 75.4. Procedimiento. 75.5. Prueba. 75.6. Criterios a aplicar. 76. El consentimiento conjunto en los actos de administración. 77. El consentimiento conjunto en los actos de disposición. D) Gestión unipersonal exclusiva. 78. Supuestos. 79. Contenido. E) La autorización judicial. 80. Casos en que se exige autorización judicial. Revisión. 80.1. Fundamento. 80.2. Distinción entre la superación del desacuerdo de los progenitores, la sustitución de la manifestación de voluntad imposible de obtener de hecho y la autorización para negocios determinados. 80.3.

Sujetos que deben solicitarla. 80.4. Juez competente. 80.5. Procedimiento. 80.6. Carga y objeto de la prueba. 80.7. Criterio para el otorgamiento de la autorización. 80.8. Alcances de la autorización. 80.9. Sanción. F) Conclusiones. 81. Síntesis. 81.1. Actos conservatorios. 81.2. Actos de administración. 81.3. Actos de disposición. 82. Legislación extranjera.

64. Generalidades

La determinación precisa del régimen de gestión ya sea asumida por ambos progenitores o por uno de ellos con intervención del otro, no resulta de simple interpretación según los textos legales. Solamente es sencillo estructurar el dinamismo del régimen cuando la gestión corresponde en forma exclusiva a uno de los progenitores.

Las normas básicas de la hermenéutica son los artículos 264 quater, 6° y 7°, 294, 297 (segundo párrafo) y 298.

Hubo coincidencia, en general, en los antecedentes legislativos sobre la materia, considerando los proyectos emanados de las comisiones de las Cámara y el del Poder Ejecutivo. Fuente inmediata del texto vigente fue el proyecto presentado por la Comisión de Legislación General y de Familia y Minoridad del Hble. Senado.

El proyecto aprobado, por separado, por la Cámara de Diputados, presentaba algunas diferencias que no fueron aceptadas por la Cámara de origen. Debe destacarse que, tanto en el proyecto de Comisión de la Cámara de Diputados como en el del Poder Ejecutivo, la realización de actos de administración se ubicaba al margen del requisito del consentimiento conjunto.

A) GESTION POR AMBOS PROGENITORES

65. Supuestos

La gestión de los bienes de los hijos corresponde a ambos pro-

genitores que se encuentran en ejercicio de la patria potestad, es decir, a los progenitores matrimoniales convivientes y a los progenitores extramatrimoniales con respecto a los cuales está establecida la filiación y que conviven¹⁷³.

La sistematización de su actuación exige distinguir entre actos conservatorios, actos de administración y actos de disposición.

66. Actos conservatorios

Los actos conservatorios (simples actos o actos jurídicos) pueden ser realizados u otorgados indistintamente por el padre o la madre (art. 294, última oración del primer párrafo).

La solución legal es correcta por razones que hacen a la urgencia de actuar en protección del interés del menor. Se justifica asimismo porque tales actos, como expresan Bossert y Zannoni, "no se vinculan a negociaciones de futuro o proyectos de administración a desarrollarse en el tiempo, sino que se agotan en su realización"¹⁷⁴.

Al ser indistinta, la realización de actos conservatorios queda fuera de la gestión conjunta¹⁷⁵, de la presunción de que el acto celebrado o cumplido por uno de los padres cuenta con el consentimiento del no actuante y del derecho de éste a oponerse. Lloveras sostiene lo contrario, invocando su interpretación del inciso 1º del artículo 264 y la del artículo 264 *ter*¹⁷⁶. Nos parece precisamente que, por la lógica inserción de la norma del artículo 294 en el contexto de esas disposiciones, se tipifica como una excepción.

173 *Supra* N° 6.

174 BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 294, parágr. 5.

175 De acuerdo, *ídem*.

176 LLOVERAS, *op. cit.*, com. al art. 294, I y nota N° 5.

Otro interesante argumento en pro de esta tesis se desprende del debate en la reunión de expertos convocada por el Senado de la Nación. Belluscio aclaró que proponía el ejercicio en común y como excepción, el otorgamiento indistinto de los actos de administración ordinaria, que ejemplificó con actos conservatorios. El texto fue depurándose en el transcurso del intercambio de ideas hasta arribarse a la expresión definitivamente incorporada al artículo 294 coincidente con dicha calificación¹⁷⁷. La oposición del otro progenitor, además, llegaría probablemente demasiado tarde y no podría alterar la validez del acto ya cumplido o celebrado por quien tenía facultad de hacerlo.

67. Actos de administración

67.1. *El principio de la administración conjunta.* La celebración de los actos de administración es conjunta. Como ya se ha señalado, el primer párrafo del artículo 294 cubre un concepto de “administración” comprensivo de toda la gestión de los bienes y también el restringido a la celebración de “actos de administración”, fundándose lo último en la remisión del inciso 7° del artículo 264 quater al artículo citado y en la mención efectuada a renglón seguido de los actos conservatorios.

El segundo párrafo del artículo 274, subsistente, del Código Civil, debe ser interpretado en este contexto.

