

CAPITULO 10

Representación y asistencia. Tutela y curatela

SECCION 1ª

Representación y asistencia

Art. 100 al 103

SECCION 2ª

Tutela

Parágrafo 1°

Disposiciones generales

Art. 104 al 111

Parágrafo 2°

Discernimiento de la tutela

Art 112 al 116

Parágrafo 3°

Ejercicio de la tutela

Art. 117 al 129

Parágrafo 4°

Cuentas de la tutela

Art. 130 Al 134

Parágrafo 5°

Terminación de la tutela

Art. 135 al 137

SECCION 3ª

Curatela

Art. 138 al 140

Tutela y Curatela

Tanto la tutela como la curatela, son dos institutos en relación con el tema de la capacidad de ejercicio.

Como ya hemos visto oportunamente al tratar la incapacidad de ejercicio, las restricciones, pueden generar o la representación o el sistema de asistencia por apoyos. Refrescando un poco los contenidos ya vistos, un ejemplo de representación sería el de un padre decidiendo por su hijo mejor, y uno de asistencia, el de un inhabilitado en donde el apoyo consiste justamente en asistir para tomar la mejor decisión.

El artículo 24 del CCyC, como hemos visto establece las categorías de incapaces de ejercer sus derechos por sí mismos.

*El artículo 100, fija el principio general de la representación de los incapaces del artículo 24: **“las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.***

A su vez, el artículo 101, establece quienes son los representantes para cada una de las categorías del artículo 24: para las personas por nacer serán sus padres quienes los representen, para los menores no emancipados sus padres, y en caso que falten o ambos sean incapaces, o estén privados de la responsabilidad parental o suspendidos en su ejercicio, el representante será un tutor designado

Por último el artículo 101, establece que si la persona fue declarada incapaz por sentencia judicial, debe diferenciarse los casos de capacidad restringida de los casos en que se declare a la persona incapaz. En los casos de capacidad restringida, los apoyos designados, cuando de acuerdo a la sentencia, los mismos tengan representación para determinados actos. Si la persona fue declarada incapaz, su representante será quien se nombre como curador.

Principales características de la representación de incapaces.

*En principio al tratarse de un sistema tuitivo debemos decir que la principal característica de la representación es que es **necesaria**, está destinada a proteger a la persona y a sus bienes, es **legal**, ya que la misma es impuesta por ley, es **dual**, la actuación del representante es complementaria de la actuación del Ministerio Público, ya sea que se trata del ámbito judicial o el extrajudicial y por último decimos que hay ciertos actos del representante que están supervisados bajo la órbita judicial, por lo tanto decimos que la representación es **controlada**.*

*Señalamos oportunamente que el sistema de apoyo consiste en brindar asistencia en la toma de decisiones y que se entiende por “apoyo” cualquier medida que tenga carácter judicial o extrajudicial que facilite la toma de decisiones a la persona que lo necesite para dirigir sus bienes y su persona. Recordamos que en el sistema de apoyo no se reemplaza la voluntad del protegido, sino que lo que se hace es respetar su voluntad, brindándole asistencia para que tome la decisión más beneficiosa para sí, conforme a lo establecido por el régimen de capacidad y el artículo 102 del capítulo de Tutela y Curatela: **“Asistencia. Las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas son asistidas por los apoyos designados en la sentencia respectiva y en otras leyes especiales”**.*

*Mencionamos oportunamente en el texto de capacidad, la necesaria intervención del **Ministerio Público** tanto para menores de edad como para los casos de capacidad restringida, incapacidad o los casos que el ejercicio requiera un sistema de apoyos.*

*Conforme al artículo 103, la actuación del Ministerio Público, puede darse tanto en el ámbito **judicial** como el **extrajudicial**. Cuando es en el ámbito judicial, la intervención del órgano puede ser **complementaria** o **principal**.*

Decimos que es complementaria en todos los procesos en los que están involucrados los intereses de menores de edad, incapaces o con capacidad restringida, de no ocurrir la intervención del Ministerio Público se produce la nulidad relativa del acto.

*Es principal, **1.-** cuando respecto de los derechos de los representados, sus representantes estén inactivos. **2.-** Cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes de los representantes. **3.-** Cuando no tengan representante legal y sea necesario designarles representación.*

En cambio la intervención del ministerio Público, es extrajudicial, cuando por la inacción o ausencia de representación, estén comprometidos, los derechos, económicos, sociales y culturales. Por ejemplo el ejercicio del derecho a recibir educación.

