

Implicancias patrimoniales de la responsabilidad parental

María de los Ángeles Bonzano¹

I. Introducción

Ciertamente la incorporación al techo axiológico de nuestro sistema normativo del derecho internacional de los derechos humanos por la puerta del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional ha impactado de modo particular en el derecho de familia en el efecto de “constitucionalización del derecho privado” que tal modificación produjo.

En efecto, de conformidad al principio de jerarquía normativa consagrado por el art. 31 de nuestra Carta Magna, este derecho constitucional humanitario impone una relectura de las normas del derecho interno a la luz de los principios, derechos y garantías que aquel contiene.

La responsabilidad parental ciertamente no resulta ajena a este necesario proceso de interpretación de su regulación en el marco de este renovado derecho constitucional argentino.

En ese escenario resulta preciso delimitar cuales son los principios y derechos incorporados por este elenco de Tratados, Pactos y Convenciones que han de iluminar el análisis de la normativa vigente en materia de responsabilidad parental.

Sin dudarlos, ellos son: el interés superior del niño (art. 3 de la CDN), el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en todas aquellas cuestiones que los involucren (art. 12 de la CDN), la denominada “autonomía progresiva” (art. 5° de la CDN)² y la igualdad de derechos del padre y la madre en las materias relacionadas con sus hijos (art. 16 de la CEDAW).

Se ha señalado reiteradamente que el “*interés superior del niño*” configura una fórmula indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones. Compartimos la afirmación en este último aspecto toda vez que particularmente los jueces han echado mano a este

¹ Profesora Asistente de Derecho Privado VI (Derecho de Familia y Sucesiones) de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC. Investigadora Categoría 3 de la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la UNC. Vocal de Cámara de Familia de la ciudad de Córdoba.

² Precisamente, el Proyecto de Código Civil y Comercial expresamente contempla los tres cuestiones enunciadas como los principios que rigen la responsabilidad parental, al prescribir: “La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”.

concepto para fundamentar resoluciones muchas veces en sentidos absolutamente opuestos.

Entendemos que la atribuida vaguedad de la expresión se despeja si en la determinación del “mejor interés” se contemplan las particulares circunstancias personales y de lugar y tiempo del niño, niña o adolescente³ y se decide acorde a lo que, en proyección de futuro, asegure su desarrollo pleno en todos los aspectos que hacen a su personalidad⁴.

Desde nuestra mirada, quien ha definido de modo más acabado, y a la vez más sencillo el concepto de “interés superior del niño” es el chileno Cillero Bruñol. Entiende este autor que la noción de interés superior del niño se identifica con la plena satisfacción de sus intereses; esto es, la absoluta vigencia de sus derechos en tanto éstos integran el contenido de tal mejor interés⁵.

En el mismo camino ha señalado Cecilia P. Grosman: “...parece útil, a nuestro criterio, asociar el ‘interés del niño’ con sus derechos fundamentales. Esto significa que resultará en interés del menor toda acción o medida que tienda a respetar sus derechos y perjudicial, aquellas que puedan vulnerarlos”⁶. Ello así, toda decisión que transgreda -aunque sea mínimamente- algún aspecto de los derechos reconocidos al niño, niña o adolescente por la Convención, deviene contraria a su “interés superior”.

La ley 26.061, de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes ha recogido explícitamente esta postura en orden a la conceptualización del principio de interés superior del niño en su art. 3º, al prescribir: “A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley...”, derechos y garantías éstos que replican de modo ampliado los establecidos en la Convención Internacional sobre los Derecho del Niño⁷. Expresamente, el art. 3 de la CDN señala como responsables de atender al “interés superior del niño” a las

³ Ello, por cuanto si bien todo niño, niña o adolescente es sujeto de derechos y así debe ser reconocido, las posibilidades y particularidades de realización de tales derechos presentan connotaciones y exigencias diversas en cada caso particular.

⁴ Cfr. Gil Domínguez, Andrés. Famá, María Victoria. Herrera, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I. Ediar, Buenos Aires, 2006, págs. 47/48.

⁵ Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary, *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Tomo I, Ed. Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1999, págs. 66 y sgtes..

⁶ Grosman, Cecilia, “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia”, en *La Ley* 1993-B, 1089.

⁷ En adelante indistintamente Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Convención o CDN.

instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos. Por su parte, el art. 18 de la Convención incluye entre tales responsables a los padres -esto es, al padre y a la madre-, al señalar que su preocupación fundamental en el ejercicio de la responsabilidad de crianza y desarrollo de sus hijos ha de ser el interés superior del niño⁸.

En consonancia con el espíritu de la Convención, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, expresamente prescribe que el principio del “interés superior del niño” rige en materia de “patria potestad”; es decir, aquel principio debe indefectiblemente presidir las decisiones que en ejercicio de la responsabilidad adopten los padres.

Finalmente, cabe señalar que en materia de responsabilidad parental el “standart” del interés superior del niño tiene reconocimiento legal, aún antes de la adopción de la CDN por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1989, a partir de la reformulación del régimen de la “patria potestad” por el legislador de 1985 a través de la ley 23.264. En efecto, el art. 264 ter del Código Civil alude expresamente al “interés del hijo” como la pauta que ha de guiar la decisión judicial en los casos de desacuerdo entre el padre y la madre en relación al ejercicio de la patria potestad. Esta norma refleja de modo concreto la incorporación a la normativa de la “patria potestad” de lo que la doctrina ha denominado “la cláusula de beneficio de los hijos”⁹.