67.2. *Interpretación.* La ley exige el consentimiento expreso de ambos progenitores (art. 264 quater, inciso 7°). La norma inicial del artículo 294 es menos drástica, no obstante, la regla es aquella y se impone como base de interpretación¹⁷⁸.

177 Diario de Sesiones del Senado cit., p. 1767.

178 Lloveras expresa que los padres “deberán concurrir ambos a celebrar todos y cada uno de los actos de administración, según lo dispuesto en el inciso 7° del artículo 264 quater”, *op. cit.*, com. al art. 294, I.

Ante una consulta recibida de la Comisión de Legislación General del Hble. Senado de la Nación, nos pronunciamos por que no fuera necesaria la actuación conjunta de los padres en los actos de administración: Diario de Sesiones cit., p. 1778.

Para la conceptualización y modalidades posibles del consentimiento conjunto nos remitimos infra al N° 75.

67.3. *Sanción.* El negocio de administración celebrado por uno de los progenitores sin el consentimiento del otro sería nulo por violación de una prohibición legal (art. 18) aunque se interpretara que no le alcanza la norma específica del artículo 299 por la peculiaridad de su referencia a “los dos artículos anteriores”, ubicación que no es la del artículo 294. Puede apoyarse también esa sanción en el artículo 1043.

La nulidad es relativa por estar dispuesta la gestión conjunta en el interés del hijo procediendo su invocación por el progenitor omitido que asumiría la representación del hijo a tales efectos.

El tercero contratante de buena fe tendría abierta la posibilidad de recurrir a la figura del empleo útil, conforme a los artículos 2306 y 2309. Bossert y Zannoni propician esta conclusión, mediante acción dirigida contra ambos padres y debiendo probar el accionante que la utilidad subsiste en el patrimonio del menor al momento de la demanda (art. 1165)¹⁷⁹.

67.4. *Excepción.* Los actos de administración pueden ser celebrados por uno de los progenitores cuando así ha sido acordado por ambos padres o establecido judicialmente, esto último tanto en virtud de lo dispuesto en el mismo artículo 294 *in fine* como en el 264 ter si la distribución de contenidos de la patria potestad ha atribuido la gestión de los bienes a uno de los progenitores¹⁸⁰, con los límites

179 BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 294, parágr. 3. La figura del empleo útil del artículo 2309 no figura en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial.

En las Segundas Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil (Junín 1986) se resolvió: “No obstante lo dispuesto en el art. 264 quater inc. 7°, es admisible la aplicación de los principios relativos al mandato tácito y al empleo útil respecto de los actos de administración otorgados por uno solo de los padres”.

180 Supra N° 7.2.

que resultan de la norma del 294 que es, a su vez, excepcional, pues afecta casi exclusivamente las enajenaciones que sean actos de administración.

68. Actos de disposición

La pauta general para los actos de disposición es la de una doble exigencia: el consentimiento conjunto de los progenitores y la autorización judicial.

No es sencillo arribar a esta conclusión ni precisar sus alcances. En efecto, ambos requisitos se exigen para los actos de disposición sobre inmuebles o muebles registrables del menor (art. 264 quater, 6°); más adelante, el artículo 294 excluye de la gestión individual del administrador designado por acuerdo o resolución judicial, los actos que requieren autorización judicial que, además de los mencionados, son los enumerados en el segundo párrafo del artículo 297 y en el principio del artículo 298. Es lógico, entonces, que el consentimiento conjunto se exija cuando esta atribución de facultades no se ha efectuado¹⁸¹.

Atento a la redacción de los textos, por lo tanto, se requiere consentimiento conjunto y autorización judicial: a) para celebrar actos de disposición sobre inmuebles y bienes muebles registrables del menor; b) para enajenar bienes de cualquier clase de los hijos, constituir sobre ellos derechos reales o transferir derechos reales que pertenezcan a los hijos sobre bienes de terceros; c) para enajenar ganados de cualquier clase salvo aquellos cuya venta está permitida al usufructuario.

La exposición precedente no aparece literalmente impuesta, planteándose distintas cuestiones e interpretaciones doctrinarias.

¹⁸¹ Para el caso especial de disposición de dinero del menor, razonan así LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, III, G, 2, e).

68.1. *Sobre si el doble requisito es exigido para enajenaciones que no sean actos de disposición.* La enajenación puede ser acto meramente conservatorio, o acto de administración, o acto de disposición¹⁸².

A nuestro entender, el doble requisito es exigible cuando la enajenación es acto de administración (porque es enajenación, art. 297) y cuando es acto de disposición (art. 264, quater, inciso 6°) y no para la enajenación conservatoria: en los dos primeros supuestos, coinciden el reclamo del doble consentimiento y de la autorización judicial (teniéndose particularmente en cuenta lo que se establece en la primera oración del segundo párrafo del art. 294); en el último, la ley prevé la gestión indistinta y por su propia índole, necesaria realización no demorada, falta de riesgos y trascendencia al interés del menor, no se justifica la autorización judicial.