*El artículo 104, nos da la característica distintiva entre Tutela y Curatela, ya que si bien ambos institutos están vinculados a las personas que tienen algún tipo de restricción al ejercicio de sus derechos, cada una se distingue por quien es el “sujeto” a quien va dirigida. **“La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente (de aquí y en más para no ser reiterativos en la escritura, solo diremos “el menor”) que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental** (dicha responsabilidad en la codificación*

anterior era denominada como patria potestad),”. Esta “ausencia” de responsabilidad parental, pueden ocurrir por no tener a los padres vivos o porque tienen la pérdida o la suspensión de la misma.

En este caso el tutor, será el representante legal del menor en toda cuestión vinculada a sus derechos patrimoniales.

El CCyC, en el título VII del Libro Segundo establece los principios generales de la figura de la responsabilidad parental. Citamos los artículos correspondientes:

ARTÍCULO 638.- Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

ARTÍCULO 639.- Principios generales. Enumeración. 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.

ARTICULO 640.- Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental. Este Código regula:

a) La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental; b) el cuidado personal del hijo por los progenitores; c) la guarda otorgada por el juez a un tercero.

La segunda parte del artículo 104, incorpora la expresión de “la guarda del niño, niña o adolescente” por parte de un tercero, pudiendo este asumir las responsabilidades parentales, ya sea que esta se produzca por delegación de los padres o por designación judicial. Así el guardador podrá asumir funciones de tutor, conforme a las regulaciones y principios de lo establecido en el título de tutela.

La última parte del artículo menciona el supuesto en el cual la guarda provisoria hubiera sido otorgada a un pariente. En este caso la protección (tutela) del niño, niña o adolescente, puede quedar provisoriamente a cargo del guardador designado judicialmente. Pero esto último queda sujeto a que la designación resulte ser lo más beneficioso para el tutelado, teniendo en cuenta especialmente su interés superior. Lo mismo ocurre si la delegación de la guarda la hubieran realizado los titulares de la responsabilidad parental, será el juez que

oportunamente homologo la delegación, quien puede otorgar las funciones de protección de la persona y sus bienes.

Las características de la tutela, están establecidas en el artículo 105 del CCyC.

*La tutela es **representativa**, ya que el tutor es el representante legal del menor en todos los actos civiles. Es **personalísima**, esto significa que el cargo de tutor no se trasmite, tampoco se hereda. Es **controlada**, este control lo ejercen tanto el Ministerio Público como el juez. Puede ser **unipersonal o dual**, en este último caso, si la ejercen más de una persona y hubiera algún tipo de controversia o discrepancia, esta será resuelta por el Juez con la intervención del Ministerio Público. Puede ser **general o especial**, en el primer caso, la tutela es la destinada a proteger en general a la persona y sus bienes, en cambio en la especial, se trata de una tutela para administrar bienes determinados o representar al menor en algún acto específico. En su redacción el nuevo CCyC, elimino la categoría del Código de Vélez Sarsfield de la “tutela legal”. Por ultimo otra característica de la tutela es que **no es una carga pública**, en la legislación anterior quien era designado como tutor no podía excusarse de dicha función, si bien admitía la posibilidad cuando hubiera una causa que lo justificara, con la nueva legislación el designado puede excusarse de tal designación.*

La tutela general, a su vez puede ser otorgada por los padres, o por el juez a esta última se la llama también dativa. De acuerdo al art. 106, cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental, puede nombrar tutor o tutores para sus hijos menores. Esto lo puede hacer tanto por escritura pública, o por testamento, tal designación siempre debe ser aprobada por el juez. La tutela dativa conforme al art. 107 es la que otorga el juez ante la ausencia de designación paterna del tutor o los tutores, o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercer por aquellos que fueron designados. El juez deberá designar a la persona más idónea para brindar protección al menor y debe fundar razonablemente los motivos que justifique dicha idoneidad.