El *derecho del niño a ser oído* en todo asunto que lo afecte prescripto por el art. 12 de la Convención, ha encontrado consagración protagónica en la ley 26.061 al constituir una de las pautas a respetar en la consideración del interés superior del niño expresamente previstas por el art. 3° de la ley citada. Es que, tal como se ha sostenido “*el niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su propio interés superior*”, sin cuya intervención -a partir de la expresión de su opinión y deseos- se torna difícil determinar su mejor interés¹⁰.

⁸ En efecto, el art. 18 de la CDN prescribe textualmente: “1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño...”.

⁹ Bonzano, María de los Ángeles, “La patria potestad a la luz del derecho constitucional humanitario” en *Semanario Jurídico* Número: 1416, 10/07/2003, Cuadernillo 2, Tomo 88, Año 2003.

¹⁰ Pérez Manrique, Ricardo C., “Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes”, Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR, 2006, citado en Gil Domínguez, Andrés. Famá, María Victoria. Herrera, Marisa, *Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes*, Ediar, Buenos Aires, 2007, págs. 93 y 94.

Claramente esta obligación de oír al hijo en todos los supuestos de ejercicio de la responsabilidad parental halla también expresa confirmación implícita en el penúltimo párrafo del referido art. 3° de la ley 26.061¹¹.

El deber de oír al niño, niña o adolescente y el correlativo derecho de éstos de expresar su opinión en todos los asuntos que les atañen y, especialmente, que ésta sea tomada en cuenta a la hora de decidir encuentra necesario correlato en lo que se ha denominado el *principio de autonomía progresiva* introducido por la CDN en el art. 5.

Hemos afirmado hace ya tiempo que este principio incide de modo particular en el sentido de la responsabilidad parental. En tal sentido expresamos: *“este principio resignifica el fin de la patria potestad que regula el art. 264 en su primer párrafo. Otorga un sentido claro a la finalidad de protección y formación integral que esa norma enuncia e impone un modo de ejercer ‘la autoridad paterna’. Es que a la luz del art. 5 de la CDN la protección y formación integral indefectiblemente han de concretarse a través de acciones de dirección y orientación de los hijos, para que éstos, conforme el desarrollo de sus facultades, ejerzan los derechos garantizados en la CDN.¹² El fin de la patria potestad luce ahora transparente en el marco constitucional: se trata de deberes-derechos reconocidos a los padres por el ordenamiento interno, con el solo fin que el niño logre el ejercicio autónomo y progresivo de sus derechos”¹³.*

En esa dirección, ha de anotarse que el reconocimiento constitucional de autonomía progresiva a niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos pone en tensión

¹¹ Art. 3°, ley 26.061: “INTERÉS SUPERIOR. A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente, la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar; a) Su condición de sujeto de derecho; b) **El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta**; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. **Este principio rige en materia de patria potestad**, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derecho e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (el resaltado nos pertenece).

¹² En el mismo sentido Basso, Silvina Mariana, Basso, Silvina Mariana, “Niñas o adolescentes que entregan a sus hijos en guarda con fines de adopción y la efectividad de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño” en *RDF* N° 17, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, pág. 105.

¹³ Bonzano, María de los Ángeles, “La patria potestad a la luz del derecho constitucional humanitario”, loc. cit..

el sistema vigente de representación de los padres respecto de sus hijos de conformidad a las reglas de capacidad e incapacidad previstas por el ordenamiento civil.

Desde nuestro parecer, el reconocimiento de la autonomía progresiva a niñas, niños y adolescentes excede el ámbito de los derechos personalísimos de éstos y comprende o incluye también a los aspectos patrimoniales. Ello, por cuanto entendemos que en unos y otros el reconocimiento de la autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes implica admitir la participación de éstos en el ejercicio de sus derechos, más allá de reconocer que las características de tal participación pueden presentar contornos diferentes según se trate de derechos personalísimos o de derechos en relación a bienes de su titularidad¹⁴.

En lo que hace al principio de igualdad de derechos del ambos padres en las cuestiones relativas a sus hijos consagrado por el art. 16 de la CEDAW¹⁵, el mismo encuentra plena recepción en la regulación de la responsabilidad parental por nuestro ordenamiento civil. En efecto el legislador de la reforma al régimen de la denominada “patria potestad” consagró tal igualdad de derechos parentales del padre y la madre aún antes de su consagración a nivel internacional.

II. Deberes y facultades de los padres en relación al patrimonio de sus hijos

Las implicancias patrimoniales de la responsabilidad parental reguladas en el derecho argentino vigente son el usufructo de los padres y la administración por estos de los bienes de los hijos/as.

No desconocemos que la obligación alimentaria de los padres respecto de su prole presenta un costado patrimonial en lo que refiere al modo de cumplimiento de ella. Sin embargo, en atención a que su finalidad apunta a la manutención, vivienda, salud, educación, recreación, etc. de los hijos/as entendemos que su naturaleza es esencialmente personal, por lo que no referiremos a ella en estas líneas.

1. El usufructo de los padres sobre los bienes de sus hijos/as

a) Su regulación en el derecho argentino vigente

¹⁴ En efecto, claramente en el caso de los derechos personalísimos, a partir de su carácter intrasmisible, incesible, el respeto a la autonomía progresiva exige concluir la improcedencia de la representación paterna en su otorgamiento, el cual se concreta con el consentimiento al acto, el que necesariamente deberá ser prestado por el titular del derecho personalísimo. Reconocemos que en estos casos, sin dudarlo la representación paterna-materna es sustituida por la asistencia.

¹⁵ Convención Internacional de Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer

Al reglamentar nuestro ordenamiento civil el derecho real de usufructo, prevé en el art. 2816 del Código Civil¹⁶ al usufructo paterno como un supuesto de usufructo legal¹⁷. Sin embargo, la propia norma somete al usufructo de los padres a su regulación en el título “De la patria potestad”.