La enajenación de ganados admite la misma dualidad entre administración y disposición.

68.2. *Otros negocios jurídicos enunciados en el segundo párrafo del artículo 297.* Los otros negocios jurídicos enumerados en el segundo párrafo del artículo 297 serán prácticamente siempre actos de disposición, cualquiera sea el criterio que se aplique para su caracterización, por extraordinarios, riesgosos, modificativos de la sustancia del capital o por recaer sobre bienes de capital fijo. Los gravámenes son derechos registrables. Si por excepción se diera, por ejemplo, un giro comercial con transmisión de prendas con registro, el acto de administración así configurado caería también bajo la exigencia del doble requisito.

68.3. *Caso de los bienes muebles no registrables en negocios que no requieren autorización judicial.* Pueden presentarse actos de disposición que no recaigan sobre inmuebles o muebles regis-

182 Supra N° 47.

trables (es decir, que quedan fuera de la comprensión del art. 264 quater, 6º, con su requisito del doble consentimiento y autorización judicial), que no requieren autorización judicial (porque no son de los enumerados en los arts. 298 y 297 que la necesitan cualquiera sea la especie de bien sobre el cual inciden) y para los cuales no se exigirá consentimiento de ambos progenitores porque, precisamente, no requieren autorización judicial (según el art. 294).

Se trata de actos de disposición no enajenaciones ni constitución de gravámenes sobre bienes muebles no registrables. Su régimen no está previsto pero, conforme a lo que acaba de esquematizarse, quedan exentos de los requisitos del doble consentimiento y la autorización judicial: corresponden, por lo tanto, a la gestión indistinta de uno y otro progenitor.

68.4. *Distintas opiniones al respecto.* Las opiniones vertidas sobre la materia son sólo relativamente coincidentes. Para Bossert y Zannoni el inciso 6º, del artículo 264 quater limita el consentimiento expreso de ambos padres a los actos de disposición referidos a inmuebles o muebles registrables exclusivamente. Observan que el silencio legal ha obedecido a la voluntad del legislador de no alterar el régimen de dominio y su trasmisión en las cosas muebles no registrables, previsto por el artículo 2412 del Código Civil, pero consideran que los negocios dispositivos sobre estos bienes no están exentos del requisito de la autorización judicial por la clara disposición del artículo 297, la que deberá ser solicitada por ambos padres¹⁸³. Según Lloveras, los bienes muebles no registrables están excluidos del inciso 6º del artículo 264 quater, exigiéndose para disponer de ellos, la autorización judicial (art. 297) pero no el consentimiento expreso de ambos progenitores¹⁸⁴. López Fuster y Pitrau señalan que, con respecto a esta hipótesis, quedaría planteada la alternativa de someter

183 BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 294, parágr. 4.

184 LLOVERAS, *op. cit.*, com. al art. 264 quater, N° 8.

los actos de disposición sobre los mentados bienes a la autorización judicial o al otorgamiento indistinto por la interpretación a contrario del artículo 264 quater inciso 6º, o al otorgamiento conjunto conforme a los artículos 297 y 294, y se inclinan de *lege lata* por el otorgamiento indistinto y de *lege ferenda*, por el otorgamiento conjunto¹⁸⁵. Gowland piensa que los bienes muebles y derechos no registrables caen en la prohibición del artículo 297 pero que si la norma fuera violada por los padres, los compradores de buena fe estarían amparados por el precepto del artículo 2412¹⁸⁵⁻¹. Belluscio opina que el acto de disposición de inmuebles, derechos o muebles registrables exige actuación de ambos progenitores y autorización judicial; que, no obstante, puede suplirse la oposición o imposibilidad de manifestarse uno de ellos mediante la autorización judicial; y que el acto de disposición de derecho o muebles no registrables sólo requiere intervención de uno cualquiera de los padres y autorización judicial¹⁸⁵⁻².

69. Sanción

La falta de consentimiento de ambos progenitores y/o la falta de autorización judicial determinan la nulidad relativa del negocio celebrado, por los argumentos expuestos supra en el número 67.3.

B) GESTION UNIPERSONAL CON ELEMENTOS DE GESTION CONJUNTA

70. Generalidades

70.1. *Supuestos*. Los supuestos comprendidos en este apartado son los siguientes: a) ejercicio de la patria potestad por el progenitor

185 LOPEZ FUSTER y PITRAU, *op. cit.*, III, G y cuadro sinóptico.

185-1 GOWLAND, *op. cit.*, VIII, B. 1.

185-2 *Código Civil cit., loc. cit.*, com. al art. 294, parágrafo. 3 *in fine*.

que tiene la tenencia del hijo (por anulación del matrimonio, separación legal, divorcio, separación de hecho de los cónyuges, no convivencia de los padres extramatrimoniales con respecto a quienes está determinada la filiación); b) gestión a cargo de un progenitor en virtud de la distribución de contenidos de la patria potestad (art. 264 ter *in fine*); c) administración a cargo de un progenitor por acuerdo de padres convivientes o resolución judicial (art. 294)¹⁸⁶.

