

Responsabilidad parental

Titularidad. Ejercicio. Representación, delegación de ejercicio y gestión de los bienes del niño, niña o adolescente

*Adriana N. Abella
Sebastián E. Sabene*

SUMARIO: I. Introducción. II. Principios rectores. III. Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental. IV. Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. V. El consentimiento del adolescente en los supuestos comprendidos en el art. 645 CCyC. VI. El derecho a la identidad de género. Supuesto omitido en el art. 645 CCyC. VII. Representación legal. Su acreditación. VIII. Acuerdos de delegación de ejercicio de la responsabilidad parental. IX. Acuerdo de ejercicio conjunto con el progenitor afín. X. Actos de disposición. XI. Rentas de los bienes del niño, niña o adolescente. XII. Responsabilidad parental y contratos. XIII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la *responsabilidad parental* en el Código Civil y Comercial del la Nación¹ es fiel reflejo del paradigma que se vislumbra en su contenido². Armoniza con el de *responsabilidad familiar* -plasmada en el art. 7º de la ley Nº 26.061³- y, en el plano internacional, con los modernos conceptos que se expresan en el Reglamento del Consejo Europeo Nº 2201/03 del 27/03/2003⁴, que se refiere a la competencia, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Recordemos que el Código Civil de VÉLEZ SANSFIELD, en su redacción originaria contempló el instituto de la *patria potestad*, entendiendo por tal al conjunto de derechos que la ley reconocía a los padres sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos -denominación que, por entonces, recibían los hijos matrimoniales-, en tanto fuesen menores de edad y no estuviesen emancipados. Este concepto sólo contemplaba la idea de prerrogativas en la figura de los padres, omitiendo toda referencia a sus deberes; y sólo protegía la situación de los hijos habidos como consecuencia de una unión matrimonial⁵.

II. PRINCIPIOS RECTORES

El art. 639 CCyC pronuncia tres principios generales que deben regir la interpretación de las normas sobre responsabilidad parental. Ellos son:

- 1 Con los lineamientos de la ley Nº 23.264 y en armonía con el derecho internacional. En los fundamentos del anteproyecto del CCyC, los autores advierten que cambiar la vieja denominación por la expresión “responsabilidad parental”, es revelador de un conjunto de deberes y derechos que deberán ejercer los progenitores con la finalidad de satisfacer el interés superior del niño, niña o adolescente, pues “el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico”.
- 2 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. “Lineamientos generales del derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-2, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 287.
- 3 Ley Nº 26.061, art. 7º: “Responsabilidad familiar. La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos...”.
- 4 Es también conocido como “Nuevo Bruselas II”.
- 5 Se nutría de la idea de la potestad paterna, heredada del derecho romano, que en las “Partidas” -otra de las fuentes consultadas por Vélez Sarsfield- era definida como: “...el poder que han los padres sobre los hijos”. Ver: partida 4ª, título 17, ley 1.

1) El interés superior del niño, en concreta recepción del art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño⁶; y según el art. 3º de la ley Nº 26.061, el interés superior de la niña, niño o adolescente como: "...la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley". Deberá respetarse su condición de sujeto de derecho, su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta; el respeto a su pleno desarrollo personal y su centro de vida, entre otros aspectos.

2) La autonomía progresiva, que se presenta como una consecuencia de la faz dinámica de la capacidad del sujeto, y por consiguiente lo faculta para tomar intervención en asuntos vinculados a su persona o a sus bienes, conforme a su madurez y a su desarrollo⁷.

3) El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez.

En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas los días 1º, 2 y 3 de octubre de 2015 en Bahía Blanca, se ha afirmado que: "...la incapacidad y las restricciones a la capacidad de ejercicio de las personas humanas tienen finalidad tuitiva y no resultan en una limitación a sus derechos fundamentales que pueda ser calificada de discriminatoria"⁸.

III. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Advertimos que se mantiene la distinción que existía en el código velezano, entre la titularidad y el ejercicio -de la entonces llamada "patria potestad"-.

Se ha sostenido que mientras la titularidad -entendida como el goce de los derechos y deberes emergentes del régimen- reposa sobre ambos progenitores -a menos que se haya extinguido el régimen o hayan sido privados de la responsabilidad parental, uno o ambos-, el ejercicio supone *ámbitos de*

6 Ver LLOVERAS, Nora; Orlandi, Olga; y Tavip, Gabriel. En: Kemelmajer de Carlucci, Aída y otras. *Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014*, tomo IV, pág. 28. Desde la vigencia de esta convención, esta idea deja de ser un objetivo deseable para convertirse en un principio rector de observación obligatoria por quien aplica la ley al caso concreto.

7 MORENO, Natalia. "Ejercicio de los derechos de los menores de edad y adolescentes en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, abril de 2013, *La Ley*, pág. 35. En igual sentido: Muñiz, Javier N. "Autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial: recepción en el orden interno de la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal Culzoni, 2012-2, pág. 105.

8 Conclusiones de la comisión Nº 1, "Aspectos Generales", punto 5.

actuación práctica que puedan recaer sobre los dos o uno solo de ellos, o bien encontrarse distribuidos entre los progenitores⁹.

Ello se refleja en los nuevos textos legales con modificaciones en lo relativo a su ejercicio, y el art. 641 permite el siguiente esquema.

a. Progenitores que conviven

Sin distinguir si los hijos son matrimoniales o extramatrimoniales, cuando el niño, niña o adolescente convive con ambos progenitores, *el ejercicio corresponderá a ambos*, a menos que medie privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 700 a 703 CCyC. Ello porque el ejercicio de la responsabilidad parental se apoya sólidamente en la convivencia con el hijo. Su proximidad con ellos determina un mayor contacto que coloca al progenitor en mejores condiciones de cumplir sus deberes y ejercer los derechos que el régimen le reconoce. Si ambos progenitores conviven con el niño, niña o adolescente, no existen motivos para formular distinciones: *la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental corresponden a ambos*.

Deben distinguirse dos modalidades que coexisten, tal y como ocurría en el régimen derogado.

1. Ejercicio indistinto

En principio, el ejercicio parental será indistinto, según la presunción del inc. a del art. 641, ya que los actos ejecutados por uno de los progenitores se presumen consentidos por el otro. De tal modo, en estos actos es suficiente, a los fines de la representación legal, la intervención de cualquiera de los progenitores, puesto que en ella se encuentra implícita la conformidad del otro progenitor. Si el otro progenitor no estuviere de acuerdo con la realización del acto, podrá manifestar expresamente su oposición, destruyendo de este modo la presunción, tal como lo contempla la última parte del inc. a. Cuando esto ocurra, corresponderá la intervención del juez de conformidad con lo normado en el art. 642.

2. Ejercicio conjunto

Excepcionalmente, la ley requiere el concurso de la voluntad expresa de ambos progenitores en los supuestos contemplados en el artículo 645.

⁹ ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*, tomo 2, N° 1266.

b. Progenitores que no conviven

Cuando haya cesado la convivencia entre los progenitores o bien cuando estos nunca hayan convivido, la situación debe encuadrarse en el inc. b del art. 641 y el ejercicio de la responsabilidad parental también corresponderá a ambos progenitores, solución normativa que se ajusta a los criterios de la moderna doctrina y jurisprudencia¹⁰. Es además acorde con el art. 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño, en virtud del cual se reconoce el derecho del hijo de mantener relaciones personales y contacto directo con los padres de modo regular. No parece lógico que el hijo “cargue” con las consecuencias disvaliosas del fracaso de la unión matrimonial o convivencial, o de la sencilla elección que hayan hecho sus padres unidos en matrimonio, de no convivir. Ambos, entonces, ejercen la responsabilidad parental¹¹.

También en este supuesto regirá la presunción de que los actos realizados por uno de los progenitores cuentan con el consentimiento del otro, a menos que éste se oponga expresamente o que se trate de alguno de los supuestos contemplados en el art. 645.

El nuevo ordenamiento, en estos casos, permite a los progenitores convenir -y a los jueces resolver- la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental a uno solo de los progenitores o establecer “distintas modalidades”, siempre que se considere la mejor solución, apreciando adecuadamente el interés del niño, niña o adolescente. Esta atribución exclusiva a uno de los progenitores tiene carácter excepcional¹².