En torno a esta previsión normativa se ha discutido si el usufructo paterno configura una especie del derecho real de usufructo¹⁸, un usufructo con caracteres propios¹⁹ o una institución propia del derecho de familia²⁰

El usufructo de los padres, expresamente previsto por el art. 287 del Código Civil²¹ es el derecho que les reconoce la ley de usar y gozar de los bienes que conforman el patrimonio de sus hijos/as matrimoniales y extramatrimoniales voluntariamente reconocidos y de percibir para sí los frutos y rentas que ellos devenguen, mientras aquellos se encuentren bajo su responsabilidad parental²².

Doctrina y jurisprudencia acuerdan, si bien con fundamentos diferentes, en que durante la convivencia de los padres, este derecho corresponde a ambos por mitades. En cambio, existen opiniones encontradas en relación al supuesto en que los padres no conviven.

En efecto, por un lado se afirma que la expresión “bajo su autoridad” alude a la titularidad de la responsabilidad parental. De donde, como independientemente de que los padres convivan o no convivan son titulares de tal responsabilidad, en los dos supuestos el usufructo corresponde a ambos por mitades, excepto el caso que uno de ellos hubiese sido privado de la responsabilidad parental en los términos del art. 309 del Código Civil²³.

¹⁶ En adelante indistintamente Código Civil, Cód. Civil o C.C.

¹⁷ Ello, caracterizándolo en relación a su forma, de conformidad a los modos de constituir este derecho real previstos por el art. 2812 del C.C..

¹⁸ Lafaille, Héctor, *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo II, N° 1338; Rébora, Juan Carlos, *Instituciones del Derecho de Familia*, T. IV, pág. 336.

¹⁹ Mazzinghi, Jorge Adolfo, *Derecho de Familia*, Tomo III, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981, págs. 486 y sgtes.; Zannoni, Eduardo, *Derecho de Familia*, T. II, N° 1389.

²⁰ Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Familia*, Tomo II, Abeledo Perrot, N°916; Belluscio, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, Tomo II, Depalma, Buenos Aires 1977, N°299/313.

²¹ La ley 26.618 modificó el art. 287 del CC, sustituyendo la expresión “El padre y la madre...” que ella contenía, por “Los padres...”, adecuándola así a la realidad del matrimonio igualitario que aquella incorpora. Claramente el derecho también corresponde “a las madres” cuando la pareja parental se configura por dos mujeres, supuesto absolutamente encuadrable en la reforma introducida a nuestra legislación por la ley 26.618.

²² La norma reza “...que estén bajo su autoridad...”. Hacemos la salvedad por la incidencia que ello tiene en cuanto al derecho al usufructo de padres no convivientes.

²³ Lloveras, Nora, *Patria Potestad y Filiación*. Comentario Analítico de la ley 23.264, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, págs. 243/244 y 252/254; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 03/12/1996, “B. L., M. L. v. G., A.”. Jurisprudencia Argentina 1997-IV-502, Abeledo Perrot N° 974652 en www.abeledoperrotonline2.com, Voto de la Minoría.

Desde otra posición, se asevera que la expresión “bajo su autoridad” refiere al ejercicio de la responsabilidad parental, por lo que el reconocimiento del derecho en el supuesto de padres que conviven encuentra su fundamento en que en este caso ambos comparten el ejercicio, de conformidad a lo previsto por el art. 264, inc. 1º, del C.C.. En cambio, cuando los hijos están “bajo la autoridad” de uno solo de ellos por tratarse de un supuesto de ejercicio unilateral, el derecho a percibir el usufructo de los bienes de los hijos corresponde al padre ejerciente exclusivamente²⁴.

No resulta cuestión menor la posición que se adopte, en tanto el usufructo de los bienes de los hijos puede ser atacado por los acreedores de los padres en la proporción que a cada uno le corresponda²⁵.

El usufructo de los padres encuentra restricciones en lo dispuesto por los arts. 287, 290 y 291 de nuestro ordenamiento civil.

Por una parte, el art. 287 del C.C. enumera los bienes excluidos de tal usufructo en forma expresa ya sea por la ley -los adquiridos mediante su trabajo y los heredados con motivo de la indignidad o desheredación de sus padres²⁶- o por la voluntad del testador o donante. A su vez, existe exclusión implícita del usufructo paterno en el supuesto de indicar el donante o testador el destino de las rentas y frutos, tal como lo prevé el art. 290 *ibidem*. En todos estos supuestos la restricción al usufructo paterno es absoluta o total.

Por otro lado, la ley civil prevé supuestos de afectación del usufructo de los padres que designa como “cargas” y enumera puntualmente en el art. 290 del Código. Ellas son: 1º) las que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de afianzar, 2º) los gastos de subsistencia y educación de los hijos, en proporción a la importancia del usufructo, 3º) el pago de los intereses de los capitales que venzan durante el usufructo, y 4º) los gastos

²⁴ Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, T. II, Buenos Aires 1993, pág. 188, Belluscio, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*. 9ª edición actualizada, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, págs.639/640; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, 09/05/1995, “G., M. C. c/ A. M., R. B.”, *La Ley* 1995 D, 654; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 03/12/1996, “B. L., M. L. v. G., A.”. *Jurisprudencia Argentina* 1997-IV-502, Abeledo Perrot N° 974652 en www.abeledoperrotonline2.com, Voto de la Mayoría.

²⁵ Imaginamos el supuesto de un acreedor que contrató con uno de los padres en tiempos en que estos convivían y por tanto compartían el usufructo de los bienes de los hijos -circunstancia valorada por aquel al proporcionar el crédito por gastos no comprendidos en el art. 6 de la ley 11.357- y que luego, frente al incumplimiento y la necesidad de ejecutar el usufructo, ante la guarda unilateral del hijo por el progenitor no deudor se encuentra imposibilitado de realizar su crédito.

