

La tutela en el Código de Familia

Rebeca Salomé Velasco Prunera

Licenciada en Ciencias Jurídicas. Abogada y Notaria. Ex Colaboradora Judicial del Juzgado Séptimo de Paz, Ex Colaboradora Judicial del Juzgado de Familia de Santa Tecla. Colaboradora Judicial actual de la Cámara de Familia de la Sección del Centro. Con dominio de los idiomas castellano, inglés y alemán.

I. INTROITO.

En nuestro Código Civil – Libro Primero- en 181 artículos del 359 al 539 se regulaba lo relativo a las Tutelas y Curadurías en general. Al entrar en vigencia el Código de Familia el 01/10/1994, quedaron derogados numerosos preceptos del Código Civil, y, entre ellos, los títulos XVIII,

XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII y XXIX del Libro Primero. Significa, pues, que únicamente quedaron vigentes en el añejo código, en lo tocante a las “tutelas y curadurías”, lo específico a las “Curaduría de Bienes” (Art. 473 al 490) y las “Curadurías Especiales” (Art. 443 y 444). Por tanto, el instituto de la tutela o guarda, a partir de la vigencia del Código de Familia (1994),



aparece legislado del Art. 272 al 343, y es precisamente a dicha institución que nos vamos a referir en estas reflexiones.

La palabra tutela, del latín ídem, ofrece la idea de cuidado, protección, amparo, y ella en su concreción importa una proyección en tal dirección. Su fundamento responde a la idea protectora y defensiva de la persona y los intereses morales y materiales del incapaz, en cuyo beneficio se dictan las normas respectivas; pues a él le son debidas como consecuencia del derecho que le asiste a tal amparo social, derivadas de su situación.

Los tratadistas acentúan conceptos sobre la materia. Todos ellos, por el prestigio de los autores representan una valiosa doctrina. Detengámonos en tales acepciones:

“En su esencia, la tutela 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 moral, atendiendo su educación, administrando sus bienes; que supla su incapacidad, llevando a cabo los actos que éstos no pueden realizar por falta de aptitud moral”. (Guillermo Borda)

“La Institución que tiene por objeto la representación y asistencia de los incapacitados mayores de edad, y de los menores de edad no sujetos a patria potestad” (Sara Montero Duhalt).

Institución jurídica que tiene por objeto la guarda de las personas o bienes, o solamente de los bienes; de los que,

no estando bajo la Patria Potestad son incapaces de gobernarse por si mismos” (Rafael de Pina)

“Tutela es la misión conferida por la ley a una persona capaz, a los efectos de cuidar de un menor o un interdicto, administrar sus bienes y representarlo en los actos civiles”. (Eduardo Busso)

“La potestad que por mandato legal se otorga a una persona capaz en beneficio de un interdicto o menor – en este último caso se dinamiza con carácter de supletoria de la autoridad parental para dirigirlo cuidando de su integridad física y moral, representarlo en los actos civiles y administrar sus bienes”. (Héctor Alfredo Gómez Riera).

El Código de Familia en el Art. 272 preceptúa: ...” La tutela o guarda es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad o incapaces no sometidos a autoridad parental, para la protección y cuidado de su persona y bienes y para representarlos legalmente”.

CARACTERES ESENCIALES DE LA TUTELA.

De la definición que los tratadistas dan sobre el instituto que nos ocupa y el concepto que subraya el Código de Familia en el Art. 272, fácil es concluir en los caracteres esenciales:

- a) Su origen proviene de la ley, a diferencia de la autoridad parental que reconoce una causa de orden natural;
- b) En el caso de la tutela de menores¹, la

1 En el curso de este trabajo se utiliza el vocablo menores. Al respecto es de subrayar que con la entrada en vigencia de la Ley de Protección Especial de la Niñez y Adolescencia (Lepina) dicho término ha quedado en desuso, siendo reemplazado por el de “niños, niñas y adolescentes”.