Fuera del supuesto de atribución exclusiva del ejercicio parental a uno de los progenitores, la posibilidad de establecer “distintas modalidades” se vincu-

10 Ver: FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel. “El ejercicio de la patria potestad en caso de separación”, LL, 1997-A-127. La norma antecedente (art. 264, segundo párrafo, incs. 2º y 5º *in fine*, Código Civil derogado) consagraba en estos supuestos que el ejercicio correspondía al que había obtenido legalmente la mal llamada “tenencia”, correspondiendo al otro progenitor un derecho a mantener adecuada comunicación y a supervisar la educación del hijo, que por entonces recibió el controvertido nombre de “régimen de visitas”. Por supuesto, el primer progenitor convivía con el hijo, mientras el segundo no. De modo que, en la letra del régimen anterior, mientras el primero tenía titularidad y ejercicio de la patria potestad, el segundo *parecía ser solamente titular*. Sin embargo, la doctrina más moderna, penetrando más allá de las palabras consagradas en aquella norma, identificó correctamente que ese derecho a mantener adecuada comunicación y a supervisar la educación del hijo *configuraba también un ejercicio de la patria potestad*. Por ello, con un criterio más ajustado a la realidad, consideraban que el progenitor que convivía con el hijo tenía un *ejercicio preponderante*, mientras el no conviviente, ostentaba un *ejercicio atenuado*.

11 SABENE, Sebastián. “Sobre la adecuada comunicación del menor con el progenitor no conviviente”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, año 2013, Nº 9, pág. 59 y sgts.

12 LLOVERAS, Nora. Ob. cit., pág. 49.

la con lo dispuesto en los arts. 650 y 655, ya que permiten a los progenitores celebrar un *plan de parentalidad* contemplando una modalidad específica de cuidado personal del hijo.

c. Muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental de un progenitor

En los cuatro supuestos enunciados en el inc. c del art. 641 CCyC, existe *imposibilidad física o jurídica* de que uno de los progenitores ejerza la responsabilidad parental, razón por la cual forzosamente su ejercicio recaerá en el otro progenitor¹³. No obstante, no excluye la posibilidad de que, cuando exista una voluntad enderezada en tal sentido, se acuerde el ejercicio conjunto entre el progenitor ejercitante y el progenitor afín, en los términos del art. 675 CCyC.

d. Hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial jurídicamente establecido

La filiación requiere emplazamiento jurídico para gozar de los efectos propios. El hijo extramatrimonial es posible que tenga un solo vínculo jurídicamente establecido. El art. 641, en su inc. d establece que al existir un solo vínculo filial con emplazamiento jurídico, forzosamente el ejercicio de la responsabilidad parental recae sobre ese progenitor, ya que jurídicamente es el único que ostenta el referido estado de familia. Si, en cambio, durante la vigencia de la responsabilidad parental se promoviere la acción judicial y se declarara la filiación extramatrimonial, correspondería la aplicación del inc. e, que comentamos seguidamente.

e. Hijo extramatrimonial con doble vínculo filial jurídicamente establecido

El inc. e del art. 641 recepta el caso del hijo extramatrimonial con respecto al cual uno de los progenitores se emplazó objetiva o voluntariamente; y el otro, en cambio, fue declarado tal por sentencia judicial. Al igual que en el supuesto anterior, el ejercicio de la responsabilidad parental es atribuido al primero ya que se considera que, por la conducta revelada, es el que exteriorizó su voluntad de asumir el plexo de deberes y derechos que emergen del régimen de responsabilidad parental, en estricta valoración del interés del hijo,

13 En caso de muerte real o presunta de cualquiera de ellos, en atención al fin de la existencia de la persona humana, la imposibilidad es física. En cambio, cuando uno de ellos haya sido suspendido en el ejercicio de la responsabilidad parental o privado de ella, el fundamento es jurídico.

en principio, sería quien está en mejores condiciones de absorber su ejercicio. Sin embargo, la norma permite también en este supuesto que los progenitores *convengan, o que el juez resuelva el ejercicio conjunto o el establecimiento de distintas modalidades*. La solución es de toda lógica: si el vínculo entre los progenitores permite el funcionamiento de un ejercicio bilateral, entendemos que aunque la norma no lo autorice expresamente, también podrán pactar el *ejercicio indistinto*¹⁴.

Por supuesto, si ambos progenitores se hubieran emplazado voluntariamente en su filiación, no corresponde aplicar esta norma sino los incs. a o b, según convivan o no, respectivamente. Esta norma ha incurrido en la misma omisión que el art. 264 del Código Civil derogado, ya que no contempla solución para el caso -poco probable, pero posible al fin- de que ambos progenitores se hayan emplazado como consecuencia de una sentencia judicial. Compartimos la doctrina expresada en el régimen anterior, en el sentido de que corresponderá también aquí la aplicación de los incs. a o b, según corresponda¹⁵.

IV.- ACTOS QUE REQUIEREN EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS PROGENITORES

El art. 645 CCyC -con claro antecedente en el art. 264 quáter del código derogado- contempla los supuestos en que es requerido el consentimiento de ambos progenitores para aquellos hijos con doble vínculo filial¹⁶. En estos supuestos no rige la presunción de conformidad que impera en el art. 641, incs. a y b, sino que estos actos constituyen una de sus excepciones.

Cuando uno de los progenitores no diese su consentimiento o se encontrare imposibilitado para hacerlo, el juez resolverá lo que resulte más conveniente para el interés familiar, considerando que por mandato del art. 639 deberá ponderar el interés superior del niño, su derecho a ser oído y su autonomía progresiva.

14 ABELLA, Adriana; Sabene, Sebastián E. En: Clusellas, Eduardo (director). *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado*, tomo 3, pág. 13.

15 ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., tomo 2, N° 1298; Mazzinghi, Jorge Adolfo. *Tratado de Derecho de Familia*, tomo IV, Ed. La Ley, N° 791. Belluscio, Augusto. *Manual de Derecho de Familia*, tomo 2, N° 527.

16 Los vínculos filiatorios deberán haberse emplazado por alguna de las vías contempladas en los arts. 565, 566, 567, 568, 570, 582, 594 y conc. CCyC.

Los supuestos contemplados en el art. 645 son los siguientes:

a. Autorización para contraer matrimonio

En el régimen anterior, la autorización de los representantes legales para contraer matrimonio no estaba vinculada al impedimento matrimonial de falta de edad legal sino a la circunstancia de que, por razón de su edad, los menores fueran *incapaces*. Por tal motivo, se requería el asentimiento de ambos progenitores o la *venia supletoria* del juez (conf. arts. 168, 169, 170 y 264 quáter, inc. 1, Código Civil derogado). Ello no debía confundirse con la falta de edad legal para contraer matrimonio, que constituía un *impedimento* y que sólo podía ser *dispensado* por la autoridad judicial (arts. 166, inc. 5, y 167 del mismo código). Por consiguiente, podía distinguirse -aun cuando desde el año 2009 la edad núbil y la mayoría de edad coincidieron, por la sanción de las leyes N° 26.449 y N° 26.579- que la *falta de edad para contraer matrimonio* debía ser cubierta con una *dispensa*; mientras la *incapacidad* tenía que resolverse con la *autorización* de los progenitores o la *venia supletoria* del juez, en su caso.

El CCyC dispone otra solución. El inc. a del art. 645 exige consentimiento de ambos progenitores para autorizar “a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio”. Esta norma debe interpretarse en combinación con los arts. 403, inc. f, y 404, párrafos 1º a 3º. En orden al art. 403, inc. f, la *edad núbil* se adquiere a los *dieciocho años*, cualquiera sea el sexo del contrayente, siendo la falta de edad legal un *impedimento matrimonial dispensable*. Su *dispensa* está regulada en el artículo 404, cuyo primer párrafo distingue dos trechos temporales, a saber: a) cuando el pretenseo contrayente tuviere *entre trece y dieciséis años*, podrá contraer matrimonio “previa dispensa judicial”; y b) cuando tuviere *entre dieciséis y dieciocho años*, podrá hacerlo “con autorización de sus representantes legales”, o en su defecto con la correspondiente dispensa del juez.

El contrayente que tiene entre dieciséis y dieciocho años que obtiene la autorización de sus representantes legales para contraer matrimonio lo hará *prescindiendo de toda intervención del juez*, a diferencia de lo que ocurría en el régimen derogado, en que siempre la dispensa de este impedimento se apoyaba en un pronunciamiento judicial.

De la interpretación combinada de las normas mencionadas resulta que los progenitores que autorizan al hijo entre dieciséis y dieciocho años a contraer matrimonio ya no están cubriendo solamente una incapacidad, sino que también *están dispensando un impedimento matrimonial*, circunstancia novedosa en nuestra legislación ya que, como hemos dicho, hasta la entrada en vigencia de este código las dispensas matrimoniales siempre estuvieron comprendidas en la órbita de la función judicial.