70.2. *Alcances de la gestión unipersonal.* El progenitor que tiene la tenencia del hijo o la gestión de sus bienes puede realizar los actos conservatorios, celebrar los negocios jurídicos conservatorios y los de administración que no requieran autorización judicial, sin intervención del otro progenitor, y tiene la iniciativa de los negocios jurídicos de administración y de disposición que requieran el consentimiento de éste.

El progenitor que no tiene la guarda o la gestión de los bienes está facultado para plantear, en sede judicial, la necesidad o conveniencia de un acto que el otro es contrario a propiciar o remiso en hacerlo.

Las precedentes conclusiones no tienen por qué restringirse a los actos no patrimoniales enumerados en el artículo 264 quater sino que hacen a todos sus contenidos¹⁸⁶⁻¹.

71. Actos conservatorios

Los actos conservatorios son realizados por el progenitor que tiene a su cargo la tenencia o la gestión de los bienes del menor. En los casos en que no hay convivencia con el hijo, es, de hecho, prácticamente imposible la actuación de quien no lo tiene consigo. En otros casos, por el contrario, es probable que intervenga. Ante esta eventualidad, la protección del tercero contratante de buena fe re-

¹⁸⁶ Supra Nos. 7 y 10.

¹⁸⁶⁻¹ BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 264 quater, párr. 27.

sulta de los principios generales sobre el empleo útil, el error común, la apariencia jurídica.

72. Actos de administración

La celebración de actos de administración requiere consentimiento conjunto de acuerdo al inciso 7° del artículo 264 quater salvo delegación de la administración (art. 294), delegación que ha de suponerse se efectúa en los casos de atribución judicial de la tenencia a uno de los progenitores. Siempre juega la restricción establecida en el citado artículo 294, es decir, la exigencia del consentimiento de ambos progenitores para los actos que requieren autorización judicial y que fueran, por excepción, actos de administración.

73. Actos de disposición

El régimen de los actos de disposición es, en principio, el mismo que deben respetar los padres convivientes. Para la disposición de bienes inmuebles y muebles registrables, está expresamente establecido el consentimiento conjunto y la autorización judicial (art. 264 quater, párrafo inicial e inciso 6°) cuando se trata de tenencia del menor. Para las hipótesis de atribución de la gestión, está también previsto el consentimiento conjunto para los actos que requieren autorización judicial (arts. 294, 297 y 298), lo que consideramos extensivo a la gestión atribuida conforme al último párrafo del artículo 264 ter¹⁸⁷.

No está considerado expresamente si se exige consentimiento conjunto para los actos que requieren autorización judicial (arts. 297 y 298) en caso de tenencia del hijo puesto que el artículo 294 contempla a ambos progenitores en ejercicio de la patria potestad.

Obviamente, tales negocios pueden recaer sobre inmuebles o muebles registrables quedando incluidos en el inciso 6° del artículo 264 quater pero pueden recaer también sobre muebles no registrables.

187 Supra N° 7.2.

Ante la falta de mención de la necesidad del doble consentimiento y la situación de no convivencia de los padres y el hijo, cabría estimar que la autorización judicial constituye suficiente protección para el menor ante la actuación de quien ejerce su tenencia.

Sin embargo esta conclusión resulta inarmónica con las precedentemente señaladas y no atiende a la importancia de actos para los cuales la ley exige intervención judicial como expresión de la trascendencia que les atribuye. Nos inclinamos, por lo tanto, por hacer extensivos a los mismos ambos requisitos de protección del incapaz.

Los negocios excluidos del artículo 264 quater inciso 6°, del artículo 297 segundo párrafo y del párrafo inicial del 298, tienen el mismo régimen de los actos conservatorios.

C) EL CONSENTIMIENTO CONJUNTO

74. Principios comunes a actos de administración y actos de disposición

Se espera de ambos progenitores una manifestación de voluntad de idéntico contenido interno. Los dos celebran el negocio en representación del hijo, es decir, no corresponde la distinción, tan fecunda en materia de negocios jurídicos de los cónyuges, entre “consentimiento” y “asentimiento”.

La representación del menor es bicéfala y es el menor quien asume, mediante ella, el rol de parte en el acto jurídico con todas sus consecuencias.

El consentimiento de uno y otro progenitor deben coincidir totalmente, por ejemplo, es inaceptable que el padre lo otorgue para un negocio carente de modalidades y que la madre pretenda que sean acordadas.

Lo normal será la manifestación simultánea de padre y madre, aunque pueden darse sucesivamente quedando el negocio válidamente celebrado cuando convergen los consentimientos de los representantes.

Debe tratarse siempre de una expresión positiva de voluntad, verbal, por escrito o por signos inequívocos o consistentes en la ejecución de un hecho material comenzado o consumado (arts. 917 y 914) y revestir la forma exigida si el acto es formal¹⁸⁸.

Toda la legislación, doctrina y jurisprudencia sobre vicios de la voluntad es aplicable al consentimiento paterno-materno.