tutela tiene un carácter supletorio pues se determina en ausencia de la autoridad paterna, ya que la norma se refiere en el ámbito de su protección a quien no está sujeto a lo que el Código Civil denominaba Patria Potestad.

c) En la definición se habla de la potestad que se otorga a una persona capaz. Ello es así, pues el sujeto a quien le compete el cargo debe poseer aptitud suficiente para el mismo, es decir, no tener impedimentos para el goce y ejercicio de los derechos. Es lógico, dado que no se podría solucionar una situación de incapacidad con quien también se haya en esta condición.

d) En beneficio del interdicto o del menor, pues tal es un aspecto esencial del instituto.

e) Para dirigir su persona, administrar sus bienes y representarlo en los actos civiles, o sea la efectivización del mandato legal; y,

f) Los conceptos referidos en los dos literales que preceden, llevan ínsito que esa potestad que se otorga al tutor tiende a la atención integral del interdicto o menor, es decir, de su salud física y moral, como asimismo al resguardo de su patrimonio.

DISPOSICIONES COMUNES DE LA TUTELA.

a) *Sólo pueden ser tutores las personas naturales.* Se infiere de la definición legal del instituto; que por tanto, no pueden serlo las personas jurídicas. Sin embargo, en algunas legislaciones, se faculta que pueden ser tutores las personas jurídicas que *no tengan finalidad lucrativa* y entre cuyos fines figure la protección

de menores o incapacitados. En otros países se permite que pueden ser tutores los *bancos hipotecarios y comerciales*, que reúnan específicos requisitos determinados por su Ley General de Bancos.

b) *El tutor indirectamente se ve obligado a aceptar el cargo para no incurrir en sanciones.* Cuando la legislación legal expresa que la tutela son cargos, con ello quiere significar que el tutor nombrado está obligado a aceptar ese cargo, a menos que pueda invocar una causal de excusa de las contempladas en el mismo código. La no aceptación de la tutela no trae consecuencias al tutor, salvo que se trate de alguien nombrado por testamento, ya que en este caso si se excusa sin causa justa, se hace indigno de suceder al testador.

c) *No puede darse tutor a las personas que están sometidas a autoridad parental.* La institución tiene por objeto proveer de representante legal a los incapaces que carecen de ellos, por esto la tutela no tiene aplicación con respecto a las personas que se hayan bajo autoridad parental de padre y/o madre.

d) *Un mismo pupilo puede tener dos o más tutores.* La regla es que la tutela será ejercida por una persona; sin embargo, podrán ejercerla varias cuando el testador así lo hubiese dispuesto; o el juez lo considerare conveniente a los intereses del pupilo. (Art.275 C.F).

e) *Un mismo tutor puede tener varios pupilos.* Tal acontecería si fallece el causante, dejando tres hijos menores y les ha nombrado un tutor en el testamento. Pero, divididos los patrimonios, se considera que existen tantas tutelas,

como patrimonios distintos aunque la ejerza una misma persona (Art. 276 C.F)

f) *Idoneidad del Tutor.* Su nombramiento deberá recaer en quién, por sus condiciones personales y sus relaciones con el menor o incapaz, sea el más conveniente para éste. Se procurará que tutor y pupilo sea del mismo sexo. (Art. 277 C. F).

g) *Otras disposiciones comunes respecto de la tutela.* 1) Mientras no se nombre tutor o no se discierna el cargo, el juez, de oficio o a solicitud del Procurador General de la República,² deberá dictar las providencias necesarias para el cuidado del menor o incapaz y la seguridad de sus bienes. (Art. 279 C. F). 2) Los que ya hubieren cumplido 12 años de edad, serán *oídos* previamente al nombramiento de tutor legítimo o dativo, o al discernimiento del cargo con respecto al tutor testamentario. (Art. 280 C. F). 3) El que dispusiere de bienes a título gratuito a favor de menores o incapaces, sujetos a tutela, podrá condicionar la liberalidad, a que los bienes no los administre el tutor, sino otra persona que designe al efecto. (Art. 281 C. F). 4) Los administradores de determinados bienes de un menor o incapaz, estarán sujetos a las disposiciones relativas a los tutores. (Art. 282 C. F); y, 5) La tutela se ejercerá bajo la supervisión del juez, quien actuará de oficio, a solicitud del Procurador General o de cualquier interesado. (Art. 283 C. F).