La exigencia del concurso de la voluntad de ambos progenitores o la autorización supletoria del juez, en su caso -que en este supuesto, es una verdadera dispensa-, se justifican debido a que la celebración del matrimonio producirá la emancipación y la consecuente extinción de la responsabilidad parental (arg. arts. 27 y 699, inc. d, CCyC). Resulta lógico, en esa tesitura, que si el matrimonio del hijo producirá la extinción del régimen de titularidad de ambos progenitores, ambos deban consentirlo.

Si bien lo más frecuente en el régimen derogado era que la autorización de los progenitores para celebrar matrimonio se prestara en el mismo acto de celebración matrimonial, el art. 187, inc. 2, del código anterior contemplaba la posibilidad de acompañar la declaración auténtica de los representantes legales, en tal sentido, al presentar la solicitud inicial ante el registro de estado civil y capacidad de las personas competente. La opción era útil para los supuestos en que, por cualquier motivo, uno o ambos progenitores no estuvieran presentes en la celebración del matrimonio.

Aunque el nuevo código no haga expresa referencia a ello, resulta aplicable el art. 52 de la ley N° 26.413, en orden al cual los contrayentes deberán: "...presentarse provistos de la documentación necesaria ante la autoridad competente para celebrarlo, con la antelación que fije la reglamentación respectiva". Es imprescindible además que el oficial público cuente con la autorización escrita o el testimonio judicial para poner en marcha el procedimiento registral¹⁷. Toda dispensa debe ser conocida por el oficial con anterioridad al acto de celebración del matrimonio en el transcurso de las diligencias previas, puesto que sin ella no sería procedente que fije fecha de celebración del acto matrimonial¹⁸.

Creemos que se impone que la forma escrita sea *auténtica*¹⁹ y por ello deberá ser convenientemente *notarial*. La *escritura pública* dota de autenticidad y fecha cierta al acto, al margen de las garantías que le aporta su extensión en el protocolo²⁰.

b. Autorización para el ingreso a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad

El art. 645, inc. b, reproduce el texto del art. 264 quáter, inc. 3, del código derogado, con fundamento en que, con el ingreso del hijo a estas comunidades o fuerzas, se produce una desvinculación profunda entre los progenitores y el

17 Puede observarse que es el criterio adoptado en el instructivo anexo de la circular N° 1665/2015 del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Buenos Aires.

18 En tal orden de ideas, el art. 417 prescribe que: "...si de las diligencias previas no resulta probada la habilidad de los contrayentes (...) el oficial público debe suspender la celebración del matrimonio hasta que se pruebe la habilidad...".

19 Como lo hacía el art. 187, inc. 2, del código derogado.

20 ABELLA, Adriana. Ob. cit., págs. 30 y 31.

hijo, y el desplazamiento del ejercicio de la autoridad hacia quienes asumen la dirección de estos establecimientos²¹. Ello sin perjuicio de que en algunos supuestos este ingreso implica también el cese de la convivencia del hijo con sus progenitores, elemento de vital relevancia para el ejercicio de la responsabilidad parental.

c.- Autorización para salir de la República o cambiar de residencia permanente en el extranjero

La razón por la cual ambos progenitores deben consentir la salida del niño, niña o adolescente del territorio de la República es que, con tal egreso, el hijo queda sustraído de la jurisdicción de los jueces argentinos²².

A su vez, el Código Civil y Comercial incorpora la novedad de exigir el consentimiento dual para los supuestos en que el hijo cambie su residencia permanente en el extranjero. La ampliación de la norma parece positiva ya que, como se ha sostenido, no será igual la valoración de los progenitores o del juez en su caso, si el hijo saldrá del país por un período de vacaciones o si lo hará para mudar su residencia al exterior²³.

El consentimiento que exige esta norma será *tácito* si el menor egresa del país acompañado de ambos progenitores. Si, en cambio, el niño, niña o adolescente sale del país en compañía de un solo progenitor, será necesario el consentimiento *expreso* del otro. Y si lo hace sin ninguno de sus progenitores, se exigirá el consentimiento *expreso* de ambos.

d.- Autorización para estar en juicio

Esta exigencia -antes contemplada en el inc. 5 del art. 264 quáter del código derogado- sólo resultará de aplicación cuando el hijo no pueda actuar en juicio por sí. Por tal motivo, el art. 645, inc. d, debe ser interpretado en combinación con los arts. 677 a 680 CCyC, de acuerdo a los cuales: 1) los progenitores pueden representar al niño, niña o adolescente en juicio, puesto que son los representantes necesarios de estos; 2) cuando el hijo fuese adolescente -es decir, cuando tuviese entre trece y dieciocho años- se presume que tiene autonomía suficiente para intervenir en un proceso judicial conjuntamente con sus progenitores, o en forma autónoma, con asistencia letrada (arg. art. 677, 2º pá-

21 ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., N° 1327.

22 El antecedente inmediato del art. 645, inc. c, CCyC es el art. 264 quáter, inc. 4, del código anterior.

23 LLOVERAS, Nora. Ob. cit., pág. 74.

rrafo, CCyC); 3) cuando el hijo fuese menor de trece años -niño o niña- en una interpretación combinada con el art. 26, tercer párrafo, CCyC, tendrá derecho a ser oído en el proceso judicial que lo concierne y a participar en las decisiones que se tomen sobre su persona, solución compatible, a su vez, con lo normado en el art. 639 del mismo Código; 4) el juez puede autorizar al adolescente a iniciar una acción civil contra un tercero cuando exista oposición de uno o ambos progenitores, con previa audiencia del oponente y del ministerio público (arg. art. 678 CCyC); 5) el hijo con grado de madurez suficiente, en tanto cuente con asistencia letrada, puede incoar acciones judiciales contra sus progenitores en resguardo de sus propios intereses, sin precisar autorización judicial (arg. art. 679 CCyC); 6) el hijo adolescente puede estar en juicio *sin autorización de sus progenitores cuando sea acusado criminalmente*, del mismo modo que tampoco precisa dicha autorización para reconocer hijos (arg. art. 680 CCyC).

e. Actos de administración de los bienes de los hijos

El art. 264 quáter, inc. 7, del código anterior exigía consentimiento de ambos padres para el ejercicio de actos de administración sobre los bienes del menor, salvo la delegación de administración que contemplaba su art. 294. Similar redacción presenta el art. 645, inc. e, considerando trascendente en la vida del hijo la administración de sus bienes, y exigiendo, por consecuencia, que para ello concorra la voluntad de ambos progenitores. El art. 685 parece colisionar con esta idea al establecer que la administración de los bienes del menor es común sólo cuando la responsabilidad parental sea ejercida por ambos progenitores. Sin embargo, no existe tal colisión. En primer lugar, porque el ejercicio parental también corresponde a ambos en los supuestos comprendidos en los incs. a y b del art. 641 ya que, como hemos visto, el nuevo código, aun cuando los progenitores no convivan, reconoce a ambos como ejercitantes del régimen parental.

Cuando, en estos casos, se haya atribuido el ejercicio a uno solo de ellos, no será necesario el consentimiento de ambos para otorgar el acto de administración ya que el inciso deja a salvo los supuestos en que: "...se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo".

Igual solución cabe aplicar en el inc. e ya que, aun cuando uno de los vínculos filiales se haya establecido por sentencia judicial y el ejercicio parental corresponda en principio al otro, lo que interesa a los fines de la administración es la titularidad del régimen, no su ejercicio.

En los supuestos del inc. c del art. 641, no será exigible el consentimiento de ambos progenitores puesto que uno de ellos se encuentra material o jurídicamente imposibilitado para hacerlo.

Doctrina

Por último, el inc. d no se encuentra alcanzado por el art. 645, que sólo se aplica a los hijos con doble vínculo filial.

Por consiguiente, en una interpretación sistemática de los arts. 645 y 685, se concluye que los actos de administración requieren el consentimiento de ambos progenitores, salvo los siguientes supuestos: a) muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión de su ejercicio; y b) hijo extramatrimonial con un solo vínculo filiatorio jurídicamente establecido²⁴.

V.- EL CONSENTIMIENTO DEL ADOLESCENTE EN LOS SUPUESTOS COMPRENDIDOS EN EL ART. 645 DEL CCYC

Concluye el art. 645 y dispone que: "...cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso".