²⁶ En este punto la exclusión del usufructo de los padres coincide con lo dispuesto en los arts. 3301 y 3749 del C.C., en donde respectivamente se establece que el indigno y el desheredado no pueden reclamar el usufructo de los bienes que por vía de la sucesión reciban sus hijos.

de enfermedad y entierro del hijo, como los del entierro y funerales del que hubiese instituido por heredero al hijo.

Tales cargas configuran hipótesis de restricción parcial al derecho de los padres, toda vez que éste podrá ser ejercido una vez cumplidas tales cargas, en cuanto reste²⁷. Como consecuencia de las “cargas” del usufructo de los padres y de conformidad a lo expresamente previsto por el art. 292, 2ª parte, del Código Civil Argentino, dicho usufructo no puede ser embargado por deudas de aquellos sino dejándoles lo que fuere necesario para cubrir tales “cargas”.

Teniendo en cuenta ello, cabe considerar como habrá de procederse en las siguientes situaciones:

a) supuesto de traba de embargo por parte de los acreedores de los padres por un monto que excede lo necesario para cubrir las cargas del usufructo. En tal caso, de acuerdo a la norma citada, acreditado el monto requerido para cubrir las cargas del usufructo, deberá ordenarse el levantamiento del embargo en tal proporción;

b) situación en la que la quiebra de uno de los padres, comprende el usufructo de los bienes de sus hijos en un monto que compromete lo necesario para hacer frente a las cargas que de aquel se derivan en términos del art. 290 del C.C.. En tal supuesto se ha entendido que los acreedores se encuentran impedidos de agredir el bien objeto del usufructo paterno²⁸.

Un tema recurrente en la jurisprudencia en relación a la temática que venimos examinando, refiere a la determinación de si los intereses del capital de titularidad de los hijos, en tanto rentas, forman o no parte del derecho de usufructo de los padres.

No existen dudas acerca de que el usufructo de los padres no comprende el dinero de los hijos. Tal certeza fue consagrada expresamente por un antiguo fallo plenario de las Cámaras Civiles de la Capital Federal²⁹ en el que se limitó el usufructo paterno a los intereses o rentas que el dinero de los hijos produce.

En referencia a los intereses concretamente, los planteos giraron reiteradamente en torno al interrogante de si corresponden a los padres como usufructo los intereses

²⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 04/11/1999, “B. L., M. L. c. G., A.”, *La Ley* 2000-E, 253.

²⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, 30/06/2009, “Visconti, Claudio Osvaldo s/ quiebra”, *La Ley* 2010-B, 633, con nota de Solari, Néstor E.

²⁹ Cámaras Civiles de la Capital Federal en Pleno, 9/10/33, *J.A.* 43-1141. Allí se dijo: “...de acuerdo al régimen del Código Civil, el padre no puede adquirir, ni aun por mera ficción legal, la propiedad del dinero adjudicado al hijo menor, sino solo el derecho a percibir los intereses o rentas, y a su vez el derecho de sus acreedores está limitado a ese goce, y aun así, en la parte que no fuese necesaria para llenar las cargas legales (conf. art. 292, Cód. Civil)...”.

moratorios y/o los intereses compensatorios devengados por el capital de propiedad de sus hijos. A esta altura vale recordar que los primeros, llamados también “punitorios”, representan la indemnización o resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el acreedor en las obligaciones de dar sumas de dinero frente al incumplimiento oportuno del deudor. Por su parte, los intereses compensatorios, designados asimismo “retributivos” y en algunos supuestos “lucrativos”, operan como contraprestación por el uso del dinero ajeno; dicho de otro modo, son “el precio por el uso del capital”. No pareciera presentar dudas que los intereses moratorios, por su carácter resarcitorio corresponden al titular del capital, en el caso al hijo, y no se encuentran alcanzados por el usufructo de los padres.

La situación puntual referida a los intereses compensatorios, es la que ha presentado alguna diferencia en torno a su consideración respecto de la cuestión que tratamos. En un precedente reciente, se entendió por parte de la Cámara de Apelaciones Federal que *“la suma fijada en concepto de intereses a favor del menor como consecuencia de la demora en el pago de la indemnización fijada en la sentencia, formaba parte del capital de condena y no revestía la calidad de renta o fruto del mismo”*. Sin embargo, al expedirse la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso, sostuvo que *“no se aprecian razones valederas que justifiquen admitir una distinción fundada en la diversa naturaleza de los réditos, que no guarda correlación con el carácter universal del usufructo”*³⁰. Si bien no compartimos la respuesta del Máximo Tribunal en el tema, por entender que efectivamente por su naturaleza, las sumas percibidas en tal supuesto integran el capital y por tanto, no se encuentran alcanzadas por el derecho de usufructo de los padres, hacemos la salvedad que habrá de estarse al caso concreto y serán las particulares circunstancias de éste las que determinen la solución que resulte más equitativa y respetuosa de los derechos de cada uno de los interesados.

No podemos omitir mencionar las críticas que desde la más prestigiosa doctrina se han formulado al derecho de usufructo de los padres. En tal sentido, recientemente se ha sostenido que el sistema vigente al regular el usufructo paterno-materno desconoce el carácter de sujeto de derechos del hijo, titular entre otros de derechos patrimoniales y en su marco, del derecho a percibir los frutos y rentas de los bienes que componen su patrimonio. Asimismo se ha dicho que no se pueden justificar las razones por las que el

³⁰ CSJN, “U. de S., N. B. y otros c. Obra Social de Choferes de Camiones y otros”, 05/03/2002, La Ley 2002-D, 687

legislador mantiene el “desapoderamiento” o “vaciamiento” del patrimonio del hijo a título del usufructo de sus padres, dibujando una patria potestad ventajosa, provechos y que obtiene “ganancias” sobre el patrimonio de sus hijos³¹, opinión que compartimos en un todo.