II. TUTELA TESTAMENTARIA.

La tutela testamentaria es aquella que se constituye por *acto testamentario*. El

derecho de designar tutor por testamento al incapaz corresponde a los padres, ya que nadie tendrá mayor interés que ellos en indicar la persona que deba reemplazarlos en la administración de los bienes del hijo y en hacer una buena elección.³ Es testamento³ apto para designar tutor, tanto el *solemne* como el *privilegiado*.

Podrán nombrar tutor por *testamento*: el padre o la madre para los hijos que estén bajo su autoridad parental; los abuelos, para los nietos que estén sujetos a su tutela; y cualquier otra persona, para el menor o incapaz al que instituya heredero o legatario. Cuando los padres ejerzan la autoridad parental de consuno, o cuando los abuelos ejerzan la tutela conjuntamente, sólo tendrá eficacia el nombramiento de tutor hecho por cualesquiera de los padres o abuelos que falleciere por último.

Y, cuando el testador nombrare *varios tutores* para que se sustituyan unos a otros, el juez nombrará entre ellos al que le parezca más *idóneo*; y si hallándose en ejercicio un tutor legítimo o dativo, se presentare el testamentario, se transferirá a éste la tutela, salvo mejor criterio del juez.

III. TUTELA LEGÍTIMA.

Tutela Legítima es la que se confiere por la ley a los parientes más cercanos del pupilo, vgr: los abuelos, los hermanos, los tíos y los primos hermanos. Y, cuando hubiere dos o más parientes de igual grado, el juez nombrará tutor entre ellos al que fuere más *idóneo*. (Art. 291 C.F)

² En el desarrollo de estas reflexiones a este funcionario se le denominará únicamente Procurador General.

³ Se llama testamento la declaración que con las formalidades que la ley establece, hace una persona de su última voluntad, especialmente en lo que toca a la transmisión de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días. Art. 996 C.C. Son testamentos privilegiados el militar y el marítimo. Art. 1024 C.C.



Cuando se tratare de un menor casado será llamado a su guarda legítima, primero su cónyuge, si fuere mayor de edad; y cuando ambos fueren menores, se estará a lo dispuesto para el caso de pluralidad de pupilos (Art. 276 C.F).

¿En qué casos específicos la tutela legítima tiene lugar? 1) Cuando falta la tutela testamentaria, situación que se presentará si los padres o adoptantes no han designado tutor por testamento; 2) Si el testamento en que hacen la designación es declarado nulo; 3) Si el tutor nombrado fallece antes que el testador; 4) Si el tutor nombrado fuere incapaz o se excusare legalmente de servir el cargo; y, 5) Si el tutor nombrado fallece antes que el pupilo.

Los mayores de edad estarán sujetos a tutela cuando fueren declarados *incapaces*, siempre que no se encuentren bajo autoridad parental prorrogada o reestablecida. El vocablo "incapacidad" significa falta de capacidad. El estado de una persona privada de alguno de sus derechos, en una palabra que evidencie

incapacidad jurídica. Vgr: los locos, los pródigos, los iletrados, etc etc.

El Código de Familia se circunscribe a expresar que son llamados a la tutela legítima de los "mayores de edad incapacitados", así: el cónyuge, los hijos, los padres, los abuelos, los hermanos, los tíos y los primos hermanos que reúnan el requisito de *idoneidad*. Ninguna persona puede ser declarada incapaz sino por sentencia judicial, en virtud de causas legales y con la intervención, en su defensa, del Procurador(a) General.