Recordemos que es adolescente aquella persona menor de edad entre los trece y los dieciocho años (arg. art. 25, segundo párrafo, CCyC). Su intervención se justifica en función del principio de autonomía progresiva y de su derecho a ser oído.

El adolescente debe *consentir*, es decir, integra y conforma la voluntad negocial. Pero ello no implica que, en todo caso, deba comparecer al acto ya que en algunos supuestos tal comparecencia no será exigible.

Por ejemplo: si los progenitores pretenden, de común acuerdo, autorizar al adolescente a salir del país, será suficiente que comparezcan ellos y el adolescente consentirá en ocasión de su egreso.

VI. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO. SUPUESTO OMITIDO EN EL ART. 645 CCYC

La ley N° 26.994 no ha derogado la ley N° 26.743 de identidad de género. En esta norma se reconoce la prerrogativa de toda persona a ejercer su derecho a la identidad de género, que se traduce en la facultad de pedir la *rectificación registral* de la inscripción de su nacimiento cuando el sexo anunciado en el asiento registral no coincide con el sexo autopercibido, generando así la expedición de una nueva partida de nacimiento y un nuevo documento de identidad (art. 3º, ley N° 26.743).

24 ABELLA, Adriana. Ob. cit., pág. 28.

Cuando este derecho es ejercido por una persona que no ha alcanzado la mayoría de edad, el art. 5º de ley Nº 26.743 exige que la solicitud se lleve a cabo con intervención de “sus representantes legales”. La referencia plural autoriza a concluir que también aquí será necesario el consentimiento de ambos progenitores, sin perjuicio de la intervención del abogado del niño. En esta misma línea, el segundo párrafo del mismo artículo dispone que: “...cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes”. En consecuencia, si un progenitor no consiente, se necesitará la autorización judicial supletoria. Consideramos que hubiese sido positiva su inclusión en el artículo en comentario y debe tenerse en cuenta que el ejercicio de este derecho también requiere la conformación del consentimiento conjunto de ambos progenitores²⁵. El art. 5º de esta ley contempla explícitamente la necesidad de que concurra la voluntad expresa del menor que pretende rectificar su género y/o nombre.

VII. REPRESENTACIÓN LEGAL. SU ACREDITACIÓN

Los progenitores son los representantes necesarios del niño, niña o adolescente, en orden a lo normado en el art. 101, inc. b, CCyC.

La acreditación de la filiación -sustento de la responsabilidad parental- es con las partidas, certificados o libretas expedidas por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, ya que estos son el medio idóneo para acreditar los nacimientos ocurridos en la República Argentina, y las filiaciones jurídicamente establecidas (art. 96, primer párrafo, CCyC; art. 23, ley Nº 26.413).

En función de lo normado por el art. 559 CCyC, los certificados o partidas de nacimiento deben expedirse de modo que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, o por técnicas de reproducción humana asistida, o si ha sido adoptada.

Cuando resulte necesario acreditar el ejercicio unilateral de la responsabilidad parental, deberá presentarse: a) el certificado de defunción del otro progenitor, cuando el motivo fuere su muerte real o presunta; b) el testimonio judicial

25 SABENE, Sebastián E. “Primeras reflexiones sobre el impacto de la ley 26.743 de Identidad de Género en el derecho registral de las personas”, SJA, 02/11/2013, pág. 3.

de la sentencia de privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental, para estos supuestos.

En el supuesto del hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial emplazado, se desprenderá esta circunstancia de su partida de nacimiento.

En el caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, corresponde el ejercicio de la responsabilidad parental al otro progenitor (art. 641, inc. e), en cuyo caso el progenitor deberá presentar el *testimonio judicial de la sentencia de filiación*, del que surgirá que el otro progenitor no se ha emplazado voluntariamente como tal.

Es prudente requerir la presentación de la partida actualizada toda vez que, desde la expedición de la última, pudo tener lugar la inscripción registral de un reconocimiento voluntario o emplazamiento judicial del otro progenitor, que encuadrarán la situación en otro supuesto de la norma, con diferentes soluciones.

VIII. ACUERDOS DE DELEGACIÓN DE EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

El CCyC incorpora la posibilidad de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en dos figuras que abordaremos, a saber: la *delegación de ejercicio de la responsabilidad parental a favor de un pariente* (art. 643) y la *delegación de ejercicio de la responsabilidad parental a favor del progenitor afín* (art. 674).

a. Delegación de ejercicio de la responsabilidad parental a favor de un pariente

Prescribe el art. 643: "Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el art. 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido".

La norma se nutre de la experiencia de otros países, como Francia e Italia, que incorporaron el instituto con diversos alcances, resultando que esta solución sólo procederá en el interés del hijo y por razones suficientemente

justificadas. Se trata de una *situación excepcional* que hará ceder la regla del ejercicio parental de los progenitores en beneficio del interés del niño, niña o adolescente.

En orden al último párrafo de este artículo, la delegación de ejercicio es procedente cuando el hijo tenga doble vínculo filial establecido, o bien cuando sólo tenga un vínculo filiatorio con emplazamiento jurídico.

La figura reconoce dos limitaciones: una *subjetiva* y una *temporal*. En el primer sentido, la delegación de ejercicio de la responsabilidad parental sólo permite reconocer en la figura del *delegatario* a un *pariente*²⁶. El artículo menciona al "pariente" sin referirse específicamente a un tipo de parentesco. Cuando ello ocurre, por el art. 529, segundo párrafo, debe interpretarse que la expresión es comprensiva del parentesco *por naturaleza, por reproducción humana asistida y por adopción*, tanto en la línea recta como en la línea colateral. Por consiguiente, *se excluye el parentesco por afinidad*. Pensamos que tal es el alcance que debe conferirse a esta norma.

El delegatario del ejercicio parental no podrá ser pariente por afinidad del progenitor que delega, a menos -claro está- que ese delegatario sea a su vez pariente natural, por técnica de reproducción humana asistida o adoptivo del otro progenitor. Esto ocurrirá cuando los progenitores estén unidos en matrimonio (arg. arts. 529, 536 y conc., de este código). También queda excluida la adopción simple cuando quienes celebran el acuerdo de delegación no fueran adoptante y adoptado, puesto que en esta especie de adopción el parentesco sólo se genera entre ellos (arg. arts. 535, segundo párrafo, y 620, segundo párrafo, de este código). Siguiendo esta línea de interpretación serían parientes los indicados anteriormente, en línea recta, sin límite de grados, y en la línea colateral, hasta el cuarto grado.

En torno a la limitación temporal, constituyendo una situación de excepción, la norma le asigna *un plazo máximo de un año, que puede renovarse por un período más, con intervención judicial y por razones debidamente fundadas*. Y para la resolución judicial de la renovación del plazo de delegación, se deberá dar intervención a todas las partes involucradas.

Este acuerdo de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental debe concluirse por escrito ya que debe ser presentado para su homologación judicial. Las partes podrán optar por el instrumento privado o público. Consideramos conveniente su formalización por escritura pública toda vez que, con ella, el instrumento tendrá fecha cierta y un valor probatorio superior (arg. art. 296 CCyC), con la garantía de conservación y reproducción documental que aporta el protocolo notarial (arg. arts. 300 y 308 CCyC) y con la seguridad jurí-

26 Deberán considerarse entonces los arts. 529 a 536 CCyC.

dica que aporta al negocio jurídico la intervención del notario en ejercicio de su función. Cualquiera sea la forma escrita elegida, se impone su presentación al juez competente para su homologación.

En el trámite judicial de la homologación será ineludible la audiencia con el niño, niña o adolescente para que este pueda ser oído, su opinión ser considerada de acuerdo a su edad y grado de madurez y, de ese modo, apreciarse adecuadamente su interés superior. Cuando el hijo sea adolescente (entre trece y dieciocho años), es conveniente su comparecencia al acto, sobre la base de una aplicación análoga del art. 645, último párrafo, CCyC.

Como consecuencia de este acto, el progenitor que delega el ejercicio de la responsabilidad parental no se desprende de su titularidad y conserva el derecho de supervisar la crianza y educación del hijo de acuerdo a sus posibilidades.

b. Delegación de ejercicio de la responsabilidad parental a favor del progenitor afín

El art. 672 CCyC define al progenitor afín como el: "...cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente". El progenitor afín tiene con el progenitor del niño, niña o adolescente una unión matrimonial o convivencial.

El código recepta la realidad instalada de la conformación de familias ensambladas, dotándolas de efectos jurídicos específicamente contemplados. Sólo existirá parentesco entre el progenitor afín y el niño o adolescente, cuando aquel y el progenitor de éste último estuviesen unidos en matrimonio, ya que sólo este tipo de unión es susceptible de generar lazos parentales por afinidad (arg. art. 536 de este código).