*Sin embargo, en razones de orden moral y de orden público, el art. 108 establece a fin de evitar que el juez se pudiera ver favorecido por el nombramiento del tutor, algunas restricciones respecto de la designación: **a) a su cónyuge, conviviente, o parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad; b) a las personas con quienes mantiene amistad íntima ni a los parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad; c) a las personas con quienes tiene intereses comunes; d) a sus deudores o acreedores. e) a los integrantes de los tribunales nacionales o provinciales que ejercen sus funciones en el lugar del nombramiento; ni a los que tienen con ellos intereses comunes, ni a sus***

amigos íntimos o los parientes de éstos, dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad;

f) a quien es tutor de otro menor de edad, a menos que se trate de hermanos menores de edad, o existan causas que lo justifiquen.

Tutela especial: *Es la que se establece para administrar ya sea determinados bienes o para representar al menor en algún acto específico. El artículo 109, detalla los casos en que corresponde la designación judicial de tutores “especiales”.*

El artículo 110, enumera los distintos supuestos de personas que quedan excluidas de la posibilidad de ser designados como tutores. Los fundamentos para este tipo de exclusión son variados, entre ellos podemos mencionar, los casos en que haya falta de idoneidad, o exista oposición de intereses. También la prohibición se puede fundamentar en causas morales.

El artículo 111, determina la obligación de denunciar cuando el menor carece de un adulto que lo proteja. Al tomar conocimiento de dicha situación, los obligados tendrán un plazo de diez (10) días de conocida la situación del menor.

Los obligados a denunciar, *son los parientes obligados a prestar alimentos (deberes de asistencia familiar) al menor. El guardador o la persona en quienes los padres delegaron la responsabilidad parental. Los oficiales del Registro del Estado civil y Capacidad de las Personas, así como otros funcionarios públicos de distintas áreas, como salud, educativa área policial, que en ejercicio de su cargo tengan conocimiento de cualquier hecho que dé lugar a la necesidad de la tutela. El obligado debe hacer la denuncia, ante la autoridad competente, el Juez, el Ministerio Público, la autoridad policial. Quien omita hacer la denuncia, tendrá como sanción la pena de no poder ser designado tutor, y se lo hace responsable de los daños y perjuicios que su omisión de denunciar le pueda ocasionar al menor. Una vez que haya tomado conocimiento del o los hechos, el Juez deberá proveer de oficio las actuaciones necesarias para la apertura del proceso de designación de tutor.*

Se llama discernimiento de la tutela, *al acto por el cual el Juez pone en posesión de su cargo al tutor designado. El juez que debe intervenir (competencia, territorial) es el que se corresponda con el lugar donde el menor tenga su centro de vida, es decir donde el menor resida habitualmente. Para el discernimiento de la tutela, como para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el Juez debe, oír al menor, tener en cuenta las manifestaciones del menor en función de su edad y madurez, y conforme a la legislación internacional que la República Argentina ha ratificado e incorporado como norma suprema de*

acuerdo al artículo 75 inciso 22 (tratados de Derechos Humanos, entre ellos la Convención Internacional de Derechos del Niño de 1989) de la Constitución Nacional, la decisión debe realizarse atendiendo al interés superior del menor. En caso que el designado tutor haya realizado actos anteriores al discernimiento, antes de la designación, estos en principio serán nulos, salvo que el Juez los convalide con el nombramiento, si esos actos no generan perjuicio para el menor.

Entrega de bienes, inventario y avaluó: *Una vez que se ha realizado el discernimiento de la tutela, el tutor recibirá los bienes del menor, previo inventario y avaluó (es la estimación del valor comercial de un inmueble o de un artículo) realizado por quien designe el Juez. En caso que el tutor tuviera un crédito contra la persona sujeta a tutela, ese crédito deberá constar en el inventario de bienes, la omisión de inventariar el crédito produce que no lo pueda reclamar luego, salvo que la omisión se debiera a que no conocía que el crédito a su favor existía. Hasta que no se realice el inventario el tutor solo puede tomar medidas que sea urgente y necesarias realizarlas, por ejemplo cambiar una cerradura, el arreglo de una pérdida de agua, etc. Si el menor adquiere bienes por sucesión u otro título, todo bien que se incorpore a su patrimonio debe ser inventariado y proceder a un avaluó también de estos.*

Rendición de cuentas: *La rendición de cuentas sobre la administración de bienes del menor es una obligación del tutor, debe hacerlo justificando y documentando todos los gastos. Esta es una obligación que el tutor no puede eludir, y de la cual ni siquiera los padres del menor pueden eximirlo. Si el tutor, reemplazar a un tutor anterior o sucede a algunos de los padres, debe pedir de inmediato al sustituido o a sus herederos, que se realice la rendición de cuentas judicial y la entrega de bienes al tutelado.*

La rendición de cuentas, debe hacerse al término de cada año, al cesar en el cargo o cuando el juez así lo ordene, ya sea que el juez lo decida de oficio o a solicitud del ministerio Público. A través de estas autoridades también lo puede solicitar el tutelado.