75. Superación de la imposibilidad del consentimiento conjunto

75.1. Supuestos considerados. El artículo 264 quater *in fine* encara dos supuestos de imposibilidad de obtención del consentimiento conjunto de los progenitores: el desacuerdo y los obstáculos de hecho que impiden obtener la manifestación de uno de ellos (ausencia no declarada, falta de medios de comunicación, por ejemplo).

75.2. Resolución judicial. El diferendo ha de ser sometido a resolución judicial. Está permitido, en su caso, la celebración del negocio por el único progenitor en condiciones de consentir en él.

La resolución es análoga a la prevista en el artículo 264 ter siéndole aplicable el mismo régimen¹⁸⁹.

75.3. Juez competente. Existiendo organismos jurisdiccionales especializados en cuestiones de familia o de menores, a ellos corresponde entender en el problema. Por lo tanto, la determinación del juez competente depende de la organización judicial de cada provincia¹⁹⁰.

Careciéndose de organismos de este tipo, la competencia se determina por el domicilio conyugal de los padres convivientes por apli-

¹⁸⁸ D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., com. al art. 264 quater, N° 4.

¹⁸⁹ BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 264 quater, parágr. 25; LLOVERAS, *op. cit.*, com. al art. 264 quater, N° 10; D'ANTONIO, *Nuevo régimen* cit., com. al art. 264 quater, N° 12.

¹⁹⁰ D'ANTONIO, *recién cit.*, com. al art. 264 ter, N° 3.

cación analógica del artículo 227 del Código Civil. Bossert y Zannoni consideran que dicha competencia no varía cuando medie separación de hecho, haya sido o no otorgada la guarda judicialmente salvo que, siendo la tenencia de hecho, no sea posible probar la sede del hogar conyugal, y deban aplicarse entonces los principios generales. Las mismas reglas rigen la competencia en caso de diferendo de progenitores extramatrimoniales convivientes pero corresponde al juez que otorgó la guarda, si no conviven, y al del lugar donde se encuentra el menor si la guarda es convencional. “Es posible, acotan Bossert y Zannoni, que el consentimiento del progenitor que se niega a prestarlo, se requiera en el curso de un proceso con terceros; en tal caso, la dilucidación del desacuerdo entre progenitores, será de la competencia del juez que entiende en esa causa principal”¹⁹¹.

75.4. *Procedimiento*. Según el artículo 264 ter, el procedimiento es el más breve previsto por las normas procesales vigentes, con audiencia de los dos padres, intervención del Ministerio Pupilar, oyéndose al menor que estuviera dotado de suficiente juicio si las circunstancias lo aconsejan. El trámite puede ser reemplazado por el que le siga en complejidad y duración ante una situación particularmente difícil y complicada¹⁹². D’Antonio aconseja evitar “que la cuestión se transforme en un juicio con implicancias probatorias que alarguen el arribo oportuno a una decisión. La prolongación de las actuaciones no sólo contraría el espíritu de la ley sino que atenta contra el interés del hijo menor”¹⁹³.

La concurrencia del menor no es obligatoria. En principio, debe ser excepcional¹⁹⁴ y probablemente menos necesaria en cuestiones patrimoniales que en las personales incluidas en el artículo 264 quater, en la que es fundamental el conocimiento que el juez tome del principal protagonista del conflicto.

191 BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 264 ter, parágr. 2.

192 *Idem*.

193 D’ANTONIO, *Nuevo régimen cit.*, com. al art. 264 ter, N° 4.

194 *Idem*. Juiciosas apreciaciones sobre la concurrencia del menor.

75.5. *Prueba.* Los progenitores en desacuerdo deben ofrecer y producir la prueba de los extremos en que se apoyan, centrados sobre el interés familiar comprometido en la celebración del negocio. El juez puede requerir de oficio la información que estime útil.

La demostración de la imposibilidad de obtener la expresión del consentimiento del otro progenitor, debe ser demostrada por el que solicita la intervención judicial al respecto.

75.6. *Criterios a aplicar.* El juez resolverá el diferendo y reemplazará o no el consentimiento faltante teniendo en consideración el interés familiar (art. 264 quater *in fine*). Son imaginables situaciones en que el interés del hijo se presente, en apariencia, opuesto al interés familiar. Por ejemplo, importa para el menor que su inmueble no sea hipotecado, pero la obtención del préstamo puede ser indispensable para que él mismo sea sustentado y educado y para que cumpla su deber alimentario con respecto a sus padres y hermanos. La apreciación judicial debe ser razonable o cuidadosa. Como muy bien expresa Lloveras “la cláusula del interés familiar que introduce el legislador de 1985 en el artículo 264 quater último párrafo, del Código Civil, hace referencia al interés de la familia concreta que actúa en sede judicial”¹⁹⁵.

76. El consentimiento conjunto en los actos de administración

La exigencia de consentimiento de ambos progenitores para los actos de administración trasunta, tal vez, un exceso en el afán de reconocer a los dos el ejercicio de la potestad paterno-materna. Una interpretación no demasiado rigurosa contribuirá al mejor cumplimiento de sus funciones en el interés del hijo.