En cambio, cuando exista entre ellos unión convivencial, no se presentará el vínculo parental indicado, *sin perjuicio de lo cual estaremos en presencia de un progenitor afín*. Se ha optado por no formular distinción, en este caso, puesto que aunque no exista parentesco es similar la función que el conviviente cumple en estas familias ensambladas²⁷.

Con lo dicho para la existencia de la figura del *progenitor afín*, será necesaria la concurrencia de cuatro requisitos, a saber: a) la existencia de una unión conyugal o convivencial; b) la convivencia entre los cónyuges o convivientes; c) que uno de los cónyuges o convivientes tenga uno o varios hijos que no hayan alcanzado la mayoría de edad; d) que el progenitor tenga a su cargo el cuidado personal de él o ellos.

27 MOLINA DE JUAN, Mariel F. "El parentesco en el Anteproyecto de Código Civil", JA, 2012-II-47.

En ese marco el art. 674 dice: "Delegación en el progenitor afín. El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que éste último asuma su ejercicio.

Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente".

La figura es de carácter *excepcional*, pudiendo recurrirse a ella cuando se verifique alguna de las circunstancias contempladas en la norma, que podemos dividir en dos: a) circunstancias vinculadas al progenitor que es cónyuge o conviviente del progenitor afín; y b) circunstancias vinculadas al otro progenitor.

En lo concerniente al progenitor que conviviendo con el afín y con el niño o adolescente conforma la familia ensamblada, será necesario que no esté en condiciones de ejercer la responsabilidad parental por tres posibles razones: la realización de un viaje, no exigiendo la norma que este obedezca a: a) motivos específicos, b) enfermedad, c) incapacidad transitoria. Asimismo, será menester que el otro progenitor se encuentre imposibilitado de asumir el ejercicio parental, o bien que ello no resulte conveniente a la luz de la apreciación del interés superior del niño, niña o adolescente.

Si se presentan las condiciones indicadas, podrá delegarse el ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín, considerando -como puede advertirse- que ninguno de los progenitores (naturales o adoptivos) se encuentre en condiciones de asumirlo.

Se consagra así el reconocimiento de los lazos a partir de la formación de la familia ensamblada y en consecuencia, no existiendo posibilidad de que la parentalidad sea ejercida por ningún progenitor, la figura del afín -que, aun en los casos en que no sea pariente constituye *familia*- aparece como una posible solución para que el niño, niña o adolescente no deba quebrar vínculos afectivos con el resto de su entorno familiar y social, guardando el debido respeto que constitucionalmente merece su *centro de vida*. Muy probablemente la utilización de otras figuras -como la tutela o la adopción- importaría perjuicio al menor, con impacto afectivo y social.

Por regla general, la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín requiere *homologación judicial*, con una sola excepción: *que esto sea consentido por el otro progenitor, es decir, por el que no es cónyuge o conviviente del progenitor afín*.

En las condiciones enunciadas tendríamos el siguiente esquema: el cónyuge o conviviente que es progenitor natural, por técnica de reproducción humana asistida o adoptivo del niño o adolescente revestirá la calidad de *delegante*, mientras el progenitor afín será *delegatario*. El otro progenitor intervendrá

consintiendo la delegación. No vemos obstáculo para que, en estos casos intervenga también como delegante. Si ambos progenitores pueden delegar el ejercicio parental en un pariente, no se identifican razones por las cuales no puedan conjuntamente otorgar el mismo acto a favor de un progenitor afín²⁸. El consentimiento del progenitor que no delega deberá ser prestado de *modo fehaciente*.

Por las mismas razones que hemos expuesto en el apartado anterior, es conveniente la instrumentación en escritura pública, caso en el cual el consentimiento del progenitor no delegante puede ser prestado en la misma escritura o por documento notarial autónomo.

Las diferencias entre esta figura y la delegación regulada en el art. 643 CCyC son:

1) Mientras en la delegación del art. 643 el delegatario tiene que ser pariente, en el caso del art. 674 efectivamente no lo es, como que ni el cónyuge ni el conviviente revisten esta calidad. El propio art. 643, al exigir el vínculo parental, deja a salvo el caso abrigado por el art. 674.

2) El art. 643 se refiere genéricamente a "razones suficientemente justificadas"; el art. 674, en cambio, se presenta más exigente, ya que no cualquier razón justifica la delegación en el progenitor afín, sino sólo aquella que obedece a un viaje, enfermedad o incapacidad transitoria del progenitor que tiene el cuidado personal del niño o adolescente, unido a la imposibilidad o inconveniencia de que el otro progenitor asuma el ejercicio de la responsabilidad parental.

3) En la delegación del art. 643, los delegantes deben ser necesariamente ambos progenitores; en la delegación del art. 674, en cambio, es suficiente con que delegue el progenitor que es cónyuge o conviviente del progenitor afín.

4) El art. 643 exige, en todos los casos, la homologación judicial de la delegación; *el artículo 674, en cambio, exime de la homologación a la delegación que cuenta con conformidad del progenitor no delegante.*

IX.- ACUERDO DE EJERCICIO CONJUNTO CON EL PROGENITOR AFÍN

El art. 675 CCyC contempla la posibilidad de que en ciertos supuestos el ejercicio de la responsabilidad parental no sea delegado al progenitor afín (como lo permite el art. 674) sino que se ejerza conjuntamente con él.

En tal sentido, dispone la norma referida: "Ejercicio conjunto con el progenitor afín. En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente.

28 ABELLA, Adriana. Ob. cit., págs. 78 y sgts.

Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor.

Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental”.

El ejercicio conjunto se logrará mediante la celebración de un acuerdo entre ambos (el progenitor que tiene a cargo el cuidado y el progenitor afín) que deberá ser judicialmente homologado. La solución de esta norma radica en consagrar el principio de realidad, que se ha instalado en el funcionamiento de la familia ensamblada, en el plano jurídico²⁹.

A nuestro criterio, al referirse a la muerte, el art. 675 comprende tanto la *muerte real* como la *muerte presunta* (ausencia con presunción de fallecimiento)³⁰.

Debe observarse que el ejercicio conjunto que se legisla es bien distinto del deber de colaboración que el art. 673 pone a cargo del progenitor afín. Aquí, este asume un rol con funciones más activas y, a diferencia de aquel supuesto, ejerce la responsabilidad parental. Por supuesto, ante cualquier desacuerdo entre el progenitor y el afín, debe predominar la opinión del primero.

El ejercicio conjunto se extingue por tres posibles causas: a) disolución del matrimonio entre el progenitor y el afín; b) cese de la unión convivencial entre ellos; c) recuperación de la capacidad plena del otro progenitor. En los dos primeros supuestos, la extinción se explica porque el cese de la convivencia excluye la posibilidad de continuar identificando una familia ensamblada, motivo por el cual el escenario ya no será el mismo que ha sido valorado para la homologación del acuerdo respectivo. En el último supuesto, porque -recuperando la plena capacidad el otro progenitor- ya no existen razones para que el ejercicio conjunto sea posible o conveniente.

Puede pensarse -por aplicación análoga- que también se extinguirá el ejercicio conjunto cuando reaparezca el otro progenitor, en caso de ausencia simple o ausencia con presunción de fallecimiento.

29 HERRERA, Marisa. En: Lorenzetti, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, tomo IV, Rubinzal Culzoni, pág. 465.

30 ABELLA, Adriana. Ob. cit., pág. 79.

X. ACTOS DE DISPOSICIÓN

Los progenitores no pueden celebrar actos que importen una alteración del patrimonio del hijo (niña, niño o adolescente) cualquiera sea sin la correspondiente autorización judicial, previo dictamen del ministerio público (art. 103, inc. a, CCyC).

No pueden en consecuencia, sin la autorización judicial, enajenar muebles o inmuebles, constituir o transferir derechos reales de bienes de sus hijos menores de edad, invertir o utilizar sumas de dinero depositadas a nombre de los hijos.

Es el juez quien tiene la facultad de valorar la conveniencia y razonabilidad de la operación en virtud de las circunstancias. Por tal motivo, principia el art. 692 CCyC disponiendo que: "...se necesita autorización judicial para disponer los bienes del hijo".

Asimismo, a diferencia del régimen derogado, los actos de disposición ya no requieren el consentimiento de ambos progenitores sino que su régimen se simplifica absorbiéndose con la autorización judicial que, de cualquier modo, no será concedida sin la previa audiencia de los progenitores con el Ministerio Público.