No obstante ello, creemos preciso reflexionar acerca del modo en el que, en el sistema vigente en materia de usufructo paterno, han de operar los principios del derecho constitucional humanitario que más arriba mencionáramos.

En tal sentido, afirmamos con convicción que la incorporación de la opinión del hijo/ja acerca del destino que ha de darse al usufructo de sus bienes por parte de sus padres, de conformidad al grado de desarrollo de su autonomía progresiva, no puede obviarse en el escenario de una familia con prácticas democráticas en su seno.

b) El usufructo paterno en el derecho proyectado

Finalmente, procurando esbozar algunas líneas acerca del tratamiento que el tema que estamos desarrollando ha encontrado en el Proyecto de Código Civil y Comercial, cabe subrayar que el art. 697 elimina del ordenamiento civil el usufructo de los padres al disponer expresamente que “*Las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste...*”. El proyecto se hace eco en este punto de las voces que propiciaban la supresión del usufructo paterno-materno³².

En los Fundamentos se expone en relación a esta cuestión: “*Se deroga la figura del usufructo paterno porque si los hijos son sujetos de derechos diferentes a sus padres, los frutos de sus bienes no deben ingresar al patrimonio de sus progenitores, sino que deben ser conservados y reservados para ellos*”³³.

Ratificando la propiedad del hijo respecto de las rentas que producen sus bienes, el artículo que comentamos dispone que los progenitores tienen la obligación de preservarlas y de cuidar que no se confundan con sus propios bienes. No obstante, se prevén dos hipótesis en las que los padres pueden disponer de las rentas de los bienes de los hijos: sin autorización judicial (art. 697) y con autorización judicial (art. 698).

Los padres pueden disponer de tales rentas con autorización judicial invocando razones fundadas y en beneficio de los hijos. En este caso no se prevé la obligación de

³¹ Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Capítulo VII, “Los niños, niñas y adolescentes y las tutelas especiales en las relaciones familiares”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006, pág. 504

³² Lloveras, Nora y Salomón, Marcelo, ob. cit.

³³ Fundamentos del Proyecto de Código Civil y Comercial, pág.96

rendir cuentas, pero pueden el padre y la madre hacerlo en caso de pedido del hijo, cuya madurez se presume a estos efectos.

También pueden los padres hacer uso de las rentas de los bienes de los hijos sin necesidad de autorización judicial cuando lo sea para la subsistencia y educación del hijo que los progenitores no pueden asumir, los gastos de enfermedad, entierro de los hijos o de la persona que haya instituido heredero al hijo, y para los gastos derivados de la administración de tales rentas. En este supuesto si se encuentran obligados los padres a rendir cuentas.

Desde nuestra mirada, el Proyecto da adecuada solución al tema, reafirmando al hijo como sujeto de derechos y por tanto reconociéndole la titularidad de sus bienes y de las rentas que estos produzcan, sin desconocer que en circunstancias especiales puede admitirse la utilización de tales rentas por los padres, ratificando -al mismo tiempo- el principio de capacidad progresiva del hijo, al presumirla si éste decide pedir rendición de cuentas a sus padres por tal uso.

2. La administración de los bienes de los hijos como responsabilidad de los padres

a) Regulación en el Código Civil Argentino

La responsabilidad paterno-materna de administrar el patrimonio de los hijos deriva de lo prescripto por el art. 293 del Código Civil, norma de la que surge el carácter universal de tal gestión en cuanto dispone: *“Los padres son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad...”*. Sin embargo el mismo precepto prevé seguidamente las restricciones a tal responsabilidad³⁴.

Si bien, de conformidad al art. 264 del C.C., cuando ambos progenitores conviven con el hijo se presume que los actos otorgados por uno de ellos cuentan con la autorización del otro, en materia de administración la presunción no funciona por haber sido incorporada ella al elenco de actos “trascendentes” para la vida del hijo que

³⁴ En efecto, el art. 293 excluye de la administración de los padres los bienes que los hijos hereden con motivo de la indignidad o desheredación de sus padres y los bienes adquiridos por los hijos por herencia, legado o donación cuando hubieran sido donados o dejados por testamento bajo la condición de los padres no los administren.

También quedan fuera de la administración paterno-materna los bienes que adquieran con el producto de su trabajo los menores que han obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión, de acuerdo a lo previsto por el art. 128 del CC.. Compartimos la opinión que sostiene que, de conformidad a la legislación laboral vigente, debe tratarse en este caso de menores mayores de 16 años, edad mínima para celebrar contrato de trabajo conforme lo dispuesto por la ley 26390 (Cfr.Lloveras, Nora y Faraoni, Fabián, *La mayoría de edad argentina*, Nuevo Enfoque, Córdoba 2010, pág. 121).

indefectiblemente requieren del otorgamiento conjunto. Así resulta de lo previsto por el art. 264 quater inc. 7°, excepto que uno de los padres delegue la administración en el otro conforme lo dispuesto por el art. 294.

De tal suerte, la previsión del art. 264 quater inc. 7° del CC consagra el principio de la administración conjunta de los padres del patrimonio de sus hijos. Dicho principio presenta una excepción en los “actos conservatorios”, los que según dispone el art. 294 ibidem pueden ser otorgados por cualquier de los padres indistintamente.

