

Capítulo XIV

TUTELA Y CURATELA

por CARLOS H. ROLANDO

| | |
|---|-----|
| 1. Su estudio dentro del Derecho de Familia | 281 |
| 2. Nociones generales | 281 |
| I. TUTELA | |
| 3. Concepto | 283 |
| 4. Caracteres | 284 |
| 5. Capacidad para ser tutor. Quiénes no pueden ser tutores | 285 |
| 6. Categorías de tutela | 288 |
| 7. Tutela dada por los padres (testamentaria) | 288 |
| 8. Tutela legítima | 290 |
| 9. Tutela emergente de curatela | 291 |
| 10. El artículo 8º de la ley 10.903 | 291 |
| 11. Tutela dativa | 291 |
| 12. Tutela especial | 292 |
| 13. Discernimiento de la tutela | 293 |
| 14. Juez competente | 294 |
| 15. Actos anteriores al discernimiento | 295 |
| 16. Derechos y deberes de los tutores | 296 |
| 17. Guarda | 296 |
| 18. Responsabilidad por hechos ilícitos | 296 |
| 19. Educación y alimentos | 297 |
| 20. Respeto y obediencia | 298 |
| 21. Representación | 298 |
| 22. Administración de los bienes del menor. Criterio de actuación | 298 |
| 23. Formalidades previas: inventario y avalúo | 299 |
| 24. Actos prohibidos | 300 |
| 25. Actos que requieren autorización judicial | 302 |
| 26. Actos que el autor puede ejecutar libremente | 307 |
| 27. Incapacidades de derecho derivadas de la tutela | 307 |
| 28. Deberes del tutor | 309 |
| 29. Rendición de cuentas | 309 |
| 30. Responsabilidad del tutor | 312 |
| 31. Retribución | 312 |
| 32. Fin de la tutela | 313 |
| 33. Efectos de la terminación de la tutela | 315 |

II. CURATELA

| | |
|---|-----|
| 34. Concepto | 315 |
| 35. Caracteres. Régimen legal aplicable | 315 |
| 36. Categorías | 316 |
| 37. Curatela legítima | 316 |
| 38. Curatela testamentaria | 317 |
| 39. Curatela dativa | 317 |
| 40. Curatela especial | 318 |
| 41. Internación del demente | 319 |
| 42. Curatela de bienes | 320 |
| 43. Fin de la curatela | 322 |

III. ASISTENCIA DE LOS INHABILITADOS

| | |
|---|-----|
| 44. Inhabilitación. Concepto | 322 |
| 45. Designación y actuación del curador | 323 |
| 46. Régimen procesal de la inhabilitación | 324 |

IV. MINISTERIO DE MENORES

| | |
|--|-----|
| 47. Concepto | 324 |
| 48. Naturaleza de las funciones | 325 |
| 49. Omisión de la intervención del Ministerio de Menores | 326 |

V. EL PATRONATO DEL ESTADO

| | |
|---|-----|
| 50. Concepto | 326 |
| 51. Titular del patronato | 327 |
| 52. Funciones del juez como titular del patronato | 327 |

CARLOS H. ROLANDO

Capítulo XIV

TUTELA Y CURATELA

1. Su estudio dentro del Derecho de Familia.

Windscheid en sus *Pandectas* recogió a la Tutela en el derecho de obligaciones, dando preeminencia a las que surgen entre tutor y pupilo, semejante a una obligación de mandato. No obstante, si bien la tutela —y también la curatela— no es una relación de carácter familiar, son instituciones que reemplazan a la protección de la familia y que están estructurados en consecuencia. La tutela resulta un sucedáneo del cuidado familiar y un instituto supletorio de la patria potestad. Por otra parte la finalidad del cargo de tutor o curador es reemplazar la inexistente asistencia familiar, por lo que la institución recibe una estructura de carácter jurídico familiar, porque tiende a la asistencia y protección de menores o mayores incapacitados a semejanza del cuidado paterno (arts. 412 y 413 C.C. para la tutela y 475 para la curatela). Esta finalidad y estructura hacen que tanto una como otra institución pertenezcan al derecho de familia (Heinrich Lehmann, *Derecho de Familia*, Vol. IV, trad. de José Navas, Madrid, 1953, pág. 403). Julio López del Carril califica a la tutela de institución jurídica cuasi familiar (en *La adopción y la legitimación adoptiva como institutos de protección de menores*, La Ley, 1980-A - Sec. Doctrina, pág. 945).

2. Nociones generales. Terminología.

El Código Civil argentino distingue con bastante claridad ambas instituciones: la tutela se aplica a los menores de edad no emancipados que no están sujetos a patria potestad (art. 377) mientras que la curatela a los mayores de edad incapaces (art. 468). Existen no obstante casos en que la distinción de conceptos no

aparece tan nítida como la curatela especial que se da a los menores en ciertos casos, la curatela de bienes e incluso la curatela del inhabilitado (art. 152 bis C.C.) que no responde exactamente a lo típico de la institución.

En el derecho romano originariamente se hallaban sujetos a tutela los impúberes no sometidos a la *patria potestas* y las mujeres que no se encontraban bajo patria potestad ni bajo la *manus maritalis*, cualquiera fuese su edad. Junto a la tutela existió la curatela que se daba: a) a los impúberes durante la tutela; b) a los púberes hasta los 25 años; c) a los mayores *furiosi*, insensatos, pródigos, etcétera.

La unidad de los conceptos de tutela y curatela se produce en el derecho francés del medioevo cristalizada en la regla *tuteur et curateur n'est qu'un*, principio que recoge el Código Napoleón. En las partidas, fuente directa de nuestra codificación se organiza la tutela como institución de amparo de la persona y bienes del menor de 14 años y la curatela para los mayores de esta edad y menores de 25 años.

En el derecho comparado predomina el sistema que comprende en la tutela tanto a los menores como a los incapaces mayores de edad. En el derecho francés no existe, como en el nuestro, curatela para el interdicto. Por el artículo 509 del Código Civil francés éstos son asimilados a los menores de edad y se les da tutela. No media pues a los efectos de la protección del incapaz la distinción entre menor de edad y menor o mayor interdicto. El curador es sólo un "asistente" del menor emancipado.

En el derecho italiano la tutela es también una institución dada por la ley en protección del que por su edad o por su condición mental es incapaz de cuidar por sí de su persona y de sus intereses patrimoniales. Por lo tanto protege al menor que no está sometido a patria potestad, como al mayor de edad o al menor emancipado que por sus condiciones de enfermo mental se lo considere incapaz. El curador en cambio, al igual que en el derecho francés, es un asistente que se da al menor emancipado y también al interdicto.

En el derecho suizo se provee de tutor a todo menor que no está bajo patria potestad y al mayor de edad incapacitado de administrar sus bienes por enfermedad mental, debilidad de espíritu, prodigalidad, embriaguez o simplemente por inconducta calificada. La curatela en cambio se da cuando un mayor no puede, por causa de enfermedad o ausencia, atender un asunto urgente o designar por sí mismo representante o cuando los intereses del menor o del interdicto se oponen a los de su representante legal.

En el derecho alemán dentro de la tutela en sentido lato se distingue la tutela en sentido estricto y la curatela. La tutela en sentido estricto persigue el cuidado en general de la persona o el patrimonio. Se otorga a los menores cuando falta o falla la patria potestad y a los mayores en caso de incapacidad. La curatela por el contrario es una asistencia tutelar con ámbito limitado de facultades; en principio persigue solamente el cuidado de determinados asuntos.

I. TUTELA

3. Concepto.

La tutela es fundamentalmente un instituto de protección de menores que tiene por objeto el cuidado, amparo y defensa de la persona e intereses del menor no emancipado. Víctor H. Martínez la define como "la función que la ley confiere para representar y gobernar la persona y bienes del menor de edad no emancipado que no está sujeto a patria potestad" (*La tutela en el derecho civil argentino*, Roque Depalma, Bs. As., 1959, pág. 12). Para Borda la tutela en su esencia es una institución de amparo: se procura dentro de lo que humanamente es posible que alguien llene el vacío dejado por la falta de los padres, que cuide del menor velando por su salud y moral, atendiendo su educación, administrando sus bienes, que supla su incapacidad llevando a cabo los actos que el menor no puede realizar por falta de aptitud natural (*Familia*, T. II, pág. 259).

El artículo 377 del Código Civil la conceptúa como “el derecho que la ley confiere para gobernar la persona y bienes del menor de edad que no está sujeto a la patria potestad y para representarlo en todos los actos de la vida civil”. Haciendo la salvedad de que la definición legal alude a la tutela general, cabrían además dos observaciones: a) la definición es incompleta pues al caracterizarla como un “derecho” olvida el complemento de las obligaciones que recaen sobre la persona del tutor; b) por otro lado sin embargo resulta sumamente precisa al calificar a la tutela como una institución puramente legal civil (derecho que “la ley confiere” dice) a diferencia de la patria potestad que emana del derecho natural.

4. Caracteres.

Se anotan los siguientes:

a) Es un cargo personal o personalísimo. Así lo establece el artículo 379 del Código Civil, agregando que no pasa a los herederos. Por lo mismo la tal función no puede cederse ni sustituirse ni delegarse, ni por actos entre vivos ni de última voluntad, sin perjuicio de que el tutor pueda otorgar válidamente poder o mandato para la celebración de ciertos actos particulares, bajo su responsabilidad. No obstante lo expresado un caso de sustitución fue incorporado por la ley 10.903, por cuyo artículo 8º la dirección de los establecimientos de beneficencia ejerce la tutela de los menores confiados allí por sus padres, tutores o guardadores.

b) Es una carga pública y nadie puede excusarse de desempeñarla sin causa suficiente (art. 379 del C.C.). Es que el carácter proteccional del instituto crea una verdadera obligación moral a cuyo cumplimiento nadie puede negarse sin justa causa.

c) Es unipersonal. La tutela debe recaer en una sola persona y existe prohibición expresa de la ley (arts. 386-490/2 CC) de una designación plural o colectiva. No existe en nuestro país la institución del protutor o tutor subrogado ni los consejos de familia. Sólo por excepción —que no hace más que confirmar la regla— la

ley admite la designación de otro tutor, como en la tutela especial para atender determinados asuntos (art. 397 C.C.).

d) Es una función representativa. Es un carácter que surge nítidamente de diversas disposiciones del Código Civil (arts. 57 inc. 2, 377, 380, 411).

e) Es una potestad subsidiaria, en cuanto aparece en defecto de la patria potestad. Las excepciones estarían dadas por algunos casos de tutela especial, en que coexisten patria potestad y tutela.

f) Está bajo el contralor del Estado. Así lo dispone expresamente el artículo 381 del Código Civil: "La tutela se ejerce bajo la inspección y vigilancia del ministerio de menores". Esta función de vigilancia y control es ejercida asimismo y preponderantemente por el juez. El artículo 59 del Código Civil refuerza el principio al disponer que, a más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el ministerio de menores.