Es admisible el mandato de uno de los progenitores al otro para que éste exprese su consentimiento en negocios de administración. Este mandato puede, incluso, ser general, es decir, para todos los ac-

¹⁹⁵ LLOVERAS, *op. cit.*, com. al art. 264 quater, N° 10.1.

tos de administración, por cuanto en ello consiste efectivamente el acuerdo de los padres a que se refiere el artículo 294.

No hay dificultad alguna en supuesto de mandato expreso, debiendo recordarse que, no por ser verbal, el mandato deja de revestir este carácter (art. 1873)¹⁹⁵⁻¹. La dificultad se plantearía para el tercero que quisiera defender la validez del negocio celebrado en cumplimiento del mandato, si el padre o la madre que no actuó personalmente en la celebración niega haberlo conferido, pero la prueba se simplifica ante la sensata presunción que se desprende de la convivencia de los padres.

Cabe interrogarse sobre si este mandato puede ser tácito. Bossert y Zannoni explican que lo tácitamente otorgado sería el mandato y no el consentimiento del mandante en el negocio de administración¹⁹⁶. En otros términos, estarían dados expresamente los dos necesarios consentimientos al manifestarlos el mandatario por sí mismo y en representación del mandante. Es obvio que así se cumple con el requisito legal que es el de la manifestación expresa de ambos consentimientos no precisamente que ambos deben ser exteriorizados en forma personalísima por cada uno de los otorgantes. La solución es práctica, útil para la protección del tercero contratante y razonablemente compatible con el régimen legal. La prueba del mandato tácito merece las consideraciones formuladas en el párrafo anterior sobre la prueba del mandato verbal¹⁹⁶⁻¹.

195-1 Ver artículo 1892 del proyecto semi-sancionado de unificación de la legislación civil y comercial. El artículo 1873 tiene contenido distinto al actual.

196 BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 294, parágr. 3.

196-1 Belluscio sostiene que la exigencia de consentimiento expreso para los actos de administración excluye la admisión del mandato tácito. La solución de la dificultad práctica se encuentra a su juicio en la designación de administrador único (*Código Civil cit., loc. cit.*, com. al art. 294, parágr. 2 *in fine*).

77. El consentimiento conjunto en los actos de disposición

Siendo formales la mayoría de los actos de disposición, el consentimiento debe revestir la formalidad exigida para el negocio e, igualmente, el mandato que se confiriera por un progenitor al otro para expresar el consentimiento del mandante.

No es aceptable un consentimiento anticipado general, una manifestación asertiva de uno de los padres o un mandato general que prácticamente lo desvincule de la celebración de cada negocio dispositivo determinado. Son extensivas al caso, las consideraciones elaboradas doctrinaria y jurisprudencialmente sobre el asentimiento anticipado de un cónyuge para los actos dispositivos del otro que lo requieran según el artículo 1277 del Código Civil¹⁹⁷. Lo contrario implicaría una modificación esencial al régimen de gestión de bienes de los menores y una forma de eludir su preceptiva que, más que a consagrar un aspecto de la igualdad jurídica de los padres, tiende a la protección del menor.

D) GESTION UNIPERSONAL EXCLUSIVA

78. Supuestos

La gestión es exclusiva de uno de los progenitores en los supuestos de: a) el progenitor matrimonial o extramatrimonial sobreviviente; b) el único progenitor extramatrimonial con respecto a quien está determinada la filiación del hijo; c) el que continúa en el ejercicio de la patria potestad si el otro ha sido privado de ella o se encuentra suspendido en su ejercicio; d) el progenitor que continúa en el ejercicio pleno de la autoridad cuando el otro ha sido removido de la administración.

¹⁹⁷ MENDEZ COSTA, María Josefa, *Mandato entre cónyuges*, en *Estudios sobre sociedad conyugal*, cit., p. 192 y ss. Ver, no obstante, nota N° 49 bis en p. 201.

También es exclusiva sobre los bienes implicados, la gestión de un progenitor sobre los recibidos por el menor por indignidad o desheredación del otro o por liberalidad condicionada a que éste no los administre¹⁹⁸.

79. Contenido

El progenitor que tiene a su cargo la gestión es el único hábil para la celebración de actos conservatorios, de administración y de disposición con respecto a los bienes del hijo, con el requisito de la autorización judicial cuando ha sido establecido por ley (art. 264 quater, 6º, 297 y 298). Esta última aclaración, de positiva importancia, resulta de la interpretación lógica del sistema aunque la interpretación gramatical de los textos citados no sea suficiente para apoyar la puesto que todos ellos consideran la gestión a cargo de ambos padres o de uno con intervención del otro. Es obvio que lo que se requiere cuando los dos progenitores están en condiciones de hecho y jurídicas de actuar, debe ser exigido también cuando uno solo puede hacerlo. De lo contrario, “uno podrá más que dos”¹⁹⁹.

E) LA AUTORIZACION JUDICIAL

80. Casos en que se exige autorización judicial. Revisión

La autorización judicial es exigida por el artículo 264 quater inciso 6º y por los artículos 297 y 298, cuando la gestión se ejerce con intervención de los dos progenitores o exclusivamente por uno, según lo recién explicado.