La rendición de cuentas final, *(art. 130 a 135) se realiza al terminar la tutela, quien la ejerce (o sus herederos) deben entregar los bienes de inmediato, el juez establecerá el plazo para que se realice en informe de gestión. Suponiendo que la tutela termina por fallecimiento del tutelado, la rendición debe realizarse igual, aunque este por testamento hubiera eximido al tutor. La intervención del juez al fijar el plazo, hace obvio que la rendición siempre se realiza en sede judicial con la intervención del Ministerio Público. Los gastos de la rendición de cuenta, los debe adelantar el tutor y una vez realizada la rendición, el tutelado debe rembolsar los gastos al tutor. Algo similar ocurre con los gastos de gestión*

(en este caso se trata de los gastos de ejercicio de la tutela en protección del menor) que deberán ser restituidos al tutor siempre que se consideren razonables, aun cuando estos gastos no hubieran producido utilidad al tutelado.

Actos del tutor: (art. 117 a 129) *Reiteramos que la función del tutor es la de representar legalmente al menor en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, tiene a su cargo la protección de la persona y de los bienes del menor. En ese caso, el tutor podrá realizar **actos libremente**, otros **con autorización judicial**, y otros les estarán **prohibidos**. El juez fijara las sumas que sean requeridas para la educación y alimentos del menor, teniendo en cuenta el valor de los bienes del protegido y la rentabilidad que estos generen.*

*Los actos que el tutor podrá realizar **libremente**, son todos aquellos que resulten en actos de administración, los relacionados a la protección del menor, como pueden ser los gastos de comida, educación, ropa, esparcimiento, y los relacionados con la protección de sus bienes, por ejemplo, el pago de impuestos, tasas, servicios, reparaciones de inmuebles etc.*

Para ciertos actos la prohibición es absoluta, ya que no los puede realizar ni con autorización judicial. Al tutor le están prohibidos respecto de su pupilo, los mismos actos que los padres tienen prohibidos respecto de sus hijos menores de edad, por ejemplo, que el menor sea fiador (garante) de las deudas que estos contraigan. Además, aunque haya cesado la incapacidad, el tutor no puede realizar ningún tipo de contrato con su protegido hasta que la rendición de cuentas no tenga la aprobación judicial. Establecer esta prohibición tiene como objeto que no se produzca conflicto de intereses entre el tutor y el tutelado, pudiendo quedar expuesto o perjudicado el patrimonio de este último.

*Respecto de los **actos que requieran autorización**, además de aquellos casos donde los padres deben solicitar autorización judicial, (actos de disposición sobre los bienes de los hijos), el tutor también deberá solicitarla, a) cuando adquiera un inmueble u otro bien, que no resulte útil a los requerimientos de satisfacer el derecho alimentario del tutelado, b) prestar dinero de su protegido, en este caso la autorización solo será otorgada cuando haya garantías reales suficientes, c) dar en locación (alquiler) los bienes del tutelado, o celebrar actos similares que tengan un plazo superior a tres años. Si el tutelado alcanza la mayoría de edad, ese tipo de contratos se da por concluido, d) tomar en locación inmuebles, que no sean donde habita el menor, e) realizar gastos extraordinarios que no sean para reparar o conservar los bienes, f) realizar actos en que estén interesados amigos íntimos o parientes del tutor, en este último caso, la limitación de la solicitud de la autorización judicial, solo alcanza a los parientes hasta el 4to grado en línea directa o segundo grado por afinidad.*

Responsabilidad del tutor: *La responsabilidad del tutor es por el daño causado al tutelado por su culpa durante su gestión, ya sea que se trate por acción u omisión. La legislación también establece que si el tutor no rinde cuentas, lo hace de forma indebida o se comprueba una mala administración atribuible por culpa o dolo, deberá indemnizar el daño provocado al protegido y la indemnización nunca podrá ser inferior al valor de los bienes afectados por el daño y lo que estos bienes podrían haber llegado a producir en concepto de utilidad. Las medidas judiciales para reparar el daño, la pueden solicitar el tutelado, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público, sin perjuicio de que pueden ser también adoptadas de oficio por el Juez.*