Son causas de *incapacidad*: 1) la enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos; y, 2) la sordera, salvo que el sordo pueda entender y darse a entender de manera indudable. (Art. 293 C.F). El vocablo "crónico(a)", aplicase a las enfermedades muy largas o habituales, es decir, que duran mucho; y la voz "incurable", equivale a que no se puede curar.

Sobre este particular oportuno es traer a cuenta el concepto de "locura": "Trastorno

general y persistente de las funciones psíquicas, cuyo carácter patológico es ignorado o mal comprendido por el enfermo, e impide su adaptación lógica y activa a las normas del medio ambiente, sin provecho para sí mismo ni para la sociedad”.

Considerando que la *Psiquiatría* es la ciencia que trata de las enfermedades mentales y *psiquiatra* es el especialista en *Psiquiatría, alienista*, será el dictamen de médicos especializados en dicha ciencia, los que darán la pauta para declarar enfermo mental al pupilo o incapaz. En nuestro medio, la práctica de estos peritajes psiquiátricos, se realiza por medio de psiquiatras forenses del Instituto de Medicina Legal.

Autorización para Internamiento: El internamiento de un presunto enfermo mental en centro psiquiátrico, requerirá de autorización judicial previa; salvo que por grave urgencia fuere necesario tomar tal medida, en cuyo caso el titular del centro que aceptare el internamiento dará cuenta inmediatamente al juez, y a la familia de aquél o a sus representantes si fueren conocidos, y en todo caso al Procurador(a) General, so pena de incurrir en responsabilidad legal. (Art. 294 C.F).

Actos y Contratos del Enfermo Mental: Posteriores a la declaratoria de incapacidad, *son nulos*, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados antes del decreto de incapacidad, *son válidos*, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces mentalmente enfermo. (Art. 295 C.F).

Incapacidad de Menores hoy (Niños, Niñas o Adolescentes). Podrán ser declarados incapaces, a solicitud de quienes ejerzan la autoridad parental o la tutela, o del Procurador(a) General, cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacidad persistirá después de alcanzada la mayoría de edad. Esta declaratoria tendrá por finalidad la prórroga “*ipso iure*” de la autoridad parental o de la tutela. (Art. 296 C.F).

Prórroga de la Tutela y Rehabilitación: El tutor del menor incapaz continuará *ipso iure* en el desempeño del cargo, después de haber alcanzado el pupilo la mayoría de edad; y el incapaz por enfermedad mental, podrá ser rehabilitado, si apareciere que ha recobrado la razón permanentemente. También podrá rehabilitarse al incapaz sordo, cuando se haya hecho capaz de entender y darse a entender de manera indudable, si él mismo lo solicitare. Por supuesto, que lo dicho estará sujeto a la comprobación científica, es decir, en sintonía a la prueba pericial de mérito.

IV. TUTELA DATIVA.

Tutela Dativa es la que confiere el juez de conformidad al Art. 299 C.F y procede a falta de otra tutela, nombrando tutor a la persona que reúna las condiciones de *idoneidad* a que alude el Art. 277 C.F.



Quien hubiere acogido un niño expósito o abandonado, será preferido en el nombramiento de tutor, siempre que reúna las condiciones legales. “Expósito”, dicese del niño recién nacido y abandonado en un paraje público.

En consecuencia, el juez de oficio, proveerá de tutor al menor o incapacitado que no lo tenga, en cuanto tuviere conocimiento de tal hecho. El Procurador General velará porque no haya menores o incapaces sin guardador.

¿Qué procedimiento debe aplicar el juez para nombrar tutor a los expósitos abandonados o a los adultos mayores que en apariencia carezcan de parientes y en una manifiesta situación de precariedad económica?

La Ley Procesal de Familia se fundamenta en los principios de los Arts. 32 al 36 Cn, a fin de garantizar la aplicación de las leyes que regulen los derechos de la familia y de los menores. Y, el Art. 218 L.Pr.F consigna que todo lo que no estuviere expresamente regulado en esa ley, se deberán aplicar supletoriamente las disposiciones de las leyes especiales de las leyes de familia y las del Código de Procedimientos Civiles (ya derogado), y en su defecto se encuentra el “Código Procesal Civil y Mercantil”, siempre que no se opongan a la naturaleza y finalidad de dicha ley.