5. Capacidad para ser tutor. Quiénes no pueden ser tutores.

Pueden ser tutores sólo las personas físicas capaces, no las jurídicas, consagrándose no obstante una excepción en el artículo 8º de la ley 10.903. El artículo 398 del Código Civil enumera las incapacidades para desempeñar el cargo de tutor:

a) Los menores de edad (inc. 1). Los emancipados pueden serlo? Machado, Orgaz y Busso le negaban esa posibilidad, ante la falta de distinción del texto. Borda lo admite expresamente, fundamentalmente luego de la reforma del código por la ley 17.711. En igual sentido Méndez Costa. Belluscio encuentra dudosa la conclusión, pues resulta chocante que quienes no tienen capacidad plena sean a su vez representantes legales de otros incapaces, dice.

b) Los ciegos y los mudos (inc. 2). Aunque no son incapaces, la ley, por las limitaciones que sufren, ha preferido eximirlos de desempeñar una función tan importante.

c) Los privados de razón (inc. 3), o sea los dementes. Para Borda sólo alcanza a los interdictos. Machado y Busso la hacen extensiva al demente no interdicto. En todo caso ningún juez discerniría la tutela a una persona que no se encuentre en el pleno uso de sus facultades mentales, pues faltaría el requisito de "idoneidad" (arg. art. 391 C.C.).

d) Los que no tienen domicilio en la República (inc. 4) y los que tienen que ejercer por largo tiempo o por tiempo indefinido un cargo o comisión fuera del territorio de la República (inc. 7). En ambos casos no podría desempeñarse eficazmente el cargo y se dificultaría el contralor judicial de la tutela.

e) Los fallidos mientras no hayan satisfecho a sus acreedores (inc. 5). La falta de aptitud demostrada para administrar los bienes propios incide negativamente y con mayor razón para la administración de los ajenos.

f) El que hubiese sido privado de ejercer la patria potestad (inc. 6) o el que no tenga oficio, profesión o modo de vivir conocido o sea notoriamente de mala conducta (inc. 9) y el condenado a pena infamante (inc. 10) y el que hubiese malversado los bienes de otro menor o hubiese sido removido de otra tutela (inc. 13). Aquí la exclusión o incapacidad se produce por razones de orden moral. No es claro el concepto de "pena infamante". Belluscio incluye, en principio, toda pena privativa de la libertad por delito doloso. Borda sostiene que en los delitos dolosos el juez apreciará si realmente ponen una mancha de infamia o deshonor en la conducta del futuro tutor.

g) Los deudores o acreedores del menor por cantidades considerables (inc. 11) y los que tengan ellos o sus padres pleito con el menor sobre su estado o sus bienes (inc. 12). La razón de la exclusión radica en la oposición de intereses.

h) Los parientes que no pidieron tutor para el menor que no lo tenía (inc. 14) deber que impone el artículo 378 del Código Civil. Busso sólo lo entiende referido a los parientes con derecho

a la tutela legítima, mientras que Borda y Belluscio la hacen extensiva a todos los ascendientes y descendientes, los colaterales hasta el sexto grado y los afines.

i) Los individuos del Ejército y de la Marina que se hallen en actual servicio incluso los comisarios, médicos y cirujanos. La disciplina y autoridad de sus superiores a que están sometidos los priva a estas personas de la independencia necesario para asumir estas funciones. Aunque el código no lo nombra —la que resulta lógico— está comprendido también el personal de la Aeronáutica, pero no la policía ni otras fuerzas de seguridad similares.

j) Los que hubieren hecho profesión religiosa (inc. 16). Si la profesión religiosa pone fin a la patria potestad (art. 306 inc. 2 C.C.) con mayor razón impide ser tutor.

El inciso 8 del artículo 398 vedaba el cargo de tutor a “las mujeres con excepción de la abuela, si se conservase viuda”. Esta incapacidad fue suprimida por la ley 11.357 (arts. 1º y 3º). Constituía una verdadera incapacidad de derecho basada en el sexo exclusivamente. El nuevo artículo 1º de la ley luego de la reforma del año 1968 confirma la solución al establecer la plena capacidad civil de la mujer.

A más de las incapacidades señaladas, el artículo 393 del Código Civil modificado por la ley 10.903 establece otras referidas a la tutela dativa: “Los jueces no podrán proveer a la tutela, salvo que se tratase de menores sin recursos o de parientes de los mismos jueces, en socios, deudores o acreedores suyos, en sus parientes dentro del cuarto grado, en amigos íntimos suyos o de sus parientes hasta dentro del cuarto grado, en socios, deudores o acreedores, amigos íntimos o parientes dentro del cuarto grado de los miembros de los tribunales nacionales o provinciales que ejercieran sus funciones en el mismo lugar en que se haga el nombramiento, ni proveerla dando a una misma persona varias tutelas de menores de diferentes familias, salvo que se tratase de filántropos reconocidos públicamente como tales”.

Se considera que la enunciación legal de las incapacidades es

taxativa. Ello no obstante la amplia discrecionalidad judicial en la designación del tutor permite ampliar considerablemente el espectro legal.

La designación como tutor de un "incapaz" no sería nula como tampoco los actos por él cumplidos. Simplemente sería una causa para removerlo de sus funciones (art. 457 inc. 1º C.C.).

6. Categorías de tutela.

Distínguese desde un aspecto, la tutela general de la especial, según que las relaciones jurídicas objeto de la tutela tengan un carácter de representación total o representación limitada.

Según el origen del nombramiento de tutor, se conoce a la tutela "dada por los padres" (comúnmente denominada testamentaria), "o por la ley" (legítima) "o por el juez" (dativa). Las tres clases de tutela están sujetas a una gradación, de forma que la testamentaria tiene preferencia sobre la legítima y ésta sobre la dativa. Expresa De la Grasserie que así como hay una sucesión testada y otra *ab intestato*, así también existe una tutela testamentaria (psicológica) y otra intestada (legítima: biológica). Para sanear la carencia posible de elementos, surge la judicial (sociológica). (Citado por Fernando Legon, *Un criterio sobre actualización del derecho a la tutela legítima por el advenimiento de la capacidad*, en Jurisprudencia Argentina, T. 55, Sección Doctrina, pág. 33). Es preciso aclarar que la tutela dada por los padres o por la ley es siempre general y que la dativa puede ser general o especial.

7. Tutela dada por los padres (testamentaria).

Dispone el artículo 383 del Código Civil que el padre o la madre que fallezca último de ambos puede nombrar tutor a los hijos que estén bajo patria potestad. La ley presume que nadie mejor que los padres para elegir a la persona que habrá de cuidar a su hijo.

Esta designación la pueden hacer tanto los padres legítimos (art. 383) como los ilegítimos (art. 394) y también los adoptivos,

facultad emanada de la “potestad adoptiva” que adquieren. Cabría aclarar solamente que en la adopción simple, si a los adoptantes sobrevive alguno de los padres de sangre que no hubiera sido privado de la patria potestad sino por la adopción, la designación de tutor no sería posible porque la patria potestad volvería a él.

En lo que respecta a los hijos naturales, la redacción poco feliz de la norma legal ha dado lugar a distintas interpretaciones. Dispone el artículo 394 del Código Civil que “el sobreviviente de los padres naturales puede nombrar por escritura pública o en su testamento, tutores a sus hijos cuando los hubiere instituido por herederos o sólo un curador de los bienes que les hubiese dejado”. Busso interpreta literalmente el precepto, por lo que no admite la posibilidad de designación de tutor. Asimismo la última parte del artículo aparece “irrazonable” al decir de Belluscio, y efectivamente así parece serlo.

Pueden efectuar esta designación los padres que se hallen en ejercicio de la patria potestad por lo que la minoridad de éstos no es obstáculo en los hijos legítimos (art. 383) pero sí lo sería en caso de padres naturales, pues su incapacidad los priva de la posibilidad de ejercer la patria potestad (D’Antonio, Daniel Hugo, *Patria potestad*, Astrea, 1979, pág. 54).

La designación se puede hacer por testamento o escritura pública, con las limitaciones que respecto a la primera forma pudieran existir, dado que la capacidad para testar se adquiere a los 18 años. De la forma de designación del tutor surge la mayor propiedad de la denominación de “tutela dada por los padres” como correctamente la designa nuestro código y no “tutela testamentaria” como comúnmente se la conoce. Esta designación puede hacerse como expresamente la autoriza el artículo 384 del Código Civil bajo cualquier cláusula o condición, excepto aquellas que estuvieran prohibidas, a saber: a) la que exima al tutor de hacer inventario de los bienes del menor; b) de dar cuenta de su administración; c) a entrar en posesión de los bienes antes de hacer inventario. Si no obstante la prohibición se incluyesen estas condiciones, “se tendrán por no escritas” (art. 385 C.C.).

Por el artículo 387 “los padres pueden nombrar tutores al hijo que deshereden” lo que es lógico al decir de Belluscio (*Manual*, T. II, pág. 325) pues la sanción impuesta al hijo no puede privar de derechos a los padres. No obstante Bibiloni lo excluía en su anteproyecto, en primer término por la supresión del instituto de la “desheredación”. Independientemente de eso, expresa en la nota al artículo 5º: “no se comprende bien cómo puede admitirse el nombramiento por el padre de un tutor después de haber despojado a su hijo de su legítima forzosa y arrojarlo a la calle por una maldición de ultratumba. No es prueba de afecto ciertamente la desheredación que el testamento contiene...”

Dispone finalmente el artículo 388 que la tutela otorgada por los padres debe ser confirmada por el juez. Esta intervención judicial no obstante debe limitarse a comprobar si el tutor elegido no tiene ningún impedimento legal de los establecidos en el artículo 398 (Borda - Rébora) aunque hay quienes opinan que la intervención judicial puede ser más amplia.

8. Tutela legítima.

Esta tutela que se aplica solamente a los hijos legítimos (art. 395 C.C.) tiene lugar cuando “los padres no han nombrado tutor a sus hijos o cuando los nombrados no entran a ejercer la tutela o dejan de serlo” (art. 389 C.C.). La tutela legítima es conferida por la ley a determinados parientes que tienen un verdadero derecho subjetivo derivado de su vínculo. Está condicionada en primer término a la muerte o incapacidad de ambos padres o a su pérdida o suspensión de la patria potestad y, en segundo lugar, a que no funcione la tutela testamentaria.

El orden en que los parientes llamados por la ley van a desempeñar la tutela está reglado por el artículo 390 del Código Civil —modificado por la ley 17.711— que lo establece así: a) al abuelo paterno; b) al abuelo materno; c) a las abuelas paterna o materna; d) a los hermanos o medios hermanos de cualquier sexo. Este orden no es forzoso y como para la designación del tutor legítimo es necesaria la intervención judicial, el artículo 391 prescribe que la

tutela se dará al pariente “más idóneo” no obstante el orden legal establecido. Esta idoneidad debe apreciarse a través de múltiples condiciones, resultar de un conjunto de aptitudes y posibilidades físicas, mentales, morales y legales apreciadas en concreto.

9. Tutela emergente de curatela.

Dispone el artículo 480 del Código Civil que el curador de un incapaz que tenga hijos menores es también tutor de éstos. Sólo cabría aclarar que es preciso que el incapaz haya estado en el ejercicio de la patria potestad y que los menores no hayan tenido ya un tutor designado.

10. El artículo 8º de la ley 10.903.

Se considera que existe aquí otro caso de tutela legítima. “Todo menor confiado por sus padres, tutores o guardadores a un establecimiento de beneficencia privado o público quedará bajo la tutela definitiva de la dirección de ese establecimiento” (art. 8º) sufriendo la modificación del decreto-ley 5286/57 que acuerda dicha tutela en jurisdicción nacional al Consejo Nacional del Menor y a la autoridad que se designe en el orden provincial.