Tal exigencia de otorgamiento conjunto de los actos de administración respecto de los bienes de los hijos ha sido permanente objeto de críticas, imputándosele complicar innecesariamente el manejo de los intereses de los hijos por entenderse que estos actos, al igual que los conservatorios del patrimonio de aquellos, deberían poder ser otorgados indistintamente por cualquiera de los padres³⁵. En el mismo camino ha señalado la jurisprudencia *“La aplicación rigurosa del art. 264 quater del Cód. Civil, en lugar de proteger los intereses del menor podría conducir a conclusiones disvaliosas. Por lo tanto debe partirse de la distinción respecto de los actos sobre los cuales la ley requiere la actuación conjunta de ambos padres y aquellos para los que entiende que resulta indistinta la de cualquiera de ellos, presumiendo el consentimiento del otro. Los actos conservatorios y de administración realizados por uno de los padres que no se vinculan a negocios de futuro o proyectos de administración a desarrollarse en el tiempo, sino que se agotan en su realización y benefician al menor, se incluyen dentro de las hipótesis en las cuales la ley entiende que resulta indistinta la actuación de cualquiera de los progenitores”*³⁶.

Parafraseando a D’Antonio, la autorización de gestión patrimonial indistinta de los padres en atención al carácter conservatorio del acto deberá ser evaluada en el caso concreto, teniendo en cuenta la función económica que aquel cumple y el resultado que se espera obtener en el patrimonio del hijo³⁷.

En esta materia, tal como ocurre en relación al usufructo, existen posiciones opuestas en orden a como funciona esta responsabilidad de los padres cuando ellos no conviven.

³⁵ Highton, Elena I. y Lambois, Susana E, “El patrimonio de los hijos sometidos a patria potestad” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 12, Derecho de Familia Patrimonial, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 1996, pág.159

³⁶ Cifuentes, Santos (Director), Sagarna, Fernando Alfredo (Coordinador), *Código Civil Comentado y Anotado*. 2° Edición Actualizada y Ampliada, Tomo I, La Ley, Buenos Aires 2008, pág. 331

³⁷ D’Antonio Daniel Hugo, Comentario al Art. 294 del C.C, en .Ferrer, Francisco A. M.. Medina, Graciela. Méndez Costa, María Josefa, *Código Civil Comentado. Derecho de Familia*. Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe 2004, pág. 76.

Por una parte, a partir de lo dispuesto por el art. 294 del C.C. en cuanto a que “*La administración de los bienes de los hijos será ejercida en común por los padres cuando ambos estén en ejercicio de la patria potestad...*” se sostiene que cuando tal ejercicio es unilateral, aquella se encuentra exclusivamente en cabeza del progenitor ejerciente³⁸.

Desde otra postura, se ha afirmado que aunque el ejercicio de la responsabilidad parental se encuentre a cargo de uno sólo de los padres, ambos deben otorgar el consentimiento en los actos de administración propiamente dichos, en un todo de conformidad con lo dispuesto por el inc. 7° del art. 264 quater del Cód. Civil, norma ésta que expresamente consigna que tal consentimiento expreso de ambos padres se requerirá en los casos de los incs. 1° (padres matrimoniales que conviven), 2° (padres matrimoniales que no conviven) y 5° (padres extramatrimoniales que conviven y que no conviven) del art. 264³⁹.

La reflexión acerca de la responsabilidad de los padres como administradores del patrimonio de sus hijos exige indagar acerca de la naturaleza de este deber-facultad. En tal sentido se ha sostenido que la gestión paterna de los bienes de los hijos se rige en primer lugar por las normas propias de la “patria potestad” y subsidiariamente por las del mandato, en concordancia con lo previsto por el art. 1870 inc. 1° del CC⁴⁰. En ese marco, los padres se encuentran obligados a rendir cuentas de su administración a los hijos⁴¹.

En la gestión patrimonial de los padres deben distinguirse tres categorías de actos: a) actos absolutamente prohibidos, b) actos que requieren autorización judicial, y c) actos que los padres pueden realizar libremente.

Los actos de administración absolutamente prohibidos a los padres se encuentran enumerados en el primer párrafo del art. 297 del CC y la restricción legal a su respecto no puede ser removida ni con autorización judicial.

La prohibición de comprar por sí o por persona interpuesta bienes de los hijos, ni aún en remate público, es acorde a lo dispuesto en materia de compraventa por el art. 1361 inc. 1° y se enmarca en la prohibición general de contratar con los hijos que prescribe el art. 279 del Código Civil. Sin embargo, esta última admite excepciones en

³⁸ Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Abeledo Perrot, pág. 144

³⁹ Lloveras, Nora. *Patria Potestad y Filiación*, ob. cit., pág. 261

⁴⁰ Méndez Costa, María Josefa y D'Antonio, Daniel Hugo. *Derecho de Familia*. Tomo III. Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe 1990, pág. 245.

⁴¹ Highton, Elena I. y Lambois, Susana E, “El patrimonio de los hijos sometidos a patria potestad”, loc. cit., pág. 205

materia de sociedades en el caso de donación al hijo, expresamente autorizada por el art. 1805 del CC y a otros contratos gratuitos como el comodato, el mutuo y el mandato. Claramente tal proscripción de contratar en general persigue como finalidad evitar que el padre aproveche de su facultad para beneficiarse, en desmedro del patrimonio del hijo.

En los restantes supuestos de actos de administración prohibidos a los padres⁴² la razón del impedimento ha de encontrarse en que la colisión de intereses que se derivaría de su admisión vulneraría los principios ético-morales que informan la responsabilidad parental.