El CPCM en el Art. 17 inc. 2° preceptúa:... que las diligencias judiciales *no contenciosas* se tramitarán de acuerdo a lo previsto en la respectiva ley de la materia⁴; de no existir procedimiento se aplicarán las disposiciones del *proceso abreviado*, en lo que fueren aplicables.

4 Se trata de la “Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias”.

V. INHABILIDADES, EXCUSAS Y REMOCION DEL TUTOR.

En los párrafos precedentes señalamos que el cargo de tutor es obligatorio, porque hay un interés social en que los menores e incapaces que no están sometidos a autoridad parental, tengan una persona que vele por sus intereses. Justamente por el interés aludido, tanto el legislador del Código Civil como el de Familia, no permiten que ciertas personas ejerzan el cargo de tutor cuando carecen de *idoneidad* para ello. Y a otras, las faculta para excusarse de aceptar la tutela, porque bien comprende que de exigírselos, desempeñarían el cargo de una manera deficiente.

Recordemos que las incapacidades, vgr: la enfermedad mental crónica e incurable, aunque existan intervalos lúcidos, y la sordera, salvo que el sordo puede entender y darse a entender de manera indudable, son de *orden público*; están establecidas tanto en interés de la sociedad, como en interés del pupilo. En consecuencia, las causales de incapacidad son *irrenunciables*. Por el contrario, las *excusas* miran principalmente al interés y beneficio del tutor; de ahí entonces, que nada obsta para que la persona que puede invocar una causal de excusa, no la alegue y acepte desempeñar la tutoría.

El Art. 301 C.F. establece 12 causales o inhabilidades por las cuales no se puede ser tutor. *Inhabilitar* equivale a declarar a uno inhábil o incapaz de obtener o ejercer cargos públicos, o de ejercitar derechos civiles o políticos. Dicho en otra forma: declaración judicial de que alguien no puede, por causas naturales,

morales o de otra índole, desempeñar un cargo, realizar un acto jurídico o proceder en otra esfera de la vida jurídica.

Es en esa virtud no pueden ser tutores:

- 1) los menores de edad y los incapaces;
- 2) los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena, y los procesados por cualquier delito que haga suponer fundamento que no desempeñarán convenientemente la tutela;
- 3) los que hubieren sido removidos de otra tutela, o no hubieren obtenido la aprobación de las cuentas de su administración o no hubieren pagado el saldo que resultare en su contra;
- 4) los que observaren conducta inmoral o padecieren de enfermedad o vicio que pudiera poner en peligro la salud, la seguridad o la moral del menor o incapaz;
- 5) los declarados en quiebra o concurso;
- 6) los que tuvieren pendiente litigio propio o de su cónyuge o compañero(a) de vida, sus ascendientes, descendientes o cónyuge o conviviente de cualquiera de éstos contra el menor incapaz;
- 7) los que hubieren perdido la autoridad parental o hubieren sido suspendidos en el ejercicio de la misma, o se les hubiere privado de la administración de los bienes de los hijos;
- 8) los acreedores o deudores del menor o incapaz por cantidad apreciable en relación con los bienes de éstos, a criterio del juez, a menos que con conocimiento de la deuda o crédito hayan sido nombrados por testamento;
- 9) los ciegos; y los sordos cuando no pudieren darse a entender;
- 10) los que carezcan de domicilio en la república;
- 11) los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapaz; y,
- 12) los enemigos de los padres y de los ascendientes del menor o incapaz.

EXCUSAS.

Es el motivo o pretexto que se invoca para eludir una obligación o disculpar una obligación. Jurídicamente equivale a excepción o descargo. La razón o causa para eximirse de una carga o cargo público.