Digamos que esta tutela legítima, a pesar de sus evidentes ventajas, ha sido poco estudiada y peor aplicada. En un fallo de la Cámara Civil de la Capital sala D (Jurisprudencia Argentina 1972, tomo 14, pág. 16) se establecía que “la tutela que el artículo 8º de la ley 10.903 atribuye a la Dirección General de la Minoridad y la Familia se adquiere por ese organismo de pleno derecho sin necesidad de previa designación judicial ni discernimiento de la tutela por el juez. Como consecuencia no puede negarse al ente estatal la facultad inherente a la condición de tutor de conceder autorización para contraer matrimonio a los menores bajo su tutela que desearan hacerlo”. Este criterio no es compartido por la Cámara Federal de la Capital (J.A., T. 74, pág. 294).

11. Tutela dativa.

Dispone el artículo 392 del Código Civil: “Los jueces darán tutor al menor que no lo tenga nombrado por sus padres y cuando

no existan los parientes llamados a ejercer la tutela legítima o no sean capaces e idóneos o hayan hecho dimisión de la tutela o cuando hubiesen sido removidos de ella”. Aunque esta tutela se legisla en último término y en defecto de las anteriores, tiene especial importancia por los numerosos casos en que procede. En ella basarán su derecho los parientes no enumerados en el artículo 390 y los que no fueren parientes. Es en esta clase de tutela que adquiere importancia la intervención judicial, pues es al juez a quien compete soberanamente la elección del tutor basado siempre en el interés del pupilo. Las únicas limitaciones son las que surgen del artículo 393 del Código Civil, redacción del artículo 6º ley 10.903.

12. Tutela especial.

El artículo 397 del Código Civil estatuye la denominada tutela especial. Por su alcance restringido puede coexistir con la patria potestad, la tutela general u otra tutela especial, ya que en ésta el tutor se limita a velar por determinados intereses de sus pupilos, sin tener potestad sobre la persona de éstos.

Es preciso señalar que si bien el tutor especial toma a su cargo determinados intereses del incapaz, ellos pueden comprender la totalidad o parte de sus bienes. Es menester asimismo distinguir entre tutor especial y tutor provisorio, que es el que se puede designar (con carácter general) durante la secuela del trámite para la designación de tutor y que cesa cuando se designa tutor definitivo.

Las causas de apertura de la tutela especial pueden agruparse en varios supuestos: a) Causas relativas a la oposición de intereses entre el pupilo y su representante legal o entre el menor y otro incapaz. El artículo 61 del Código Civil sienta el principio general al establecer la necesidad de designación de un “curador” especial cuando los intereses de los incapaces están en oposición con los de sus representantes legales. Conviene aclarar que se dará curador especial a los incapaces mayores y tutor especial a los menores.

Correlativos con este principio son los casos concretos que enumeran los incisos 1º, 4º, 5º del artículo 397 del Código Civil.

La razón de esta disposición, dice Borda, es obvia. Es lícito desconfiar del celo con que han de ser defendidos los intereses de los menores si quien ha de defenderlos los tiene opuestos (*Derecho de Familia*, T. II, pág. 282). La oposición de intereses debe ser manifiesta, concreta y actual y debe ser probada.

b) Causas relativas a la administración de los bienes del menor, que abarcan: b.1) cuando los padres o tutores han sido privados de la administración de los bienes de sus hijos o pupilos (inc. 2 y arts. 303 y 301 C.C.); cuando los hijos reciben bienes cuya administración no corresponda a sus padres (inc. 3) lo que se opera en caso de indignidad o desheredación (arts. 3301 y 3749 C.C.) o por donación o testamento con la condición de que no los administren los padres (art. 249 C.C.) y finalmente (inc. 6) “cuando adquieran bienes con la cláusula de ser administrados por persona designada o de no ser administrados por su tutor”.

b.2) Por dificultad en la administración por el tutor, lo que ocurre cuando los pupilos tienen bienes fuera del lugar de la jurisdicción del juez de la tutela (inc. 7) o cuando para la administración se exijan conocimientos especiales o una administración distinta (inc. 8). Esta última hipótesis contempla el caso en que sea necesario en la gestión de los negocios del menor la aplicación continua de conocimientos especiales y no cuando el tutor puede atender a su gestión con el concurso de un profesional que lo asesore.

c) Para representar al menor en pleito contra terceros. De conformidad con el artículo 282 “si el padre niega su consentimiento al hijo para intentar una acción civil contra un tercero, el juez, con conocimiento de los motivos que para ello tuviera el padre puede suplir la licencia, dando al hijo un tutor especial para el juicio”.

13. Discernimiento de la tutela.

El discernimiento es un acto distinto y complementario de la designación de tutor. Es distinto del nombramiento, confirmación

o autorización para el ejercicio del cargo por cuanto es posterior a estos actos y al juramento que debe prestar el tutor (Cfr. Martínez, Víctor, *La tutela en el derecho civil argentino*, págs. 62/3).

Belluscio define al discernimiento como “el acto en virtud del cual, previo juramento exigido por la ley, el juez pone al tutor en posesión de su cargo” (*Manual*, T. II, pág. 328). El discernimiento se efectúa mediante acta judicial, previo juramento por parte del tutor lo que constituye una verdadera *condictio juris* de aquél. Pero no basta la sola aceptación del cargo ante el secretario, sino que el acto debe revestir mayores formalidades. No debe olvidarse que el acta de discernimiento y el auto o resolución de designación o confirmación de la tutela son los instrumentos habilitantes para el ejercicio del cargo.

Borda encuentra más lógico que el discernimiento sólo fuera exigible en la tutela testamentaria y en la legítima, pues permite investigar y comprobar si el tutor reúne las condiciones de idoneidad que aseguren su buen desempeño. Pero, añade, en la dativa y especial debería bastar el nombramiento judicial ya que en esas hipótesis el discernimiento no añade ninguna garantía. No obstante este criterio, en las tres clases de tutelas es preciso distinguir la designación o confirmación del tutor y el discernimiento del cargo, pues este último da fecha cierta a su aceptación y desde ese momento comienzan los derechos y las obligaciones del tutor para con el pupilo. El único requisito, luego de la designación, para discernir el cargo es el juramento a prestar por el tutor. Nuestro codificador se apartó de algunos precedentes que exigían además la caución a prestar para asegurar el buen desempeño del cargo. Debe recordarse no obstante que para entrar en la posesión de los bienes, el tutor debe hacer inventario (arts. 385, 408 y 417 C.C.).

14. Juez competente.

El principio general sentado por el Código es que es competente para el discernimiento y ulterior contralor de la tutela el juez del domicilio de los padres al día de su fallecimiento (arts. 400 y 404). El Proyecto de Reformas al Código Civil resume en un solo

artículo (516) los actuales artículos 400 a 405 del Código Civil disponiendo: "Será juez competente el del lugar en que estuvieren domiciliados o residieren los padres el día de su fallecimiento o en la fecha de la sentencia que los hubiere privado de su derecho sobre los hijos. Cuando éstos fuesen ilegítimos el de la residencia de quien primero los hubiere reconocido o fuese condenado en juicio de filiación. Respecto de los expósitos o abandonados el del punto en que éstos se hallaren".

El juez conocerá hasta el término legal de la tutela en todo lo relativo a ella aunque los bienes del incapaz estuviesen fuera del lugar de su jurisdicción (art. 404) y aunque el menor o sus padres mudaren de domicilio (art. 405).

En cuanto al discernimiento por juez incompetente, se ha ido desde sostener que "son nulos el discernimiento de la tutela y la autorización para vender una propiedad perteneciente a menores otorgados por juez incompetente" (Corte Suprema Nacional en Jurisprudencia Argentina 13-630) hasta efectuar algunas distinciones. Borda estima con Enneccerus que si el juez es incompetente *ratione materiae* es nulo el nombramiento y todos los actos consiguientes; pero si lo es por razón del territorio corresponde remover al tutor designado pero confirmar lo actuado por el mismo hasta ese momento.

Se ha discutido asimismo si la tutela ejerce fuero de atracción en los procesos en que el menor es parte. En rigor de verdad no existe fuero de atracción de la tutela (Martínez - Belluscio) sin perjuicio de que competan al juez de la tutela juicios conexos por circunstancias de hecho.

15. Actos anteriores al discernimiento.

Preceptúa el artículo 407 del Código Civil: "Los actos practicados por el tutor a quien aún no se hubiere discernido la tutela no producirán efecto alguno respecto del menor pero el discernimiento posterior importará una ratificación de tales actos, si de ellos no resulta perjuicio al menor". Se trata de una nulidad relativa que queda subsanada por el discernimiento posterior.

16. Derechos y deberes de los tutores.

El tutor viene a ocupar el lugar del padre, de ahí la similitud de sus deberes y atributos. No obstante, siendo que la tutela es un estatuto legal sin base natural como la patria potestad, los deberes y derechos de los tutores son menores que los de los padres y el contralor del Estado es mayor.

17. Guarda.

El tutor debe cuidar al pupilo como un buen padre de familia (art. 412 C.C.). Es un derecho deber, por lo que el pupilo está obligado a vivir con su tutor. Hay casos sin embargo en que tutela y guarda se encuentran desmembradas: el artículo 429 del Código Civil autoriza al pariente que diese alimentos al pupilo, a tenerlo en su casa y el artículo 430 faculta al tutor en caso de pupilos indigentes a colocarlos en otra casa, con licencia judicial o contratar el aprendizaje de un oficio y los alimentos.

Este deber de guarda impuesto al tutor le apareja algunas prohibiciones como la de salir del país sin comunicarlo previamente al juez de la tutela (art. 431 C.C.). Tampoco podrá trasladar a sus pupilos, ya sea consigo o solos, fuera de la República o a otra provincia sin autorización judicial (art. 432). Entiéndese que el último supuesto alude a la residencia "permanente" del pupilo y no al mero traslado por razones circunstanciales.

18. Responsabilidad por hechos ilícitos.

Del deber de vigilancia surge la responsabilidad del tutor por los daños que causen sus pupilos menores de 10 años que habiten con él (art. 433 C.C.) como así también después de esa edad (art. 1117 C.C.). Rigen para la coordinación e interpretación de ambos artículos, los mismos principios estudiados respecto de similar problema en la patria potestad (arts. 273 y 1114 C.C.).

19. Educación y alimentos.

Del juego de los artículos 412, 413, 423, 427 y 428 surge el deber del tutor de tener, en la educación y alimentos de su pupilo “los cuidados de un padre”. Existe por lo mismo una similitud, aunque no total, con los mismos deberes que surgen de la patria potestad.

Si las rentas del menor fueren suficientes, debe ser educado y alimentado “con arreglo a su clase y facultades” (art. 416 C.C.). La fijación de la suma para educación y alimentos del pupilo debería ser fijada anticipadamente por el juez (art. 423) pero es obvio que en la práctica se presta aprobación al gasto efectuado por el tutor por estos rubros. No debe olvidarse que el tutor se encuentra facultado asimismo para solicitar a los parientes del menor que estuvieren obligados, el cumplimiento de la obligación alimentaria (art. 428).