¹⁹⁸ Supra Nos. 8 y 11.

¹⁹⁹ Gráfica expresión de GUASTAVINO, Elías P., *Autorización judicial para que el titular de la patria potestad promueva división de condominio del inmueble del hijo y un tercero*, en LI. 1986-B, 165.

80.1. *Fundamento.* La autorización judicial completa la protección de los intereses patrimoniales del menor.

80.2. *Distinción entre la superación del desacuerdo de los progenitores, la sustitución de la manifestación de voluntad imposible de obtener de hecho y la autorización para negocios determinados.* La autorización judicial para determinados negocios jurídicos es distinta de la intervención judicial a los efectos de superar el desacuerdo paterno-materno o de reemplazar una manifestación de voluntad imposible de obtener de hecho. Se trata, ahora, de autorizar el negocio en sí mismo. No obstante, es obvio que, teóricamente distintas, las dos finalidades de la intervención judicial se confunden en la práctica.

La aceptación judicial del acto es ineludible e insustituible por el común acuerdo de los padres. Por lo tanto, *a veces* será necesario que el juez intervenga con el propósito del artículo 264 quater *in fine* y *siempre* será necesario que lo haga con la finalidad del inciso 6° del mismo artículo, del segundo párrafo del artículo 297 y del artículo 298.

80.3. *Sujetos que deben solicitarla.* La autorización judicial debe ser solicitada por ambos progenitores si ambos deben expresar su consentimiento en el negocio. Pedida por uno, la celebración del negocio con el debido consentimiento conjunto salva el defecto de la solicitud.

Lógicamente, es el único progenitor que tiene la gestión de bienes a su cargo, quien habrá de solicitar la autorización.

80.4. *Juez competente.* Las consideraciones formuladas supra en el número 75.3 son aplicables al caso. Se cuenta con útil jurisprudencia en la materia dado que la autorización judicial era exigida en el régimen del Código Civil (art. 297)²⁰⁰.

²⁰⁰ Ver BUSSO, *op. y loc. cit.*, com. al art. 297, N° 19; BORDA, *Familia cit.*, T. II, N° 909, y sus referencias.

80.5. *Procedimiento*. El artículo 780 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación es aplicable por analogía en las jurisdicciones en que corresponda²⁰¹. En las provincias existen preceptos similares aptos para ser utilizados al respecto.

La intervención del Ministerio de Menores es indispensable (art. 59).

80.6. *Carga y objeto de la prueba*. El o los solicitantes deben ofrecer y rendir la prueba de la finalidad, contenido y elementos accesorios del negocio a celebrar.

80.7. *Criterio para el otorgamiento de la autorización*. El juez autorizará el negocio por su conveniencia patrimonial con respecto al interés del menor. El acuerdo de los progenitores excluye la perspectiva de colisión con el interés familiar. Si, por el contrario, el juez ha debido considerar el desacuerdo de los padres, en la resolución al respecto debe haber privado este interés.

El artículo 136 del Código Civil es de aplicación analógica, es decir, la autorización judicial será concedida en caso de absoluta necesidad o de ventaja evidente²⁰².

80.8. *Alcances de la autorización*. La autorización debe ser específica para cada acto que la necesite.

En la hipótesis de “negocios habituales”, reputados actos de administración, es razonable admitir una autorización genérica si bien claramente determinada en cuanto a los mismos.

80.9. *Sanciones*. Son de nulidad relativa los negocios jurídicos celebrados por el o los padres sin la debida autorización judicial. Así resulta de la aplicación del artículo 299, de enfática redacción, para

201 BOSSERT y ZANNONI, *op. cit.*, com. al art. 297, parágr. 5.

202 BORDA, *Familia cit.*, T. II, N° 908; BUSO últimamente cit., N° 22 a 24 y sus referencias doctrinarias y jurisprudenciales.

los actos comprendidos en el artículo 297 y, si se opinara que dicho texto no alcanza al contenido del artículo 264 quater, la misma sanción se desprende, para los actos aquí incluidos, de la disposición del artículo 18 del Código Civil aplicable en virtud de simple interpretación gramatical.

La determinación de la naturaleza jurídica del requisito inviste un interés solamente teórico. Considerar que se trata de una *conditio juris*, como sostiene Piantoni²⁰³, no modifica la conclusión puesto que la falta de este tipo de requisitos no concierne acuerdo doctrinario en cuanto a sus consecuencias, sosteniéndose tanto la invalidez del negocio afectado como su ineficacia en sentido estricto. Es muy ilustrativo, sobre estos temas, el voto de Bueres en sentencia que se pronunció por la nulidad de un boleto de compraventa de un inmueble del menor carente de autorización judicial y esgrimido para demandar la escrituración²⁰⁴.

La autorización judicial otorgada posteriormente a la celebración del acto salva el vicio.