El art. 299 del Cód. Civil sanciona con la nulidad a los actos otorgados en contra de lo dispuesto por los arts. 297 y 298, privándolos expresamente de efectos. En el supuesto de los actos de gestión patrimonial prohibidos, su nulidad deriva –asimismo– de lo prescrito por los arts. 1038 y 1043 del CC. Sin embargo, tal como se ha sostenido con acierto, en todos los casos la nulidad sería relativa en tanto tales actos son susceptibles de ser confirmados por el hijo –siempre que la nulidad no haya sido judicialmente declarada– una vez llegado a la mayoría de edad⁴³.

El segundo párrafo del art. 297 del Cód. Civil enumera los actos que requieren autorización judicial⁴⁴, completándose ello con la previsión del art. 298⁴⁵.

La norma exige autorización judicial para enajenar todo tipo de bienes de los hijos, de tal modo que quedan comprendidos en la exigencia los bienes muebles e inmuebles, registrables y no registrables y ciertamente no alcanza a los supuestos de venta forzosa.

Se ha afirmado al respecto que la autorización es requerida para cualquier acto de disposición de los bienes del hijo; esto es, para todo aquel acto que altere o modifique sustancialmente los elementos que forman el capital o comprometa su porvenir por largo tiempo y no persiga como el acto de administración la simple

⁴² Esto es, constituirse en cesionario de créditos, derechos o acciones contra los hijos, hacer partición privada con los hijos de la herencia del progenitor prefallecido o de aquella en la que ellos sean coherederos o colegatarios, y obligar a los hijos como fiadores de los padres o de terceros.

⁴³ Highton, Elena I. y Lambois, Susana E, “El patrimonio de los hijos sometidos a patria potestad”, loc. cit., págs.204/205.

⁴⁴ De conformidad a la norma estos son: la enajenación de bienes de cualquier clase de los hijos, la constitución de derechos reales sobre ellos o la transferencia de derechos reales que los hijos tengan sobre bienes de terceros.

⁴⁵ El art. 298 del CC requiere autorización judicial para enajenar ganado de propiedad de los hijos, cualquiera sea su clase.

productividad de los bienes o la persiga de un modo extraordinario⁴⁶. En este sentido, la jurisprudencia ha ido construyendo un interesante menú de actos que por ser considerados “actos de disposición” exigen de autorización judicial para su otorgamiento por los padres⁴⁷.

A los fines de la autorización judicial requerida por el art. 297 1ª. parte del Código Civil se exige que los padres acrediten la conveniencia de la enajenación y el destino que se va a dar a los fondos. En tal sentido la jurisprudencia ha dicho que “*Todo acto de disposición debe reunir la conjunción de los presupuestos de necesidad, ventaja y reinversión, los cuales pueden requerirse en conjunto o priorizarse alguno de ellos en función de las circunstancias particulares del caso, ya que éstos serán el fundamento de su procedencia*”⁴⁸.

Respecto a la exigibilidad de tal autorización para el otorgamiento de boleto de compraventa las opiniones se encuentran divididas. Así, algunos entienden que en tal caso no se requiere autorización judicial en tanto el acto no versa sobre la transmisión del dominio sino sólo de la asunción de una obligación personal de transmitirlo⁴⁹. Otros, en cambio, sostienen que la exigencia comprende este supuesto por la trascendencia patrimonial que la suscripción del boleto puede acarrear a los intereses del menor, en cuanto importa el compromiso de transmitir la propiedad del inmueble⁵⁰, opinión esta última que compartimos.

La constitución de derechos reales sobre los bienes de los hijos constituye sin dudar un acto de disposición, lo que justifica la exigencia de autorización judicial. Sin embargo, cuando se trata de la constitución de hipoteca o prenda para garantizar el saldo del pago de precio por la adquisición del bien para el hijo, parte de la doctrina opina que tal autorización no es necesaria pues en tal caso no se trata de la salida de un bien

⁴⁶ Cfr. Belluscio, Augusto César, *Manual de Derecho de Familia*, Tomo II, 5ª. edición actualizada, Depalma, Buenos Aires 1991, pág.327; Highton, Elena I. y Lambois, Susana E, “El patrimonio de los hijos sometidos a patria potestad”, loc. cit., pág. 181

⁴⁷ Entre otros, la suscripción de pacto de cuota litis por honorarios profesionales en nombre de los hijos (CSJBA, 21/03/01, “Jara de Fernández, Alicia I. y otros v. Plescia, Mario G. y otros s/Incidente homologación de convenio”, Abeledo Perrot N°70004292), del pacto de cuota litis sobre los derechos del hijo a ser indemnizado de los daños personales sufridos durante un accidente de tránsito concertado por el padre con los abogados (SCJMza, Sala I, 5/07/00, “Herrera Carlos v. Di Carlo, Juan y otro”. JA 2001-I-9), la concreción de convenio transaccional con la empresa de seguros demandada en nombre del hijo (Cám. 1ª. de Apelac. Civ. y Com. de Bahía Blanca, Sala II, 24/02/98, “Allende, Daniel v. La Previsión Cía. Seg. Ltda.”, Abeledo Perrot N° 35031131)

⁴⁸ Juzgado de Familia de 4ª. Nominación de Córdoba, A.I. N° 17, 13/02/03, “R. N. E. y otro – Solicita autorización”, Actualidad Jurídica, Revista Familia & Minoridad, julio 2005, Año II, Vol. 15, pág. 1578)

⁴⁹ Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A., Regimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264, Astrea, Buenos Aires 1985, págs. 339/359.