La doctrina sostiene que frente al pupilo indigente, si el tutor no es pariente del menor no está obligado a pasarle alimentos (Llambías, *Código Civil anotado*, T. I, pág. 1154). Julio López del Carril, por el contrario opina que el tutor está obligado a suministrar alimentos a su pupilo y soportar todo ello el tutor con su peculio personal, en razón de lo dispuesto en la ley 13.944 sobre el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar (*Derecho y obligación alimentaria*, págs. 361/2).

En cuanto a la educación religiosa, se admite que el tutor no puede imponer la suya al pupilo, sino respetar la de éste. Para el ingreso en órdenes religiosas necesitan los pupilos autorización judicial. Los tutores pueden elegir el trabajo y profesión de sus pupilos (arts. 412 y 430), pero no pueden celebrar contrato de trabajo en su nombre sin su consentimiento, solución por analogía con el artículo 280 del Código Civil respecto de los padres. El tutor puede exigir que el pupilo, hasta la edad de 15 años, le preste gratuitamente los servicios propios de su edad (art. 1625 C.C.).

20. Respeto y obediencia.

Preceptúa el artículo 415 del Código Civil: “El menor debe a su tutor el mismo respeto y obediencia que a sus padres”. Como correlativo de este derecho de los tutores, tienen éstos implícitamente la facultad de corrección, similar aunque no igual, a la que acuerda a los padres el artículo 278 del Código Civil.

21. Representación.

La tutela es una función eminentemente representativa. El artículo 57, inciso 2 del Código Civil establece que el tutor, a falta de padre, es representante del menor no emancipado. Este principio se encuentra reforzado por la disposición expresa del artículo 380 del Código Civil: “El tutor es el representante legítimo del menor en todos los negocios civiles”.

El artículo 412 prescribe que “El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad”. Aunque la redacción del precepto no es del todo feliz, es evidente que el tutor, como representante que es, no actúa “a nombre propio” sino en el de su pupilo y que tampoco es correcto de que “gestiona y administra solo”, por cuanto la tutela, por definición, está sometida a control estatal y los menores son promiscuamente representados por el ministerio de menores. Lo que el precepto quiere significar es que el tutor actúa sin intervención del menor y aun en contra de su voluntad.

No quiere esto decir que el menor sometido a tutela no pueda ejecutar actos por sí mismo, con autorización de su representante o judicial, puesto que son los mismos actos que puede realizar el menor sometido a patria potestad.

22. Administración de los bienes del menor. Criterio de actuación.

“El tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia”, dice el artículo 413 del Código Civil. Como se advierte es el mismo principio rector que debe presidir el

ejercicio integral de la tutela. “Debe ser escrupuloso y diligente —agrega Borda— obrando no sólo con espíritu de conservación de los bienes sino también procurando un incremento normal por medios prudentes que eviten en lo posible todo riesgo” (*Familia*, T. II, pág. 296). Las facultades del tutor en este campo han sido minuciosamente reglamentadas por el código y se habrán de analizar seguidamente.

23. Formalidades previas: inventario y avalúo.

Para que principie la administración por el tutor deben cumplimentarse dos formalidades previas: el inventario y la tasación de los bienes. Es lo que establecen los artículos 408 y 417 del Código Civil. La finalidad de estas formalidades es establecer la cuantía y estado de los bienes, como una garantía para el menor y para el propio tutor.

El inventario debe ser judicial y realizado en el plazo que hubiera fijado el juez (arts. 417 y 418 C.C.). Sin embargo el artículo 3515 del Código Civil admitiría la posibilidad de un inventario extrajudicial. Ante las dificultades de su interpretación y correlación con los artículos 417/8 del Código Civil, podría aceptarse el criterio de Llerena y Machado de que el artículo 3515 contiene una excepción al inventario judicial aplicable sólo en la tutela testamentaria.

En cuanto a los bienes que el menor adquiera con posterioridad, deben ser inventariados en el momento de su incorporación (art. 420 C.C.).

Lafaille considera inútil el inventario de inmuebles, que se limitaría a una transcripción de los respectivos títulos, pero ello no obstante sería sumamente útil, sobre todo la valuación, para establecer la importancia de los bienes del pupilo cuya relación con los gastos de educación y alimentos establece el propio código (art. 423).

La falta de inventario impide la entrega de la posesión de los bienes del menor al tutor y es además causa para su remoción (ar-

tículos 408 y 457 C.C.). Si el tutor no hubiese declarado en el inventario algún crédito que pudiese tener contra su pupilo “no podrá reclamarlo en adelante...” (art. 419 C.C.).

No debe olvidarse que entre las cláusulas prohibidas en la tutela dada por los padres (testamentaria) figuran la de eximir al tutor de hacer inventario y la de entrar en posesión de los bienes antes de hacer el mismo. Mientras el inventario no esté hecho, dispone el artículo 417 del Código Civil, el tutor no podrá tomar más medidas sobre los bienes que las que sean de toda necesidad.

24. Actos prohibidos.

El artículo 450 del Código Civil en ocho incisos enumera los actos “prohibidos absolutamente” al tutor, de modo que el juez no podría autorizar su realización. Estos supuestos son:

a) *Contratos con el menor*. El inciso 3º contempla la prohibición de “hacer con sus pupilos contratos de cualquier especie”, concretando el inciso 1º: “comprar o arrendar por sí o por persona interpuesta, bienes muebles o inmuebles del pupilo, o venderle o arrendarle los suyos aunque sea en remate público; y si lo hiciere, a más de la nulidad de la compra, el acto será tenido como suficiente para su remoción con todas las consecuencias de las remociones de los tutores por conducta dolosa.

No podrían existir contrato de sociedad entre tutor y pupilo como se permite entre padres e hijos, pues no median las mismas razones.

Algunos otros contratos podrían celebrarse como excepción admitiéndose unánimemente la donación del tutor en favor de su pupilo. En cuanto a la compra en remate por parte del tutor de un inmueble que tenía en condominio con su pupilo, lo admite la doctrina pero no la jurisprudencia.

b) *Cesión de créditos*. Está también absolutamente vedado al tutor “constituirse cesionario de créditos o derechos o acciones contra sus pupilos a no ser que las cesiones resultasen de una subrogación legal” (inc. 2). La cesión importaría tanto como la exis-

tencia de intereses encontrados entre tutor y pupilo que la ley desea evitar. La excepción que consagra la misma norma es comprensible desde que en el caso la cesión no depende de la voluntad del tutor sino de la ley.

c) *Aceptación de herencia pura y simple (inc. 4)*. Siendo la aceptación beneficiaria un remedio contra los riesgos de una herencia insolvente y beneficiando ésta al pupilo, la ley prohíbe al tutor aceptar la herencia pura y simplemente. La prohibición se completa con la del inciso 7, concordante con el artículo 437, que prohíbe al tutor “hacer o consentir particiones privadas en que sus pupilos sean partes”. Coincidentemente el artículo 3465 establece que las particiones deben ser judiciales entre otros casos “cuando haya menores”. Como excepción y en la tutela testamentaria la partición puede ser mixta (art. 3515 C.C.).

d) *Actos a título gratuito*. Está asimismo prohibido al tutor “disponer a título gratuito de los bienes de sus pupilos a no ser que sea para prestación de alimentos a los parientes de ellos o pequeñas dádivas remuneratorias o presentes de uso” (inc. 5) y “hacer remisión voluntaria de los derechos de sus pupilos” (inc. 6).

e) *Fianza*. El inciso 9 veda al tutor “obligar a los pupilos como fiadores de obligaciones suyas o de otros”. Sería hacer correr al menor un riesgo inútil. Concuerda la prohibición con la del artículo 2011, inciso 3 del Código Civil.

El inciso 8º del artículo 450 prohibía a los tutores prestar dinero de sus pupilos. La ley 17.711 derogó dicho inciso y agregó uno nuevo al artículo 443 con lo que se permite el préstamo, con autorización judicial y si existen garantías reales suficientes.

Si no obstante la prohibición legal se celebra alguno de los actos del artículo 450, se sostiene que son nulos de nulidad absoluta (Busso - Machado). Borda por el contrario entiende que la nulidad del artículo 450 ha sido establecida en interés exclusivo del menor, por lo que llegado a la mayoría de edad podría confirmarlos.

25. Actos que requieren autorización judicial.

Como regla general requieren autorización judicial los actos de disposición de bienes y ciertos actos de administración importantes.

a) *Enajenación de bienes.* Según el artículo 434 “el tutor no puede enajenar los bienes muebles o inmuebles del menor sin autorización del juez de la tutela”. En el artículo 438 se señalan los casos en que el juez puede conceder la autorización. Esta enumeración no es taxativa por lo que se concederá licencia asimismo en casos análogos en que sea evidente la ventaja de la venta.

Por el contrario el artículo 439 aclara que no será necesaria la autorización “cuando la enajenación de los bienes de los pupilos fuese motivada por ejecución de sentencia o por exigencia del propietario de bienes indivisos con los pupilos o cuando fuese necesario hacerla a causa de expropiación por utilidad pública”.

Para los bienes muebles también se requiere autorización judicial, pero pareciera que el principio es inverso: los muebles deben venderse prontamente, como lo establece el artículo 440, a menos que se trate de los que el mismo artículo enumera.

En cuanto a la forma de la venta preceptúa el artículo 441 que debe ser hecho en pública subasta excepto cuando los muebles fuesen de poco valor y haya quien ofrezca un precio razonable por la totalidad de ellos. La exigencia de la pública subasta puede ser dispensada por el juez “cuando a su juicio la venta extrajudicial sea más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria” (art. 442 C.C.). Previo a la subasta es necesaria la tasación por un perito designado de oficio por el juez.

En cuanto a los semovientes, el código en una norma no del todo clara requiere autorización judicial “para vender todas o la mayor parte de las haciendas de cualquier clase de ganado que formen un establecimiento rural del menor” (art. 443, inc. 1). De acuerdo a la interpretación casi unánime de la doctrina el precepto debe entenderse referido a cualquier parte de las haciendas que no sea reemplazada por las crías (Belluscio) o toda venta que exceda de

la producción anual de la hacienda (Borda). De otro modo el tutor tendría mayores facultades que el padre.