De acuerdo al último párrafo del mismo art. 692: "...los actos realizados sin autorización pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo".

Surge de la norma que el acto podrá ser celebrado por los progenitores sin la autorización judicial; y el hijo menor, con edad y grado de madurez suficiente, o cuando llega a la mayoría de edad, podrá entablar la acción de nulidad siempre que le haya ocasionado un perjuicio que deberá ser probado. La acción procederá aun cuando hubiera prestado conformidad en el acto siendo menor.

En esta panorámica en materia de inmuebles, el acto de disposición de bienes del hijo bajo responsabilidad parental celebrado por los progenitores sin autorización judicial genera un título observable. Podrá sanearse cuando el menor llegue a la mayoría de edad ratificando el acto, o renunciando a la acción de nulidad³¹.

Quedan exceptuados los actos del menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión ya que, según el art. 30 CCyC el menor tiene la libre administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de ella y puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de autorización.

31 ABELLA, Adriana. Ob. cit., págs. 105 y 106.

XI. RENTAS DE LOS BIENES DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE

En el régimen del código derogado, la cuestión de las rentas del niño, niña o adolescente había sido objeto de una regulación distinta, que recibió el nombre de “usufructo”, planteando desde su denominación una cierta similitud con el nombrado derecho real, por cuanto los frutos de los bienes de los hijos eran de propiedad de los padres. Frente a esta regulación normativa, una corriente de opinión consideró que se trataba de un verdadero derecho real de usufructo, no sólo por su denominación sino porque, al legislar tal derecho real, el usufructo de los padres se encontraba especialmente contemplado en algunas de sus normas. Argumentaban que, aunque existieran supuestos en que se imponían soluciones distintas a las reguladas para el derecho real de usufructo, estas constituían excepciones que no justificaban poner en crisis la regla³².

En sentido contrario, se consideró que se trataba de una *institución propia del derecho de familia* que sólo compartía su denominación, y a la que sólo se aplicaban las normas del usufructo en forma subsidiaria, en tanto fueren compatibles con las normas sobre el régimen de la entonces llamada *patria potestad*³³. Este último pareció ser el criterio seguido en la jurisprudencia durante la vigencia del régimen anterior³⁴.

El Código Civil y Comercial se inclina por esta corriente, lo que no sólo puede evidenciarse en los textos de los arts. 697 y 698 -que ninguna mención formulan al derecho real de usufructo- sino también en las normas sobre usufructo, que ya no contemplan la referencia a la adquisición legal en los casos de bienes de hijos menores de edad como lo hacían los arts. 2812, inc. 3, y 2816 del código derogado.

32 SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*, tomo III, N° 1503; Lafaille, Héctor. *Tratado de los Derechos Reales*, tomo II, N° 1338; Mariani de Vidal, Marina. *Curso de Derechos Reales*, tomo 3, pág. 22; Papaño, Ricardo y otros. *Derechos Reales*, tomo 1, N° 173.d; Areán, Beatriz. *Derechos Reales*, 6ª edición renovada y ampliada, tomo 2, pág. 722.

33 BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*, tomo II, N° 833; Sabene, Sebastián E. “El llamado usufructo paterno, ¿es un derecho real de usufructo?”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Ed. La Ley, 2012-4, págs. 26 y sgts.

34 Se resolvió, en tal sentido, que: “Si bien en el art. 2816 del CC se incluye el usufructo paterno dentro del derecho real que lleva ese nombre, la realidad de la institución demuestra que ella difiere sustancialmente de aquel derecho real y que, por ende, se rige por normas legales propias que sólo podrán ser complementadas por las disposiciones relativas al derecho real de usufructo en la medida que éstas pueden ser de aplicación” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, 26/10/2010, en autos “Galarza, Juan A. /T.F. 8839-I C/ Dirección General Impositiva”, Lexis N° 8/11136).

Aparecen como dos institutos independientes, sin ningún punto de conexión puesto que en el nuevo régimen, las rentas de los bienes de los hijos que no han alcanzado la mayoría de edad ya no pertenecen a los progenitores sino que son de propiedad de aquéllos. Por consiguiente, debe comprenderse que estos, en lo atinente a tales rentas, son administradores de bienes ajenos.

La solución no es la misma que la del código anterior. En el régimen velezano los progenitores hacían suyos los frutos pero debían administrarlos cumpliendo *cargas*. Aquí, administran bienes ajenos debiendo ajustarse a los arts. 697 y 698.

El art. 697 CCyC, luego de disponer que las rentas de los bienes del hijo corresponden a este, agrega que: "...los progenitores están obligados a preservarlas cuidando de que no se confundan con sus propios bienes". Y el art. 698 reconoce la facultad de los progenitores de utilizar las rentas de los bienes del hijo pero imponiendo la obligación de rendir cuentas cuando se trate de solventar los siguientes gastos: a) subsistencia y educación del hijo, cuando los progenitores no pueden asumir esta responsabilidad por incapacidad o dificultad económica; b) enfermedad del hijo y de la persona que lo haya instituido heredero; c) conservación del capital devengado durante la minoridad del hijo.

El art. 697 CCyC dispone, a su vez, que los progenitores sólo podrán disponer de las rentas de los menores con autorización judicial y por razones justificadas. Podría haberse evitado esta disposición si tenemos en cuenta que las rentas, siendo bienes de titularidad del niño o adolescente, se encontrarían alcanzadas por el art. 692 de este código³⁵.

XII.- RESPONSABILIDAD PARENTAL Y CONTRATOS

El Código Civil y Comercial organiza en distintas normas la actuación del hijo adolescente en la celebración de contratos. Proponemos su análisis del siguiente modo:

a. Contratos de trabajo

En orden al art. 683 CCyC se presume que el joven mayor de 16 años cuenta con la autorización de sus progenitores para todos los actos y contratos

35 Durante la vigencia del código derogado, un pronunciamiento plenario capitalino resolvió que: "Ni el usufructo legal, ni la facultad de administrar que los arts. 287 y 293 del Código Civil acuerdan a los padres, excluyen la intervención del ministerio de menores y el contralor de los jueces, cuando se trata de disponer los fondos de propiedad de los hijos" (CNCiv., en pleno, *in re* "Barlet, Esteban", 09/10/1933, LL, 14-1080; JA, 43-1141).

concernientes al empleo, profesión o industria, siempre que se cumplan las disposiciones legales pertinentes, o sea las relativas a la capacidad de las personas ley N° 26.061 y la ley de contrato de trabajo y leyes laborales especiales que rigen actividades específicas.

Los menores de 16 años sólo podrán ejercer trabajo o empleo con autorización expresa de sus padres ya que se impone una necesaria finalidad de protección hacia la persona menor de edad (arg. art. 681 CCyC). Cualquier convenio celebrado sin la autorización es nulo de nulidad relativa.

Se presume la autorización de los padres para que el hijo adolescente mayor de 16 años trabaje, ejerza una profesión o tenga un establecimiento comercial, industrial, y realice todo tipo de actos y contratos necesarios para el desarrollo de esa actividad. Los efectos de tales actos recaen sobre el patrimonio del hijo. En consecuencia podrá celebrar contratos de locación, arrendamiento, mandatos, seguros, etc. Los padres no podrán sufrir las consecuencias de la mala administración laboral o profesional de sus hijos.

b. Menor con título habilitante

El menor que cuente con título habilitante o profesión *puede ejercer libremente, sin autorización de los padres, la profesión que el título le habilita, aun teniendo menos de 16 años.*

c. Contratos con terceros en nombre de los hijos menores

Los progenitores pueden celebrar contratos con terceros en nombre de los hijos, en los límites de su administración. La celebración de contratos por parte de los progenitores en nombre de los hijos exige dar a éstos la debida participación e información.

Los progenitores no pueden celebrar contrato de prestación de servicios de sus hijos o destinados a que los adolescentes aprendan un oficio sin contar con la conformidad de ellos.

d. Administración de los bienes de los hijos bajo responsabilidad parental

En principio, los contratos deben ser celebrados por ambos progenitores, salvo los casos de delegación voluntaria de la administración a uno de ellos (art. 687) o designación de administrador por el juez (art. 688).

Si los bienes provienen de herencia, legado o donación, la administración es ejercida por los padres en común cuando ambos ejercen la responsabilidad parental (arts. 685 y 686, inc. a).