Tratándose de nulidad relativa, el hijo puede confirmar el acto una vez adquirida la capacidad. En cuanto a su invocación, podría dudarse que pueda proceder de los mismos representantes legales

203 PIANTONI, Mario A., *Conditio juris*, en LL 1980-C, 158.

204 CNCiv. Sala D, 25 de febrero de 1986, en LL, fallo N° 85.002.

Explicó Bueres que la impugnación de la sentencia de primera instancia era insostenible cualquiera sea la calificación jurídica que se dé en cuanto a la enajenación de bienes del menor sujeta a ulterior "ratificación" judicial. "A propósito de ello, escribe, no creo que se esté en presencia de una condición suspensiva 'voluntaria' (o *conditio facti*), dado que la exigencia de la autorización no tiene origen negocial sino que dimana de la ley. Tampoco sería factible hablar de la existencia de una *conditio iuris*, si se concede a este instituto el valor de requisito de mera 'eficacia'... Sin embargo, no desconozco que en este punto la terminología no es unívoca, pues hay quienes piensan que las *conditio iuris* no sólo se concatenan con la 'eficacia en sentido estricto' sino también con la 'validez' de un negocio. De todas formas, y más allá de las nominaciones, de la correlación existente entre los artículos 297 (hoy sustituido) y 299 del Código Civil, surge que el acto otorgado sin observarse la autorización del juez es 'nulo', de donde, indudablemente, estoy frente a un requisito de 'validez' del acto".

pendiente la minoridad, a modo de apelación a su propia torpeza, lo que podría comportar la indefensión del menor. En todo caso, la nulidad debe ser invocada por el Ministerio de Menores que es parte necesaria en el pleito suscitado por los terceros interesados a los efectos de la satisfacción de las obligaciones a su favor.

F) CONCLUSIONES

81. Síntesis

Sintetizamos lo expuesto en este capítulo según los actos jurídicos de que se trate.

81.1. *Actos conservatorios.* Los actos conservatorios corresponden a:

- a) la actuación indistinta de padre y madre matrimoniales o extramatrimoniales convivientes;
- b) la actuación del progenitor que tiene la tenencia del hijo o la gestión de sus bienes por haberle sido atribuida la administración;
- c) la actuación del único progenitor en ejercicio de la autoridad paterno-materna o del único que tiene la gestión de todos o determinados bienes del menor.

81.2. *Actos de administración.* Los actos de administración corresponden a:

- a) la gestión conjunta de padre y madre matrimoniales o extramatrimoniales convivientes, salvo que la administración haya sido atribuida a uno de ellos, no pudiendo, en este caso, prescindirse del consentimiento conjunto en los negocios que necesitan autorización judicial y que son los incluidos en el artículo 298 y en el segundo párrafo del artículo 297 que pueden, muy excepcionalmente, ser actos de administración;
- b) la gestión conjunta de los progenitores no convivientes, salvo que la administración haya sido atribuida a uno de ellos con la acla-

ración recién expuesta con respecto a los actos que requieren autorización judicial;

c) la gestión del único progenitor en ejercicio de la autoridad o del único que tiene la gestión de todos o algunos de los bienes, con autorización judicial si requerida según la especie de negocio.

81.3. *Actos de disposición.*

1º) Los actos de disposición corresponden a:

a) la gestión conjunta de padre y madre matrimoniales o extra-matrimoniales convivientes, con autorización judicial, cuando recaen sobre inmuebles o muebles registrables: cuando consisten en enajenaciones de cualquier clase de bienes de los hijos, salvo los ganados cuya venta está permitida al usufructuario; cuando consisten en constitución de gravámenes o en transferencia de derechos reales de los hijos sobre bienes de terceros;

b) la gestión conjunta con autorización judicial, en idénticos términos, en caso de tenencia del hijo, de distribución de contenidos de la patria potestad y de administración atribuida a uno de los progenitores;

c) la gestión del único progenitor en ejercicio de la patria potestad o del único que tiene a su cargo la gestión de todos o de determinados bienes, con autorización judicial en los casos señalados en el párrafo a).

2º) Los actos de disposición sobre bienes muebles no registrables tienen el mismo régimen de los actos conservatorios si no necesitan autorización judicial

82. *Legislación extranjera*

El requisito de la autorización judicial existe en todas las legislaciones para los negocios jurídicos de mayor significación o riesgo patrimonial, con variantes de detalle. Pueden ser confrontados los

artículos 167 del Código Civil español, 320 del Código Civil italiano en redacción de la ley de mayo de 1975, 88 y 90 del Código del menor paraguayo, 267 del Código Civil venezolano, 266 del Código de Familia boliviano, 87 del cubano, 134 del costarricense, 447, 448 y 449 del Código Civil peruano, etcétera.

El Código Civil venezolano es minucioso en cuanto al trámite de la autorización (art. 269); el Código de Familia de Bolivia le dedica los artículos 470 a 472, por separado, al legislar sobre otros procedimientos familiares.

En cuanto a la actuación conjunta o individual de los progenitores, depende del régimen de patria potestad. Nos remitimos a las breves referencias expuestas en el Capítulo I.