La permuta podría permitirse sólo si alguna circunstancia extraordinaria la hiciera ventajosa (art. 442 C.C.). En cuanto a la donación, en principio se encuentra prohibida (art. 450, inc. 5) pero en los casos excepcionales que el mismo artículo autoriza, podría realizarse con licencia judicial.

b) *Constitución de derechos reales*. El artículo 435 dispone que “le es prohibido también constituir sobre ellos derecho real alguno”. La interpretación restrictiva de que la prohibición legal era absoluta fue sostenida únicamente por Llerena. Pero una interpretación lógica de los preceptos lleva a la conclusión de que la constitución de derechos reales es posible con autorización judicial.

c) *División de condominio*. El tutor no puede efectuar la división por sí, pues requiere autorización judicial (arts. 435 y 437). Por otra parte el codificador, poco afecto a los condominios, impone también al tutor “la venta de la cosa que el menor tuviese en comunidad con otro...” (art. 436). La disposición que parecería absoluta resulta atenuada por el artículo 438 inciso 5º, es decir, que se impone la venta cuando la continuación de la comunidad fuese perjudicial para el menor.

d) *Partición*. El artículo 450 inciso 7 prohíbe al tutor hacer o consentir particiones privadas. Concordantemente el artículo 437 dispone que “toda partición en que los menores están interesados, sea de muebles o de inmuebles, como la división de la propiedad en que tenían una parte pro indiviso, debe ser judicial”. La única excepción se encuentra en la tutela dada por los padres (artículo 3515 C.C.).

e) *Disposición de dinero y de rentas públicas*. El artículo 426 del Código Civil establece que el tutor no podrá disponer del dinero y de los títulos de renta del menor sin autorización judicial. Generalmente el dinero del menor se encuentra depositado en las llamadas “usuras pupilares” con lo que el tutor no tiene posibili-

dades de disponerlo sino que debe solicitar su entrega al juez. El mismo artículo requiere que para solicitar esos depósitos deberá el tutor demostrar la “necesidad o conveniencia”. Es lo que generalmente acontece con los gastos de alimentación, vestido, educación, enfermedades, etcétera. Cuando los ingresos del menor provienen de algún beneficio previsional, es corriente que se autorice judicialmente al tutor a percibir dicho beneficio directamente por un plazo determinado (uno o dos años), invirtiendo directamente esos fondos en las necesidades del pupilo, y rindiendo cuentas posteriormente de la inversión.

f) *Pago de deudas.* También se requiere autorización judicial para pagar deudas del menor, salvo que fuesen pequeñas cantidades (art. 443, inc. 2). Vale aquí lo apuntado respecto del apartado anterior en relación con los gastos para cubrir las necesidades vitales del pupilo.

g) *Gastos extraordinarios.* Solamente los que tengan por objeto la reparación o conservación de los bienes pueden hacerse sin autorización (art. 443, inc. 3). Los demás la requieren.

h) *Aceptación o repudio de herencia, donación o legado.* Se requiere autorización judicial “para repudiar herencias, legados o donaciones que se hiciesen al menor”. En lo relativo a la aceptación de la herencia (que debe ser siempre beneficiaria - art. 450, inc. 4), si bien no existe previsión expresa de la ley, la doctrina se inclina por exigir la autorización judicial. En cuanto a la aceptación de las donaciones, la autorización judicial es exigida por el artículo 1808, inciso 2.

i) *Transacción y compromiso arbitral (art. 443, inc. 5).* Se precisa autorización para hacer transacciones o compromisos sobre los derechos de los menores. La ley alude a los compromisos que difieren a un tribunal arbitral un interés del menor.

j) *Compra de bienes.* Se requiere autorización “para comprar bienes para los pupilos o cualesquiera otros objetos que no sean estrictamente necesarios para sus alimentos y educación” (artículo

443, inc. 6). Como ya se anticipara, para las compras menores, la autorización es sustituida por la aprobación del gasto ya realizado.

k) *Préstamos*. Se necesita autorización judicial “para contraer empréstitos a nombre de los pupilos” (inc. 7). La autorización se requiere para cada operación determinada.

l) *Arrendamientos*. La autorización se necesita para tomar en arrendamiento bienes raíces, a menos que fuese la casa habitación (art. 443 inc. 8) y también para arrendar inmuebles del menor por un plazo mayor de cinco años (inc. 10). Estos últimos llevan la condición implícita de terminar antes del plazo si el menor adquiere la mayoría de edad o contrae matrimonio. La disposición alude a los inmuebles, por lo que los muebles pueden ser locados sin autorización.

ll) *Remisión de créditos* (art. 443, inc. 9). Se refiere a la remisión onerosa, pues la gratuita se encuentra absolutamente prohibida (art. 450, inc. 6).

m) *Actos y contratos con parientes y socios del tutor*. De acuerdo al inciso 11 del artículo 443 se requiere autorización judicial “para todo acto o contrato en que directa o indirectamente tenga interés cualquiera de los parientes del tutor hasta el cuarto grado o sus hijos naturales o alguno de sus socios de comercio”. El parentesco al que alude es el legítimo, pues el extramatrimonial está limitado a los hijos.

n) *Continuación o cesación de establecimientos comerciales* (art. 443, inc. 12). El código ha previsto dos situaciones: que el establecimiento pertenezca al menor en sociedad con otros o como dueño exclusivo. La primera se encuentra desarrollada en los artículos 444 a 447. El tutor deberá informar al juez si considera conveniente continuar o disolver la sociedad. Si el juez autoriza la continuación, el tutor ocupará el lugar del socio fallecido. En el otro supuesto el juez autorizará al tutor para la venta o cesión de la cuota social del pupilo, ya sea a los otros socios o a un tercero o para promover la liquidación final.

Estas normas no se aplican en caso de que el pupilo estuviese interesado en sociedades anónimas o en comandita por acciones, como asimismo cooperativas. Aquí se trata de un simple propietario de acciones y rige en el caso lo dicho respecto de los títulos de renta.

Si el establecimiento fuese propiedad exclusiva del pupilo (artículos 448/9 C.C.) y se resolviese su continuación, el tutor será autorizado por el juez para que efectúe todos los actos normales de administración, sin necesidad de autorización especial sino en casos extraordinarios. Si la continuación del establecimiento no fuese conveniente, autorizará el juez al tutor a la venta pública o privada del establecimiento “o para proceder como el tutor lo encontrare menos perjudicial al menor” (art. 449).

ñ) *Préstamos*. El inciso 13 añadido al artículo 443 por el decreto ley 17.711 permite a los tutores, con autorización judicial, prestar dinero de los pupilos, autorización que se concederá si existen garantías reales suficientes. Anteriormente (art. 450, inc. 8) el préstamo estaba absolutamente prohibido.

o) *Aceptación de pagos por entrega de bienes*. Requieren autorización judicial (art. 782 C.C.).

p) *Derechos intelectuales*. El código no ha previsto el caso, pero todo acto de disposición de los mismos debe ser hecho con autorización judicial (Busso - Borda).

q) *Acciones judiciales*. Dice Borda que esta cuestión no ha merecido la atención de nuestros jueces y autores. Siguiendo su razonamiento, el código sólo en dos supuestos exige la autorización judicial: en caso de que el pupilo fuera demandante: artículo 285 (juicios de menores contra sus padres) y artículo 428 (juicio por alimentos). Sin embargo, basado en que la enumeración del artículo 443 no es taxativa y en la importancia de los asuntos en juego, este autor hace extensiva la autorización judicial a todo juicio en que el menor actúe como demandante. No lo sería en cambio si actúa como demandado.

26. Actos que el tutor puede ejecutar libremente.

El tutor puede realizar libremente todos los actos conservatorios y los normales de administración que no están incluidos entre los que necesitan autorización judicial. Así, de diversas disposiciones y por una interpretación a contrario *sensu*, pueden hacerse libremente los gastos de reparación o conservación de bienes, la adquisición de lo necesario para alimentación, educación y vestido del pupilo (art. 443, inc. 6), tomar en arrendamiento su casa habitación (art. 443, inc. 8), arrendar inmuebles del menor por un término menor de cinco años (art. 443, inc. 10), tomar o dar en locación bienes muebles (art. 443, incs. 8 y 10), realizar todos los actos normales de administración de un establecimiento comercial o industrial (art. 448), pagar o reconocer deudas de pequeñas cantidades (art. 443, inc. 2).

27. Incapacidades de derecho derivadas de la tutela.

a) *Impedimento matrimonial*. El artículo 12 de la ley de matrimonio civil establece: “El tutor y sus descendientes legítimos que estén bajo su potestad, no podrán contraer matrimonio con el menor o la menor que ha tenido o tuviese aquél bajo su guarda hasta que fenecida la tutela haya sido aprobada la cuenta de su administración”. Se trata de un impedimento impediante, ya que su violación no acarrea la nulidad del matrimonio.

Se ha sostenido asimismo que el impedimento es extensivo al curador. De conformidad a los términos de la ley no pueden contraer matrimonio el tutor (o tutora) con su pupilo o pupila. Tampoco pueden contraer matrimonio con el pupilo los “descendientes legítimos del tutor que están bajo su potestad” entendiendo la doctrina que esta expresión abarca a hijos legítimos, hijos adoptivos o nietos bajo la tutela de su abuelo. Están excluidos los descendientes extramatrimoniales.

Para posibilitar el matrimonio entre tutor (descendientes) y pupilo es necesario que previamente haya cesado la tutela por excusación del tutor, sea ésta aceptada por el juez y se aprueben las

cuentas. En ese momento se otorgará la venia al pupilo o pupila para contraer matrimonio. La violación del impedimento no acarrea como se expresara la nulidad del matrimonio sino que por disposición de la ley “el tutor perderá la asignación que le habría correspondido sobre las rentas del menor sin perjuicio de su responsabilidad penal” (art. 12 L.M.C.).

b) *Tutela y adopción.* El artículo 7º de la ley 19.134 preceptúa: “El tutor sólo podrá adoptar al pupilo una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela”. Para Belluscio es necesario la aprobación de las cuentas y el pago del saldo que ellas arrojen. Con esta disposición se desea evitar que pueda el tutor valerse de la adopción para defraudar los intereses que le fueron confiados (Borda).

c) *Tutela y sucesión testamentaria.* Dispone el artículo 3736 del Código Civil: “Los tutores de los menores de edad no pueden recibir cosa alguna por el testamento de los menores que mueran bajo su tutela. Aun después que hubieren cesado en la tutela nada pueden recibir por el testamento de los menores si las cuentas de su administración no están aprobadas”.

Los menores que pueden testar son los que tienen 18 años (artículo 3614 C.C.). La disposición transcrita resulta coherente con todo el régimen de la tutela y se funda en la protección del menor. Se resguarda su libre determinación —que se protege sobremanera en materia testamentaria— que de otra manera podría estar afectada. El artículo presume, sin admitir prueba en contrario, que una liberalidad en tales condiciones es fruto de la coacción. El tutor no podrá ser beneficiado ni con una institución testamentaria ni con un legado ni con un cargo que se estableciera. La prohibición subsiste hasta que las cuentas de la tutela sean aprobadas.

El artículo 3737 establece una excepción al principio: “Excepción de la disposición del artículo anterior los ascendientes que son o han sido tutores de sus descendientes”. La excepción, sumamente restringida, se extiende únicamente a los ascendientes que pueden ser herederos forzosos, pero que en el caso están exentos

de la sospecha de captación. Sin embargo la norma no es extensiva a otros herederos legítimos que pueden ser tutores del pupilo fallecido, por ejemplo los hermanos.

28. Deberes del tutor.

En lo relativo a la administración de los bienes, la regla general está establecida por el artículo 413 que le impone al tutor el deber de actuar como un buen padre de familia. Surgen sin embargo de diversas disposiciones algunas obligaciones particulares, a saber: a) Si hay sobrantes en las rentas del pupilo el tutor debe colocarlas a interés o adquirir bienes raíces (art. 424 C.C.). La inversión tradicional de estos depósitos es en las llamadas “usuras pupilares” que más correctamente deberían denominarse rentas o ahorros pupilares. El sistema se sigue utilizando, sin perjuicio de recurrirse a otras inversiones seguras, en cajas de ahorro, etcétera. Los depósitos se efectúan siempre a nombre de los menores y a la orden del juez de la tutela (art. 425) puesto que no puede disponerse de ellos sin autorización judicial (art. 426). b) Si el tutor reemplaza a uno anterior debe pedir inmediatamente al anterior o a sus herederos la rendición de cuentas y la posesión de los bienes (artículo 421 C.C.). c) Debe demandar a los parientes del menor indigente por alimentos (art. 428). d) Debe provocar la división del condominio o la división de la herencia si la continuación de la comunidad fuese perjudicial para el menor (arts. 436 y 438, inc. 5). e) El tutor debe vender prontamente los bienes muebles del pupilo (artículo 440). Esto bien entendido, de que son aquellos precederos o fácilmente deteriorables. f) Informar al juez si es conveniente o no que continúe la sociedad comercial en que el menor es parte (art. 444). g) Promover la realización del inventario de los bienes del menor; h) Deber principalísimo y obligación ineludible del tutor es rendir las cuentas de la administración de la tutela.