Cabe distinguir: 1) los bienes de los menores cuya administración está a cargo de los progenitores en forma conjunta, cuando ambos ostentan la titularidad de la responsabilidad parental, salvo los casos excepcionales de delegación voluntaria (art. 687) o de designación de administrador (art. 688); 2) los bienes en que la administración debe ser realizada de común acuerdo por ambos progenitores, más allá de quien tenga el cuidado personal del hijo, o que este cuidado responda al sistema compartido o unipersonal.

Los padres pueden realizar locaciones de los bienes de los hijos pero con el límite temporal que señala el art. 691, debiendo informar al hijo que cuenta con edad y grado de madurez suficiente según el art. 699, y realizar gastos de conservación, percibir frutos civiles y reinvertirlos, etc.

El contrato de locación de bienes de los hijos menores se encuentra dentro de los que pueden celebrar los progenitores sin necesidad de previa autorización judicial en virtud de lo analizado en los artículos anteriores. La conclusión de la locación no tiene lugar de pleno derecho, por la sola conclusión de la responsabilidad parental, sino que será el hijo, cuando llegue a la mayoría de edad, quien pedirá la rescisión anticipada.

Entendemos que la expresión “cuando la responsabilidad parental concluya” debe entenderse reducida al supuesto de extinción del régimen por la mayoría de edad del hijo, ya que las demás causales de exclusión no pueden ser previstas por quienes celebran un contrato durante la menor edad de aquél, y la interpretación amplia de las normas podría conducir a lesionar seriamente el tráfico negocial³⁶.

Están excluidos de esta libertad de contratación los actos celebrados con terceros que necesiten autorización judicial (en los términos del art. 692), los excluidos de la administración (art. 686) y los que obliguen al hijo a efectuar una prestación personal sin su consentimiento (arts. 681 y 682).

e. Contratos prohibidos

Ni con autorización judicial los progenitores pueden comprar por sí ni por persona interpuesta bienes de su hijo menor de edad bajo su responsabilidad; ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra su hijo; ni hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor fallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios; ni obligar a su hijo como fiadores o de terceros. La prohibición importa una incapacidad de derecho (art. 22 CCyC) o falta de legitimación.

El acto ejecutado en contrario a la norma será nulo de nulidad relativa.

36 ABELLA, Adriana. Ob. cit., pág. 104.

f. Contrato permitido entre progenitores y niños, niñas y adolescentes

Es válida la donación que realicen los padres a favor de los hijos. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal; si la donación del tercero o representante es con cargo, se requiere autorización judicial.

Los hijos menores de edad pueden recibir donaciones de sus progenitores, aceptando en representación, cualquiera de ellos.

XIII. CONCLUSIONES

1. Los hijos matrimoniales como los extramatrimoniales menores de edad no emancipados por matrimonio, se encuentran amparados en la responsabilidad parental (arts. 25, 27 y 699, inc. c, de este código).
2. La emancipación provoca la extinción de la responsabilidad parental (arg. art. 699, inc. d), salvo lo dispuesto sobre los progenitores adolescentes en el art. 644.
3. Si el niño, niña o adolescente convive con ambos progenitores, *el ejercicio corresponderá a ambos*, a menos que medie privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental, según lo dispuesto en los arts. 700 a 703 CCyC, o que uno de los progenitores haya sido emplazado en el vínculo parental por sentencia judicial (art. 641, inc. e, CCyC). La atribución exclusiva a uno de los progenitores tiene carácter excepcional.
4. Si los progenitores no convivieren, *el ejercicio también corresponderá a ambos*, con las mismas excepciones apuntadas en la conclusión anterior, a las que cabe agregar los supuestos en que el progenitor no conviviente hubiera fallecido o se hubiera declarado su muerte presunta.
5. Excepcionalmente, la ley requiere el concurso de la voluntad expresa de ambos progenitores en los supuestos contemplados en el art. 645. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar.
6. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.
7. Las niñas, niños y adolescentes pueden ejercer su derecho a opinar y ser oídos en sede judicial y notarial.

8. Los menores mayores de 13 años sin limitación alguna y sin autorización judicial previa, pueden reconocer hijos.
9. Se reafirma el ejercicio conjunto de la administración de los bienes de los hijos por los progenitores. Se entiende, asimismo, que la administración de los progenitores es independiente del sistema de ejercicio de la responsabilidad parental, que en general será conjunto y excepcionalmente unilateral (art. 641).
10. Si los bienes provienen del trabajo del joven menor de edad, conforman un patrimonio "profesional" cuya administración y disposición le corresponde al joven sin importar si trabaja con autorización o es mayor de 16 años.
11. Los progenitores pueden delegar a uno solo de ellos las facultades de administración de los bienes de sus hijos menores de común acuerdo.
12. Podría designarse a un tercero y hasta podría dividirse la administración entre un progenitor y un tercero si resulta conveniente y beneficioso para la administración, repercutiendo en la conservación de los bienes de los menores.

Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental

1. La delegación de ejercicio de la responsabilidad parental, reconoce en la figura del *delegatario* a un *pariente*. El progenitor que delega el ejercicio de la responsabilidad parental no pierde la titularidad.
2. Al imponerse la forma escrita, consideramos que la escritura pública resulta conveniente porque: a) el instrumento tiene fecha cierta y el valor probatorio de todo instrumento público (art. 296 CCyC); b) la intervención del notario -sin superponerse con la ineludible intervención judicial- dotará de autenticidad y seguridad jurídica al acto instrumentado; c) la facción protocolar del documento notarial garantiza la conservación documental y la posible expedición de segundas o ulteriores copias (arts. 300 y 308, CCyC).
3. Cuando el hijo sea adolescente (entre trece y dieciocho años) es conveniente su comparecencia al acto (en aplicación análoga del art. 645, último párrafo). Cualquiera sea la edad del hijo, este será citado ante el juez en ocasión de tramitar la homologación judicial del acuerdo.
4. La delegación de ejercicio de la responsabilidad parental representa una nueva incumbencia de la función notarial en dos sentidos: a) la posible intervención del notario en la celebración del acuerdo; y b) la intervención del delegatario en actos concernientes al niño, niña o adolescente.

5. Un *delegatario de ejercicio de la responsabilidad parental* que intervenga en actos concernientes al niño, niña o adolescente, deberá presentar el acuerdo y la sentencia homologatoria como documentación habilitante. Debe considerarse especialmente el límite temporal de la delegación. Como las cuestiones atinentes al ejercicio parental pueden sufrir modificaciones, aconsejamos la previa consulta al expediente judicial en el que se haya resuelto la homologación del acuerdo.

Otorgamiento de guarda

1. El otorgamiento de guarda a un pariente constituye una situación de excepción, una herramienta a la que sólo puede recurrirse en supuestos "de especial gravedad". El otorgamiento de la guarda a un pariente no debe ser considerado a los fines de la adopción (arg. art. 611, tercer párrafo, CCyC).
2. En una interpretación amplia es posible que los progenitores puedan convenir la delegación de la guarda a un pariente y someterla a homologación judicial.
3. Diferencias entre la delegación del ejercicio y el otorgamiento de la guarda a un pariente: a) la *delegación de ejercicio* es un acuerdo entre los progenitores y un pariente, sujeto a homologación judicial, el *otorgamiento de guarda a un pariente* aparece regulado como una decisión del juez; b) en la *delegación de ejercicio*, los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental sin perjuicio de su derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en la medida de sus posibilidades, en el *otorgamiento de guarda*, en cambio, los progenitores conservan la titularidad y el ejercicio parental, a excepción de las cuestiones atinentes al cuidado del niño, niña o adolescente, que son las que se encuentran desplazadas en cabeza del pariente temporariamente; c) el pariente al que se le otorgó la guarda, tiene sus funciones limitadas a los actos de la vida cotidiana del niño o adolescente. En cambio, en la delegación de ejercicio, el pariente delegatario asume el ejercicio integral del régimen parental, con un espectro más amplio que el del pariente guardador. *En ambos casos la homologación judicial se presenta como un recaudo insoslayable.*

Progenitor afín

1. El progenitor afín es el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. Será necesaria la concurrencia de cuatro requisitos, a saber: a) la existencia de una

unión conyugal o convivencial; b) la convivencia entre los cónyuges o convivientes; c) que uno de los cónyuges o convivientes tenga uno o varios hijos que no hayan alcanzado la mayor edad; d) que el progenitor tenga a su cargo el cuidado personal de él o ellos.