⁵⁰ Lloveras, Nora (comentario art. 297 del CC) en Bueres, Alberto J. (dirección) y Highton, Elena I. (coordinación), *Código Civil*. Parte General. Familia, Hammurabi, Buenos Ares 1995, pág. 1284

del patrimonio del hijo sino de su incorporación⁵¹. Desde otra posición se considera que aquella siempre es necesaria porque el dinero que se invierte en la compra pertenece al hijo y debe ser mantenido hasta la finalización de la patria potestad, lo que resulta incompatible con el riesgo que importa la constitución de hipoteca por el saldo del precio⁵².

Finalmente, los actos de gestión patrimonial que los padres pueden otorgar libremente incluyen todos los que importen la conservación de los bienes del hijo, y los actos propiamente de administración, que si bien no requieren autorización judicial deben ser otorgados conjuntamente según lo dispuesto por el art. 264 quater del C.C., excepto que exista mandato de administración a favor de uno de ellos.

Omitiremos en esta oportunidad el comentario sobre la privación de la administración y sus efectos regulada en los arts. 301,302 y 303 del C.C..

Desde la perspectiva de los principios del derecho constitucional humanitario que informan la responsabilidad parental, la lectura de las normas que regulan la gestión patrimonial de los padres merece, a nuestro criterio, algunas precisiones.

Claramente el régimen de administración de los bienes de los hijos se funda en la representación necesaria de los hijos que éstos ejercen por imperativo legal (art. 274 del CC). Ello así, la gestión patrimonial de los progenitores deriva y es acorde con el régimen de capacidad-incapacidad que el Código Civil prevé y la representación necesaria que dispone en relación a quienes la ley declara incapaces de hecho.

En ese marco, los poderes de los padres como administradores de los bienes de sus hijos ponen en tensión el reconocimiento del principio de capacidad progresiva de niños y adolescentes que incorpora la Convención sobre los Derechos del Niño con jerarquía constitucional.

Por otra parte, desde nuestra mirada la restricción al referido principio del derecho constitucional humanitario en cuanto al ejercicio del hijo del derecho de intervenir en la administración de su patrimonio conforme el grado de evolución y desarrollo de sus facultades luce contradictoria con la capacidad que la misma ley reconoce a los adolescentes a partir de los catorce años de edad para otorgar actos cuyas consecuencias pueden comprometer su existencia de por vida como la posibilidad de

⁵¹ Bossert, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A., ob. cit., págs. 339/359.

⁵² Méndez Costa, María Josefa, Bienes de los hijos menores. Administración. Disposición. Usufructo, Rubinzal-Culzoni, Santa fe 1987, págs. 204/205.

reconocer hijos, o la autorización para disponer de su patrimonio por acto de última voluntad, consagradas por el art. 286 del Cód. Civil.

Sin lugar a dudas, aún en el esquema legal de otorgamiento de los actos de administración de los bienes de los hijos por parte de los padres, aquellos deben ser informados oportunamente del acto y ser oída su opinión al respecto. Ello, no sólo en el supuesto en que, por tratarse de un acto de disposición es imprescindible la intervención judicial para el otorgamiento de la respectiva autorización, sino también en aquellos que no la requieren, en cuyo caso tal información y escucha son responsabilidad de los padres.

b) La gestión patrimonial paterna en el Proyecto del Código Civil y Comercial

Desde nuestra perspectiva el primer acierto del Proyecto en este punto es que sienta expresamente el principio de administración común de ambos progenitores, independientemente de que el cuidado del hijo sea unilateral o compartido (art. 685). Se pone de este modo fin a la dualidad de interpretaciones en este sentido que habilita la redacción del primer párrafo del art. 294 del Cód. Civil.

Se reiteran las disposiciones que refieren a los bienes excluidos de la administración de los padres. Asimismo, se mantienen los supuestos de actos de administración prohibidos -a los que el art.689 del Proyecto nomina “contratos prohibidos”- y la posibilidad de delegación de la administración en uno de los padres.

Luce como novedad en el Proyecto la posibilidad de que el juez pueda designar como administrador a un tercero para el supuesto de desacuerdos reiterados de los padres respecto de la gestión patrimoniales de sus hijos (art.688).

Finalmente, en la línea de reconocimiento explícito del principio de capacidad progresiva de los hijos que recorre toda la regulación de las relaciones familiares en el Proyecto, en materia de gestión patrimonial se prevé la obligación de los padres de informar a los hijos, que cuenten con la edad y el grado de madurez suficiente, acerca de los contratos que en su nombre celebren con terceros en los límites de su administración (art.690).

III. Algunas conclusiones

Creemos que la regulación del usufructo y de la gestión patrimonial de los padres requiere de una interpretación ajustada los principios, derechos y garantías incorporados por el derecho constitucional humanitario.

En ese marco, compartimos la opinión de Lloveras y Salomón acerca de la inconstitucionalidad de la previsión del usufructo paterno, por desconocer el carácter del hijo como sujeto de derecho y configurar su previsión un despojo respecto de derechos patrimoniales que corresponden en exclusividad al hijo.

Sin perjuicio de ello, sostenemos que en el marco normativo vigente resulta imprescindible recabar la opinión del hijo, de conformidad a su capacidad progresiva, a la hora de decidir el destino que los padres han de dar al usufructo de sus bienes.

Estimamos que la gestión patrimonial de los padres ha de sostenerse en tanto y en cuanto el hijo no haya alcanzado un desarrollo de sus capacidades que le permita asumirla personalmente, aún cuando no haya llegado a la mayor edad. En su caso, habrá de subsistir la “asistencia” de los padres para el otorgamiento de aquellos actos que puedan comprometer seriamente el futuro de su patrimonio.

No obstante y de conformidad a la regulación vigente, afirmamos la necesidad de que los padres informen al hijo y tengan en especial consideración su opinión, conforme su capacidad progresiva, al momento de concretar actos de conservación y/o de administración respecto de su patrimonio.