29. Rendición de cuentas.

El tutor no escapa al deber de todo mandatario o gestor de bienes ajenos y debe rendir cuentas. De esta obligación el tutor no

puede ser exonerado por el padre en la tutela testamentaria (artículo 458) ni por el propio menor en su testamento (art. 460). Las cuentas deben ser rendidas por el tutor, por su curador si ha sido declarado incapaz o por sus herederos si ha fallecido (art. 460). Pueden ser exigidas: a) Por el propio menor que ha cumplido 18 años (art. 459) o lógicamente si ha llegado a la mayoría de edad o se ha emancipado; b) por el Ministerio de Menores (art. 459); c) por los parientes del menor, en el caso del artículo 414 del Código Civil; d) por el tutor que reemplaza a otro anterior (artículo 421 C.C.); e) por los herederos del pupilo fallecido; f) Por el juez, de oficio, cuando lo juzgare necesario o conveniente; g) por los acreedores del menor o de sus herederos en ejercicio de la acción oblicua (Cfr. Borda, *Familia*, T. II, pág. 322).

En cuanto a la forma, la ley establece (art. 458) que el tutor está obligado a llevar cuenta fiel y documentada, es decir con comprobantes de su inversión. En la práctica se exime de esta documentación en los gastos menores y en aquellas sumas destinadas a alimentación y vestimenta, adecuados estos últimos a las condiciones personales del pupilo.

Se ha discutido en cambio si llegado a la mayoría de edad puede el pupilo aprobar privadamente las cuentas de la tutela. No existe previsión legal en el código, que sólo alude a la posibilidad de convenios entre el pupilo y el tutor relativo a las cuentas (artículo 465) y la prohibición de rendición privada y aprobación por el menor emancipado (art. 134 C.C.). Machado y Busso entienden que la rendición de cuentas debe ser siempre judicial. Borda acepta la rendición privada de cuentas cuando el pupilo ha llegado a la mayoría de edad.

Las cuentas deben rendirse ineludiblemente al término de la tutela (art. 460 C.C.), pero “en cualquier tiempo el ministerio de menores o el menor mismo, siendo mayor de dieciocho años, cuando hubiese dudas sobre la buena administración del tutor, por motivos que el juez tenga por suficientes, podrá pedirle que exhiba las cuentas de la tutela” (art. 459 C.C.). Lo común es que se imponga al tutor una rendición periódica de las cuentas (anual) en caso de

que el tutor sea quien perciba rentas también periódicas correspondientes al menor (la más común es el beneficio previsional) así como una rendición de cuentas posterior a cada entrega de sumas de dinero o negocio importante que haya concluido. El término para rendir cuentas lo fija el juez de la tutela (art. 460) y este término suele ser variable, más o menos largo según la complejidad de las cuentas.

Establece el artículo 461 que contra “el tutor que no dé verdadera cuenta de su administración o que sea convencido de dolo o culpa grave, el menor que estuvo a su cargo tendrá el derecho de apreciar bajo juramento el perjuicio recibido y el tutor podrá ser condenado en la suma jurada si ella pareciere al juez estar arreglada a lo que los bienes del menor podían producir”.

En lo relativo a los gastos de la rendición de cuentas deben ser anticipados por el tutor, pero reintegrados por el menor si las cuentas son correctas (art. 462 C.C.), añadiendo el artículo 464 que también le serán abonados al tutor los gastos debidamente hechos aunque de ellos no hubiese resultado utilidad al menor. Con esta disposición, dice Borda, se fija claramente cuál es el criterio para la aprobación de las cuentas, que no es la utilidad que haya recibido el menor sino la prudencia y razonabilidad del gasto (*ob. cit.*, pág. 325).

Como forma especial de proteger al menor, el artículo 465 del Código Civil le veda la posibilidad, hasta pasado un mes de la rendición de cuentas, de todo convenio relativo a la administración de la tutela y a las cuentas mismas. Y este convenio sólo puede ser celebrado por el pupilo mayor y no por el emancipado (art. 134 C.C.). A su vez el artículo 841 inciso 5 del Código Civil prohíbe hacer transacciones a los tutores con los pupilos que se emanciparon en cuanto a las cuentas de la tutela aunque fuesen autorizados por el juez.

Los saldos de cuentas del tutor producirán el interés legal, expresa el artículo 466 del Código Civil. Se trata de un caso de mora *ex lege* y favorece tanto al pupilo como al tutor, según quien sea que tenga el crédito a su favor. Los intereses correrían en prin-

cipio desde la presentación de las cuentas, pero si el tutor hubiese utilizado fondos en beneficio propio correrían desde el día que los utilizó y si fue necesario demandarlo por rendición de cuentas, desde el día de la demanda.

Cuando la tutela concluye por emancipación, la entrega de los bienes que estuvieren en poder del tutor puede exigirse inmediatamente, sin esperar a la rendición de cuentas (art. 467). No podría ejercitar el tutor el derecho de retención por saldos a su favor.

La prescripción de las acciones emergentes de la administración de la tutela se opera a los diez años (art. 4025 C.C.).

30. Responsabilidad del tutor.

El tutor es responsable de todos los daños ocasionados al menor por no haber obrado con la diligencia propia de un buen padre de familia (art. 413 C.C.). La sanción normal por el mal desempeño del cargo será la reparación por el tutor de los daños y perjuicios. Algunas transgresiones tienen su sanción específica (artículos 416 y 419 C.C.) y si correspondiere podrá el tutor ser removido.

El artículo 414 del Código Civil añade que “si los tutores excediesen los poderes de su mandato o abusasen de ellos en daño de la persona o bienes del pupilo, éste, sus parientes, el ministerio de menores o la autoridad policial pueden reclamar del juez de la tutela las providencias que fuesen necesarias”.

31. Retribución.

Dejando de lado si debe considerarse a la tutela como onerosa (Prayonnes, Busso, Machado) o en principio como gratuita (Borda) lo cierto es que el artículo 451 del Código Civil dispone que “el tutor percibirá por sus cuidados y trabajos la décima parte de los frutos líquidos del menor, tomando en cuenta para la liquidación de ellos los gastos invertidos en la producción de los frutos, todas las pensiones, contribuciones públicas o cargas usufructuarias a que esté sujeto el patrimonio del menor” agregando el ar-

título 452 del Código Civil que “respecto a los frutos pendientes al tiempo de principiarse la tutela, se sujetará la décima a las mismas reglas a que está sujeto el usufructo”, por lo que remite al artículo 2864.

La retribución del tutor se denomina “décima” (en alusión al porcentaje que corresponde) y se aplica sobre los frutos líquidos de los bienes del menor, por lo que no corresponderá si no existen bienes o si no producen frutos o éstos son consumidos en los alimentos del menor.

La décima se percibe aunque no haya trabajos efectivos de administración, por lo que se trata al decir de Belluscio de una verdadera “tasa legal” que no puede ser alterada por considerársela excesiva o insuficiente en relación a los trabajos realizados (*Manual*, T. II, pág. 343). No obstante corresponde la retribución separada, no comprendida en la décima, por trabajos extraordinarios y, por el contrario, la décima puede ser disminuida o suprimida si los pupilos sólo tuviesen rentas suficientes para sus alimentos y educación (art. 453 C.C.). Asimismo perderá el tutor la décima (o la devolverá si la percibió) si viola el impedimento emergente de la tutela o si fuese removido de la tutela por culpa grave.

Finalmente el artículo 454 del Código Civil contempla el denominado legado remuneratorio. Dispone que “si el tutor nombrado por los padres hubiese recibido algún legado de ellos que pueda estimarse como recompensa de su trabajo, no tendrá derecho a la décima; pero es libre para no percibir el legado o volver lo percibido y recibir la décima”. La ley otorga en este caso al tutor una verdadera opción que funciona únicamente en la tutela dada por los padres por testamento.

32. Fin de la tutela.

La tutela puede concluir en forma absoluta o sólo con relación al tutor, que en este caso debe ser sustituido. A su vez las causas de extinción obedecen a veces a hechos inimputables al tutor, en los que la extinción se produce *ipso jure*, o por el contrario tienen el carácter de una sanción contra el tutor inhábil o indigno.

Son causales de cesación absoluta de la tutela: a) La muerte del menor (art. 455, inc. 2). Igual efecto produce la muerte presunta, pero no la simple ausencia. b) La mayoría de edad del menor, o su emancipación por matrimonio o por habilitación de edad (art. 455 inc. 2 y 131). En caso de que el matrimonio se hubiere celebrado sin autorización del tutor o la judicial supletoria y si bien el menor se encuentra emancipado, continuará la tutela a fin de administrar los bienes recibidos o que recibiere a título gratuito (art. 131 C.C.). c) Por la profesión religiosa del menor pues si es motivo de extinción de la patria potestad (art. 306, inc. 2) con mayor razón lo será de la tutela. d) Por recuperación de la patria potestad, en caso de que el padre hubiera sido privado de la misma o suspendido en su ejercicio. Igualmente en caso de reconocimiento del hijo extramatrimonial o declaración judicial de la filiación, porque entonces nace la patria potestad.

Son causales que ponen fin a la tutela y relativas al tutor: a) La muerte del tutor (art. 455, inc. 1) o su ausencia con presunción de fallecimiento. Para el caso, el artículo 456 del Código Civil establece que “sucediendo la muerte del tutor, sus albaceas o sus herederos mayores de edad, deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del juez del lugar y proveer entre tanto a lo que las circunstancias exijan respecto a los bienes y persona del menor”. b) Por excusación del tutor, admitida por el juez (art. 455, inc. 1). Las causas de excusación quedan libradas al prudente arbitrio judicial, exigiendo la ley solamente una causa “suficiente” (art. 379 C.C.). c) Por remoción del tutor (art. 455, inc. 1, segunda parte). Según el artículo 457 del Código Civil son causas de remoción del tutor su incapacidad o inhabilidad, no haber formado inventario de los bienes del menor y por no cumplir debidamente los deberes que impone la tutela. A estas causas de remoción habrá que agregar la contemplada por el artículo 450, inciso 1, es decir si el tutor celebra con su pupilo contrato de compraventa o locación de bienes muebles o inmuebles.

La remoción puede ser solicitada por el ministerio pupilar, los parientes del menor y aun por el mismo menor si fuese adulto.

33. Efectos de la terminación de la tutela.

Con la terminación de la tutela cesan los derechos y obligaciones del tutor, sin perjuicio de la validez de ciertos actos posteriores por aplicación de las reglas de la gestión de negocios o del mandato tácito.

Cesan también las incapacidades de derecho, aunque algunas se prolongan hasta la rendición de cuentas: a) Prohibición de aceptar donaciones del ex pupilo (art. 1808, inc. 4 C.C.); b) celebrar con éste contratos sobre las cuentas de la administración (artículo 465 C.C.); c) casarse el tutor o sus descendientes legítimos que estén bajo su potestad con el pupilo o pupila (art. 12 de la L.M.C.); d) adoptar el tutor al pupilo (art. 7º, ley 19.134).