2. El progenitor afín que invoque tal carácter deberá justificarlo con la siguiente documentación: a) la unión matrimonial o convivencial. En el primer caso, con el certificado de matrimonio o copia certificada del acta respectiva (arg. art. 423, primer párrafo, de este código; y art. 23, ley N° 26.413), o con la prueba supletoria o extraordinaria, en su caso (arg. art. 423, párrafos segundo a cuarto). Cuando se trate de una unión convivencial y esta se encuentre inscripta, con la documentación registral pertinente (arg. art. 511 de este código). Si la unión convivencial no estuviere inscripta, será una manifestación de parte (arg. art. 296, inc. b). La convivencia será, en todo caso, una manifestación de los cónyuges o convivientes, con los efectos probatorios recién señalados. La menor edad del hijo será justificada con su certificado de nacimiento (arts. 96 y 97 CCyC; y art. 23, ley N° 26.413).
3. El cuidado personal a cargo del cónyuge o conviviente progenitor se justificará con el testimonio de la resolución judicial pertinente, con el instrumento que contenga el acuerdo o, en los supuestos en que sea ejercido de hecho, con la manifestación del compareciente.

Delegación de la responsabilidad parental al progenitor afín

1. Es posible la *delegación de la responsabilidad parental* a favor del progenitor afín. Podrá recurrirse a ella cuando se verifique alguna de las circunstancias contempladas en la norma: a) las vinculadas al progenitor que es cónyuge o conviviente del progenitor afín; y b) las vinculadas al otro progenitor. El progenitor afín ejercerá la responsabilidad parental en forma *exclusiva*.
2. La delegación de ejercicio de responsabilidad parental y el convenio de ejercicio conjunto que involucran al progenitor afín son figuras concebidas en el ámbito de la convencionalidad, pese a la necesaria intervención judicial.
3. Aun frente a la libertad de formas, en todos estos supuestos, por la magnitud del acto celebrado y el despliegue de efectos jurídicos que produce, involucrando derechos de niños, niñas o adolescentes, *la intervención notarial aparece como conveniente elección para rodear al acto de seguridad jurídica y fe pública, instrumentándose en un docu-*

mento que, además, contará con la garantía de conservación documental que aporta el protocolo notarial.

4. En los supuestos *de delegación de ejercicio a favor del progenitor afín, el consentimiento del progenitor no delegante podrá ser prestado en la misma escritura o por documento notarial autónomo.*
5. En los casos *en que intervengan ambos progenitores y el afín, no es necesaria la homologación judicial, motivo por el cual el documento continente de este acto será documentación habilitante para justificar el carácter de la intervención en el otorgamiento de actos posteriores.*

Actos de disposición de los bienes de los hijos bajo responsabilidad parental

1. Los progenitores no pueden celebrar actos que importen una alteración del patrimonio del hijo (niña, niño o adolescente), cualquiera sea, sin la correspondiente autorización judicial, previo dictamen del Ministerio Público (art. 103, inc. a, CCyC).
2. La autorización judicial se requiere para enajenar muebles o inmuebles, constituir o transferir derechos reales de bienes de sus hijos menores de edad, invertir o utilizar sumas de dinero depositadas a nombre de los hijos. Los actos realizados por los progenitores, sin la autorización judicial, *pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo. La nulidad sería relativa.* Es el juez quien tiene la facultad de valorar la conveniencia y razonabilidad de la operación en virtud de las circunstancias.
3. Quedan exceptuados los actos del menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión, ya que según el art. 30 del CCyC el menor tiene la libre administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de ella y puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de autorización.

La privación de la responsabilidad parental

1. Configura una sanción para el progenitor que incurre en alguna de las causales que enuncia el art. 700 CCyC.
2. El testimonio judicial de la sentencia que pronuncia la privación de la responsabilidad parental de uno de los progenitores conduce a arribar a las siguientes conclusiones: 1) el otro progenitor será el único que ejerce la responsabilidad parental (arg. art. 641, inc. c). 2) El progenitor privado no podrá tampoco administrar los bienes del niño, niña o adolescente (arg. art. 695). 3) El progenitor privado de la patria potestad

deberá prestar su consentimiento para los actos contemplados en el art. 645, a excepción del inc. e, por cuanto se refiere a la administración de los bienes del hijo, en consonancia con la norma que aquí comentamos.

3. Para los restantes actos, el progenitor privado deberá prestar su consentimiento -u obtenerse la autorización judicial supletoria- conforme surge del art. 645. Lo que torna exigible el consentimiento conjunto es la existencia de doble vínculo filial y que la sentencia que priva al progenitor de la responsabilidad parental no produce el desplazamiento del vínculo filiatorio.

Remoción de la administración

1. La remoción puede ser: a) de la administración de un solo progenitor del hijo con doble vínculo filial; y b) de ambos progenitores o del único progenitor. Removido uno de ellos, la administración corresponde al otro.
2. No existiendo otro progenitor que pueda asumir la administración de los bienes del hijo, debe designarse un tutor especial.
3. Cuando el compareciente invoque ser el único administrador de los bienes del hijo menor de edad deberá justificarlo con el testimonio judicial de la sentencia que ha resuelto la pérdida de la administración del otro progenitor.
4. Cuando el compareciente sea el tutor especial designado de conformidad con la última parte de este artículo, la documentación habilitante será el testimonio judicial de la resolución que lo ha designado tutor y del acta judicial de discernimiento del cargo.

Rentas de los bienes de los hijos

1. Las rentas de los bienes de los hijos pertenecen a ellos conforme el régimen parental. *Los progenitores sólo podrán disponer de las rentas de los menores con autorización judicial y por razones justificadas.*
2. En los negocios jurídicos en que se empleen sumas de dinero que constituyan rentas de bienes de un niño, niña o adolescente, sus progenitores actúan *gestionando el dinero ajeno, motivo por el cual deberán contar con la pertinente autorización judicial. La resolución testimoniada constituirá documentación habilitante.*
3. En negocios jurídicos que tengan por fin la producción de rentas de los bienes del hijo, debe concebirse que, en ocasión de percibir los pagos periódicos, los progenitores lo están haciendo en virtud de la representación legal que ejercen.

4. Se releva a los progenitores de la obtención de la autorización judicial cuando el empleo de las rentas de los bienes del niño o adolescente tuviese alguna de las finalidades que taxativamente enuncia el art. 698 CCyC.

Contratos

1. Se presume que el joven mayor de 16 años cuenta con la autorización de sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria, siempre que se cumplan las disposiciones legales pertinentes, o sea las relativas a la capacidad de las personas (ley N° 26.061 y la ley de contrato de trabajo y leyes laborales especiales que rigen actividades específicas).
2. Los menores de 16 años sólo podrán ejercer trabajo o empleo con autorización expresa de sus padres ya que se impone una necesaria finalidad de protección hacia la persona menor de edad. Cualquier convenio celebrado sin la autorización es nulo de nulidad relativa.
3. La administración de los progenitores es independiente del sistema de ejercicio de la responsabilidad parental, que en general será conjunto y excepcionalmente unilateral (art. 641).
4. En principio los contratos deben ser celebrados por ambos progenitores, salvo los casos de delegación voluntaria de la administración a uno de ellos (art. 687) o designación de administrador por el juez (art. 688).
5. Si los bienes provienen de herencia, legado o donación, la administración es ejercida por los padres en común cuando ambos ejercen la responsabilidad parental (arts. 685 y 686, inc. a).
6. El contrato de locación de bienes de los hijos menores se encuentra dentro de los que pueden celebrar los progenitores sin necesidad de previa autorización judicial en virtud de lo analizado en los artículos anteriores.
7. La conclusión de la locación no tiene lugar de pleno derecho por la sola conclusión de la responsabilidad parental, sino que será el hijo, cuando llegue a la mayoría de edad, quien pedirá la rescisión anticipada.
8. Están excluidos de la libertad de contratación los actos celebrados con tercero que necesiten autorización judicial (en los términos del art. 692), los excluidos de la administración (art. 686) y los que obliguen al hijo a efectuar una prestación personal sin su consentimiento (arts. 681 y 682).
9. Ni con autorización judicial los progenitores pueden comprar por sí ni por persona interpuesta bienes de su hijo menor de edad bajo su responsabilidad; ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o

Doctrina

acciones contra su hijo; ni hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor fallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios; ni obligar a su hijo como fiadores o de terceros.

10. La prohibición pronunciada en el apartado anterior importa una incapacidad de derecho (art. 22 CCyC) o falta de legitimación. Por tanto, el acto ejecutado en contrario a la norma será nulo de nulidad relativa.
11. Los hijos menores de edad pueden recibir donaciones de sus progenitores, aceptando en su representación, cualquiera de ellos.