Fin de la Tutela: *La tutela puede concluir tanto por causas atribuibles al tutelado como al tutor. La muerte del protegido, la emancipación o la desaparición de la causa que dio lugar a la tutela (la mayoría de edad), serían las causas relativas al tutelado. En el caso del tutor el fin de la tutela se producirá, por su muerte, por incapacidad, por declaración de capacidad restringida, por remoción o renuncia aceptada por el juez.*

En los casos donde haya más de un tutor, (la tutela dual), las causas que originen la terminación de una, no afectan a la otra, la cual deberá mantener su cargo, salvo que el Juez considere que es conveniente, que esta última también cese, cuando haya motivos que lo fundamenten.

Cuando se produce la muerte del tutor, el albacea (se denomina así, a la persona encargada de hacer cumplir la última voluntad de una persona fallecida, y de custodiar los bienes del difunto hasta que pasen a sus herederos), el heredero o el otro tutor (cuando la tutela sea dual) debe poner de inmediato en conocimiento al juez de la tutela, para adoptar en forma urgente las medidas necesarias para proteger la persona y los bienes del pupilo.

Una de las causas del fin de la tutela atribuibles al tutor es la remoción, esta puede ser pedida por el propio pupilo, el Ministerio Público o de oficio disponerla el Juez, las causas que dan origen a la remoción, son que al tutor lo alcancen algunas de las causas establecidas como impedimento para ser tal (establecidas en el art. 110), no hacer el inventario de los bienes o no hacerlo debidamente, o no cumplir debidamente con sus deberes de tutor, o tener problemas graves y reiterados de convivencia con su pupilo.

Curatela:

En materia de curatela, el artículo 138, establece que a esta institución le son aplicables las mismas reglas que rigen a la tutela. Como mencionamos al principio, lo que distingue a ambas instituciones son los sujetos “protegidos” por una y otra. De la misma manera que el tutor cuida a la persona y a los bienes

del menor, el curador cuida a la persona y los bienes de la persona incapaz. En el caso de la tutela, el menor alcanzara (salvo que surja algún impedimento respecto de su capacidad) la plena capacidad civil al cumplir los 18 o por emancipación. En el caso del curatelado, la incapacidad se debe a cuestiones vinculadas la salud, por ello el curador tiene como función atender a que el curatelado recupere su salud, administrar los bienes a ese fin y si estos generaran rentas en principio destinarlos al cuidado del protegido y también a que recupere la salud. Por ejemplo si se tratara de una persona con alteraciones mentales, la función del curador estará destinada a que recupere su salud mental, otro ejemplo, si se tratara de una persona inhabilitada por su adicción al consumo de alcohol o tóxicos, la gestión del curador será tratar que se recupere de la adicción.

*La designación del curador, la puede realizar de manera anticipada el propio protegido, este en época de su capacidad plena, podrá designar un curador previendo una afectación mental futura. Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los mismos casos y con las mismas formas que establecidas para designar tutor. En ambos casos las designaciones deben contar con autorización judicial. Conforme a lo establecido en el artículo 60 del CCyC: **Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutánasicas se tienen por no escritas.***

Una advertencia importante para no generar confusiones, se llama tutela dativa a aquella donde el tutor es designado por el Juez, en cambio la curatela dativa es aquella donde el curador es designado por los padres de la persona a proteger.

En caso que no hubiera curador designado por los padres o por el propio protegido el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Tampoco hay un orden de preferencia en la designación, por lo que se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.

*El artículo 140, regula un supuesto, donde puede darse la coexistencia de las figuras del curador, del tutor y del guardador. Por ejemplo un protegido por incapacidad o capacidad restringida al cual se le designa un **curador**, que a su vez puede ser designado **tutor** de los hijos menores del protegido. Aun así, es facultad del Juez, si este lo considera conveniente, designar a un tercero como*

guardador del hijo menor de edad para que lo represente en cuestiones de índole patrimonial

***Fin de la curatela,** de acuerdo a lo establecido para la tutela en el artículo 138, la curatela finaliza por las mismas causas.*