II. CURATELA

34. Concepto.

En nuestro Código se llama curatela a la representación legal de los incapaces mayores de edad (art. 468 C.C.) correspondiendo a los dementes, sordomudos que no saben darse a entender por escrito (art. 469 y penados (art. 12 C. Penal). A más de la representación legal, el curador es quien gobierna la persona y los bienes del incapaz. Todo ello referido a la curatela general, pues también existe la curatela especial y una institución que poco o nada tiene que ver con éstas, cual es la curatela de bienes. Es así que el cargo de curador comporta una función pública establecida en beneficio exclusivo del incapaz como una garantía del buen gobierno de su persona y bienes. El fin último de la curatela es la defensa, amparo y protección del incapaz y de sus intereses.

35. Caracteres. Régimen legal aplicable.

Por disposición del artículo 475 del Código Civil el régimen de la tutela es extensivo a la curatela: "Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a

la curaduría de los incapaces”. De allí que se apliquen, con diferencias sólo de matices, las reglas de la tutela sobre nombramiento, discernimiento, incapacidad para desempeñar el cargo, derechos y deberes, inventario y avalúo, administración de bienes, rendición de cuentas, retribución, conclusión, etcétera. En cuanto a los caracteres, por semejanza con la tutela podemos mencionar: a) Es una carga o función pública; b) Es una función representativa; c) Es un cargo personalísimo; d) Es en principio unipersonal y e) Está sujeta a control estatal.

Fin primordial de la curatela y deber esencial del curador es procurar que el incapaz recobre su plena capacidad, tanto del demente cuanto del sordomudo, en este caso se procurará que aprenda a leer y escribir. Dice el artículo 481 del Código Civil: “La obligación principal del curador del incapaz será cuidar que recobre su capacidad y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes”.

36. Categorías.

Al igual que la tutela, la curatela puede ser general o especial. Dentro de la primera y por el modo de designación del curador se distingue la curatela legítima, la dativa y la testamentaria. Existe en este caso una diferencia con la tutela en cuanto al orden de prelación. La curatela testamentaria es excepcional prevaleciendo sobre ella la legítima.

37. Curatela legítima.

La curatela legítima corresponde, en el orden que se enumera, a las siguientes personas: el cónyuge, los hijos mayores de edad, cualquiera sea su sexo y los padres. El artículo 476 del Código Civil expresa que el marido es el curador “legítimo y necesario de su mujer” y ésta de aquél. No se concibe en efecto la ingerencia de un tercero en el cuidado de la persona y en la administración de los bienes de un cónyuge. Sobre todo en este último aspecto la designación de curador produce importantes y nada simples problemas sobre la administración normal de los bienes, propios o ga-

nanciales, de cada cónyuge. Sólo causas graves pueden privar a un cónyuge de este verdadero derecho a ser curador del otro, admitiéndose sin embargo que no tiene preferencia en caso de estar divorciados y aun en caso de separación de hecho, pues como dice Borda “ha desaparecido la unión de cuerpos y almas que justifica el llamamiento legal” (*Familia*, T. II, pág. 359).

El artículo 477, después de la reforma del decreto ley 17.711, incluye en segundo lugar a los hijos mayores de edad, cualquiera sea su sexo. En caso de existir más de un hijo la designación la hará el juez.

Finalmente el artículo 478 atribuye el último lugar en el orden de la curatela al padre y luego a la madre. El artículo se refiere expresamente a los hijos legítimos, por lo que no existiría curatela legítima de los padres extramatrimoniales.

38. Curatela testamentaria.

Dispone el artículo 479 del Código Civil: “En todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad, dementes o sordomudos”. Es decir que la curatela testamentaria puede ser otorgada solamente si el padre se hallaba en ejercicio de ella en el momento de disponerlo o a él le habría correspondido. Carretería de validez si existe otra persona con mejor derecho (cónyuge o hijos mayores). La designación, al igual que la tutela puede ser efectuada tanto por testamento como por escritura pública. Esta curatela general se aplica sólo a los dementes y sordomudos, mas no a los penados.

39. Curatela dativa.

El código no contiene ninguna disposición sobre curatela dativa. Por la remisión del artículo 475 son aplicables las reglas referidas a la tutela dativa. El juez en consecuencia designará curador dativo cuando no sea posible atribuir la curatela legítima ni haya habido designación testamentaria.

40. Curatela especial.

Corresponde la designación de un curador especial:

- a) En todos los casos en que, de tratarse de una tutela, hubiera correspondido la designación de un tutor especial (art. 397, incs. 4, 5, 6, 7 y 8);
- b) A la persona por nacer en caso de que haya de adquirir bienes por donación o herencia (art. 57 inc. 1º y art. 64 del Código Civil);
- c) Se designa asimismo curador especial al menor que contrae matrimonio con venia judicial y desea otorgar convención prenupcial (art. 1225 C.C.);
- d) Es también un curador especial el curador *ad litem* que representa al denunciado en el proceso por incapacidad por demencia (art. 147 C.C.).

Al respecto hay que tener en cuenta que la designación de curador (definitivo) es un trámite que por regla general va ínsito en la declaración de incapacidad, aunque puede darse por separado (por ejemplo en caso de designación de un nuevo curador por fallecimiento o remoción del anterior). O sea que generalmente se decreta la interdicción de una persona y conjuntamente se le designa el curador definitivo. Precisamente en el juicio de interdicción aparecen algunos curadores (arts. 147 y 148 C.C. - 471 C.C.) cuyas funciones es necesario precisar. Ellos son el curador *ad litem* y el curador provisorio o curador *ad bona*. Borda considera a ambos casos de curatela especial (*Familia*, T. II, pág. 364), mientras que Belluscio sólo considera especial al curador *ad litem* (*Manual*, T. II, pág. 354) y al curador provisorio o *ad bona* como un caso de curatela de bienes (ídem pág. 356).

Quizá la confusión provenga del mismo código que, aunque diferencia las funciones, denomina a ambos "curador provisorio" (arts. 147 y 148). En esencia el curador *ad litem* (gramaticalmente: para el pleito) es el citado en el artículo 147 del código y su

función es representar y defender al presunto incapaz durante la secuela del juicio. Puede conceptuárselo como curador especial. El curador *ad bona* (para los bienes) denominado comúnmente y también por el artículo 148 del Código Civil como “provisorio” es el administrador de los bienes del incapaz durante el pleito. Habría curatela de bienes. Aunque bueno es decirlo puede ostentar algunas otras facultades incluso en relación con la persona del denunciado que lo asemejan al curador definitivo. El curador *ad litem* siempre debe aparecer en el juicio de interdicción pues es el que representa y defiende al presunto incapaz. El provisorio o *ad bona* solamente en caso de que existieren bienes y la demencia fuere notoria (art. 148 C.C.) o en caso de que el juez lo estimare oportuno (art. 471 C.C.).

41. Internación del demente.

Después de pronunciada la sentencia de declaración de incapacidad por demencia, el curador puede confiar la guarda del insano a terceros. Para internarlo en un establecimiento asistencial es necesaria la orden judicial.

El artículo 482 del Código Civil (redacción de 1869) disponía: “El demente no será privado de su libertad personal sino en los casos en que sea de temer que, usando de ella se dañe a sí mismo o dañe a otros”. La ley 17.711 añadió dos párrafos a dicho artículo autorizando la internación aun de personas no consideradas dementes si “afectaren la tranquilidad pública” o cuando “requieran asistencia en establecimientos adecuados”. Esta internación debe ser autorizada por el juez quien designará un “defensor especial” (en el caso del demente interdicto debe ser lógicamente el curador definitivo) a fin de “asegurar que la internación no se prolongue más de lo indispensable y aun evitarla si pueden prestarle debida asistencia las personas obligadas a la prestación de alimentos”, termina disponiendo el agregado al artículo 482 por la ley 17.711. El control de la internación por el curador deriva de la obligación genérica que le impone el artículo 481 del Código Civil de procurar la rehabilitación del incapaz. Intervendrá tam-

bién promiscuamente en el control de la internación el Ministerio Público (Cfr. Guastavino, Elías, *La internación forzosa de enfermos mentales, toxicómanos y alcohólicos crónicos*, en Revista del Cincuentenario del Colegio de Abogados de Santa Fe, págs. 36 y ss.).

42. Curatela de bienes.

Esta institución poco tiene que ver con la curatela en general, por cuanto en principio consiste en la administración de bienes cuyo propietario no está determinado. Sin embargo el mismo código se aparta de este principio, atribuyendo la administración de bienes cuyo propietario está perfectamente individualizado. Se caracteriza no obstante siempre esta curatela por limitarse a la gestión patrimonial sin ir acompañada del gobierno de la persona del propietario.

Los casos en que procede la designación de curador “a los bienes” son los siguientes:

a) *Ausencia*. En caso de ausencia simple el artículo 15 de la ley 14.394 dispone: “Cuando una persona hubiere desaparecido del lugar de su domicilio o residencia sin que de ella se tengan noticias y sin haber dejado apoderado, podrá el juez, a instancia de parte interesada designar un curador a sus bienes siempre que el cuidado de éstos lo exigiese. La misma regla se observará si, existiendo el apoderado, sus poderes fueren insuficientes, no desempeñándose convenientemente el mandato o éste hubiese caducado”. Una vez declarada la ausencia se designa curador, en el siguiente orden de preferencia: 1) El cónyuge cuando conservase la vocación hereditaria o subsistiese la sociedad conyugal; 2) Los hijos; 3) El padre o en su defecto la madre; 4) Los hermanos y los tíos; 5) Los demás parientes en grado sucesible (art. 19 ley 14.394). En caso de ausencia con presunción de fallecimiento, iniciado el juicio el juez deberá designar curador a los bienes si antes no se hubiese hecho (art. 19 ley 14.394).

b) *Herencia provisoriamente vacante*. Dispone el artículo 486 del Código Civil que “se dará curador a los bienes del difunto cuya

herencia no hubiese sido aceptada si no hubiese albacea nombrado para su administración”. No se trata de la herencia reputada vacante, pues en este caso rigen los artículos 3539 y 3540 del Código Civil. El artículo 487 del Código Civil dispone que “si hubiese herederos extranjeros del difunto, el curador de los bienes hereditarios será nombrado con arreglo a los tratados existentes con las naciones a que los herederos pertenezcan”.

c) *Sucesión aceptada con beneficio de inventario*. Cuando todos los herederos con beneficio de inventario quieran intentar acciones contra la sucesión procede la designación de un curador (art. 3377 C.C.).

d) *Abandono del bien hipotecado por el tercer poseedor*. Artículos 3169 y 4174 del Código Civil. Contra dicho curador se seguirá la ejecución.

e) *Curador provisorio (ad bona) en caso de juicio de insania*. Como ya hemos dicho en este caso, si la demencia aparece notoria e indudable, el juez mandará “inmediatamente recaudar los bienes del demente denunciado y entregarlos bajo inventario a un curador provisorio para que los administre” (art. 148 C.C.). Entendemos que este curador provisorio puede extender su esfera de actuación más allá de la simple administración de los bienes, en base a las facultades que judicialmente se le otorguen. Contempla asimismo el caso el artículo 471 del Código Civil.

f) En una disposición no del todo clara el artículo 394 del Código Civil dispone que el padre natural puede nombrar por escritura pública o testamento tutor a sus hijos cuando los hubiere instituido por herederos o sólo un curador de los bienes que les hubiese dejado. Este último supuesto, en caso de ser viable, constituiría otro caso de curatela de bienes.

Las atribuciones de los curadores de bienes son más restringidas que las correspondientes a la curatela general, pues de acuerdo con el artículo 488 del Código Civil sólo podrán ejercer actos administrativos de mera custodia y conservación de los bienes. Pue-

den asimismo (art. 489 C.C.) intentar las acciones y defensas judiciales de los intereses que se le confiaran.

Como nota característica de esta curatela, el código permite que los curadores sean dos o más (art. 485 C.C.) disponiendo asimismo su conclusión cuando se extingan los bienes o se haya hecho entrega de éstos a quienes pertenecían (art. 490 C.C.).

43. Fin de la curatela.

La curatela termina por todos los motivos o causas que también ponen fin a la tutela, pero tiene uno particular: cuando haya cesado la causa que le dio origen, esto es la rehabilitación del interdicto. Para ello es necesario la sentencia que levante la interdicción (art. 484 C.C.). En caso de la curatela del penado, cesa ésta cuando el mismo ha recuperado su libertad por una causa legal (cumplimiento de la pena, indulto, amnistía, prescripción o libertad condicional).

III. ASISTENCIA DE LOS INHABILITADOS

44. Inhabilitación. Concepto.

Dispone el artículo 152 bis del Código Civil (incorporado por decreto - ley 17.711): “Podrá inhabilitarse judicialmente: 1º) A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio. 2º) A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio. 3º) A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Sólo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio. La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes”.

Sostiene Llambías que “el régimen de inhabilitación o de semi-capacidad es el medio técnico escogido por el derecho contemporáneo para suplir las deficiencias psíquicas de que adolecen ciertas personas médicamente normales cuando esos defectos pueden traducirse en perjuicios patrimoniales para el sujeto y consiguientemente para su familia. También funciona como remedio en el orden jurídico de ciertos hábitos viciosos que pueden conducir a la miseria. El fin de la institución es sobre todo el amparo de la familia de los deficientes y viciosos” (*Código Civil anotado*, T. I, pág. 322).

El artículo 152 bis del Código Civil no define la condición básica del inhabilitado. La doctrina se inclina decididamente en sostener que el inhabilitado no es un incapaz. Para Méndez Costa los inhabilitados son capaces de derecho y también de obrar, estando restringidos en su poder de disposición y pudiendo estarlo asimismo en los poderes de administración. El fundamento, añade, de la prohibición excede los intereses del inhabilitado - pródigo pues tiene en mira a su familia (Méndez Costa, María J., *Capacidad para aceptar y repudiar herencias*, 2ª edic., pág. 29).

45. Designación y actuación del curador.

Dispone en su segunda parte el artículo 152 bis: “Se nombrará un curador al inhabilitado y se aplicarán en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación. Sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Los inhabilitados podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

La doctrina caracteriza unánimemente la misión del curador como de “asistencia”, no de representación. El inhabilitado está sometido al contralor de un curador sólo en aspectos determinados, cuales son los actos de disposición y algunos de administración. Quien realiza el acto es el inhabilitado, con la conformidad del curador, cuya asentimiento “remueve los límites del poder de dis-

posición e integra el acto, siendo indispensable para su validez” (Méndez Costa, *ob. cit.*, pág. 29/30).

No obstante denominárselo curador, su función dista mucho del curador de los incapaces, pues carece de los derechos y deberes relativos a la persona y bienes del pupilo. Incluso sus facultades pueden ser adaptadas al caso particular en la sentencia que decreta la inhabilitación y designa curador.

La ley no prevé qué ocurrirá si el curador se niega a dar su asentimiento, pero se estima que en el caso es viable la autorización judicial extensiva a cuando el curador estuviese impedido por alguna circunstancia para dar su conformidad (Llambías). El acto otorgado por el inhabilitado sin la conformidad de su curador sería nulo de nulidad relativa.

46. Régimen procesal de la inhabilitación.

El artículo 152 bis dispone que se aplicarán “en lo pertinente las normas relativas a la declaración de incapacidad por demencia y rehabilitación”.

Se ha sostenido (Llambías - Borda) que no es necesario el nombramiento del curador *ad litem* (art. 147 C.C.) pues los inhabilitados tienen capacidad para actuar en juicio. En cambio podría nombrarse un curador provisorio a los bienes (art. 148 C.C.), pero no para administrar los bienes del denunciado sino para que éste no disponga de ellos sin su consentimiento. Es decir con las mismas facultades del curador (asistente) definitivo del inhabilitado.

Se admite asimismo en doctrina que, promovido un juicio de insania el juez puede, aun de oficio, decretar la inhabilitación judicial del denunciado, si las pruebas reunidas no permitieran considerarlo demente.

IV. MINISTERIO DE MENORES

47. Concepto.

Dispone el artículo 59 del Código Civil que “a más de los representantes necesarios los incapaces son promiscuamente repre-

sentados por el Ministerio de Menores...” Sostiene Llambías que el Ministerio de Menores es el organismo estatal de protección de los incapaces que suple en nuestro país a otras instituciones extranjeras, como el consejo de familia o el consejo legal de la legislación francesa. Para D’Antonio el Ministerio de Menores o Ministerio Pupilar es el conjunto de funcionarios judiciales pertenecientes al Ministerio Público que tienen a su cargo funciones legalmente establecidas de representación y asistencia del menor” (*Derecho de Menores*, pág. 174).

La existencia del Ministerio de Menores es previsto por el Código Civil, que, como ley rige en todo el territorio nacional. La organización administrativa de la institución corresponde en cambio a las autoridades provinciales. Por lo mismo el contenido de la función del Ministerio de Menores está prevista en la legislación de fondo y la organización y modo de actuación de la institución está reservada a los códigos procesales locales y leyes orgánicas de los tribunales.

48. Naturaleza de las funciones.

Del propio artículo 59 del Código Civil parecería surgir la idea de que el carácter específico de la intervención del Ministerio pupilar es de función representativa. Sin embargo, acota Llambías, si se pasa a los detalles que precisan el carácter de su intervención, explicitados en los artículos 491 y siguientes del Código Civil se llega a la conclusión que las funciones del Ministerio Pupilar más que representativas son de asistencia y contralor.

En cuanto al término “promiscua” significa que la representación del Ministerio Pupilar es complementaria de la actuación que debe tener el representante individual de los incapaces. No obstante, tal intervención tiene también el carácter de necesaria en actuaciones judiciales.

De conformidad al mismo artículo 59 del Código Civil el Ministerio de Menores “será parte legítima y esencial en todo acto judicial o extrajudicial de jurisdicción voluntaria o contenciosa en

que los incapaces demanden o sean demandados o en que se trata de las personas o bienes de ellos". A su turno el artículo 493, más explícitamente, dispone: "El Ministerio de Menores debe intervenir en todo acto o pleito sobre tutela o curatela o sobre el cumplimiento de las obligaciones de los tutores o curadores". Sintetiza Llambías las funciones del Ministerio Pupilar en: a) ser parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial en que intervenga la persona o los intereses de los incapaces; b) promover la designación de representantes (para quienes no lo tuvieran) y c) controlar a los representantes de los incapaces (*Código Civil anotado*, T. I, págs. 1211/1212).

49. Omisión de la intervención del Ministerio de Menores.

El Código (art. 59) sanciona con la nulidad a todo acto o juicio en que se hubiera omitido dar intervención al Ministerio Pupilar. Esta nulidad es relativa y por ende confirmable, ya sea expresa o tácitamente. La nulidad es reafirmada por el artículo 494 del Código Civil que expresa: "Son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores e incapaces si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores".

V. EL PATRONATO DEL ESTADO

50. Concepto.

Según D'Antonio "se denomina patronato del Estado la función social que el Estado asume y ejercita en cumplimiento de su deber de protección de los sectores más débiles, tutelando a los menores de edad por intermedio de los funcionarios designados a tal fin" (*Derecho de Menores*, 2ª edic., pág. 180). Belluscio a su vez lo caracteriza como "el cuidado de la persona y bienes de los menores ejercido por el ministerio público o por otro órgano estatal conforme a las facultades atribuidas por la ley" (*Manual*, T. II, pág. 347). Cafferata lo conceptúa como "la función proteccional que asume el Estado respecto de los menores que no reciben la educación y cuidado a que ellos tienen derecho para lograr el de-

sarrollo integral de su persona ya sea porque carecen de padres o tutores o porque éstos se encuentran imposibilitados de cumplir con esa trascendental misión o porque los han abandonado, puesto en situación de peligro material o moral u observan una conducta que, lejos de favorecer su formación la ponen en peligro. Esa función proteccional abarca también el cuidado de la salud e integridad física del menor y de sus bienes cuando ellos los poseyeran' (*La guarda de menores*, págs. 63/4).

En nuestro país la ley que regula la institución es del año 1919 y lleva el N^o 10.903.

51. Titular del patronato.

Del concepto dado por Belluscio se desprende que para este autor el patronato es ejercido por el Ministerio Pupilar o por otro órgano estatal. El artículo 4^o de la ley 10.903 establece que "el patronato del Estado nacional o provincial se ejercerá por medio de los jueces nacionales o provinciales en concurrencia del Consejo Nacional del Menor y del Ministerio Público de Menores en jurisdicción nacional y de este último en jurisdicción provincial o de ambos en las provincias que se acojan a los beneficios del decreto ley".

Pareciera pues que, por propia disposición legal el titular del patronato es únicamente el juez, como lo afirma enfáticamente Cafferata, quien agrega que éste es asistido por otros órganos judiciales y administrativos (*ob. cit.*, pág. 65).

Para actuar el patronato, en algunas provincias existe una jurisdicción especial, cual es la de menores. En otras la función del patronato se atribuye a determinados magistrados.

52. Funciones del juez como titular del patronato.

De conformidad a la segunda parte del artículo 4^o de la ley 10.903 el patronato se ejercerá atendiendo a la salud, seguridad, educación moral e intelectual del menor proveyendo a su tutela. Es decir que la intervención del juez tiene una clara finalidad tutelar.

El Estado, a través del patronato, interviene únicamente cuando los menores se encuentran abandonados o en situación de peligro material o moral o cuando hayan cometido hechos que la ley califica como delitos.

Para Borda los menores quedan bajo el patronato del Estado: a) Cuando los padres hayan perdido la patria potestad o su ejercicio; b) en caso de suspensión mientras ella dure; c) cuando los menores de 18 años comparecen ante el juez acusados de un delito o como víctimas de un delito siempre que el juez estime que se encuentran en peligro material o moral (*Familia*, T. II, pág. 234).

El juez asume la responsabilidad de lograr la concreción de la finalidad protectora del Estado. Sus poderes varían según los casos y circunstancias, debiendo no obstante estar específicamente determinados, a fin de evitar una indebida intromisión del Estado en las cuestiones y relaciones familiares. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que “el patronato del Estado sobre los menores es siempre supletorio para afianzar y no para suplantarlo los vínculos de la naturaleza” (La Ley, T. 58, pág. 62).