El Código de Familia expresa en el Art. 302 quienes podrán excusarse de la tutela: 1) Los que tuvieren a su cargo otra tutela, salvo si se tratare de pupilos hermanos (a vía de ejemplo hermanos gemelos); 2) los mayores de 60 años; 3) los que tuvieren bajo su autoridad parental tres o más hijos; 4) los que por sus limitados recursos no puedan atender el cargo sin menoscabo de su subsistencia; 5) los que padezcan enfermedad crónica que les impida cumplir los deberes del cargo (a vía de ejemplo: arterioesclerosis múltiple, lupus, etc.); 6) los que tengan que ausentarse de la república por más de seis meses o lo hicieren reiteradamente (los que ostenten cargos diplomáticos). Mientras se resuelve acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer el cargo, salvo que el juez resuelva otra cosa en interés del pupilo.

El *tutor testamentario* que se excusare del cargo perderá todo lo que se le hubiere asignado en el testamento. (Art. 303 C.F).

CAUSAS DE REMOCION.

La remoción es la privación de un cargo o empleo, y este vocablo es de origen canónico; sin embargo, es hoy de uso muy general. El Código de Familia establece siete causales de remoción en el Art. 304 C.F.

Serán removidos de la tutela: 1) Aquellos a quienes, después de discernido el cargo, les sobrevenga alguna de las inhabilidades enumeradas en el Art. 301; 2) los que desempeñaren el cargo con negligencia, ineptitud o infidelidad; 3) los que promovieren o favorecieren la corrupción o delincuencia del pupilo; 4) los que maltrataren o abandonaren al tutelado; 5) los que a sabiendas hubieren cometido inexactitud en el inventario; 6) los que se ausentaren del lugar de su domicilio por más de seis meses; y, 7) los que incumplieren grave o reiteradamente los demás deberes que impone el cargo.

El *tutor legítimo* que fuere removido de la tutela, perderá el derecho de suceder ab intestato al pupilo.

Para las causales de *inhabilidades y remociones*, es competente el juez de familia del domicilio del tutor(a), debiéndose sustanciar y decidir en un proceso contencioso. Más, si se tratase de excusas, éstas se tramitarán a instancia del tutor(a) por la vía legal *no contenciosa*, ante el juzgado de familia que le discernió el cargo. Obviamente el perdidoso en primera instancia, tratándose de inhabilidades y remociones, podrá recurrir en apelación y, remotamente, en el recurso extraordinario de casación. Versando las diligencias relativas a excusas, únicamente podrán ser objeto del recurso de revocatoria y de apelación.

VI. EJERCICIO DE LA TUTELA.

Todo tutor, antes de entrar a ejercer su cargo necesita cumplir con ciertas formalidades previas: 1) la guarda le debe ser discernida; y, 2) es necesaria la

verificación de la “facción de inventario y avalúo” y la constitución de una garantía. (Art. 307 C.F).

El tutor no entrará a ejercer el cargo, sino después de *discernido* por el juez. Se llama discernimiento el decreto judicial que autoriza al tutor para ejercer su cargo. El legislador ha creado ese trámite con un doble objetivo: mediante el discernimiento le es posible al juez cerciorarse de las *incapacidades* que puedan afectar al tutor nombrado; y en seguida, gracias a él, va a existir una fecha cierta en cuanto al momento en que el tutor pasa a ser representante legal del pupilo o incapaz.

El requisito del discernimiento se debe exigir en toda tutoría, cualquiera que sea su origen o especie. La manera de efectuar el discernimiento es materia combinada entre el Código de Familia, la Ley Procesal de Familia y en algunos escasos casos aplicando el Código Procesal Civil y Mercantil.

Si se trata de una *tutoría testamentaria*, el tutor(a) deberá ocurrir ante el juez de familia de su domicilio a efecto de que, previas las formalidades de rigor, se provea el decreto judicial autorizándole para ejercer su cargo. Esa solicitud deberá, asimismo, exhibir los requisitos de una demanda. Si la solicitud reúne los requisitos pertinentes, será admitida y ordenará la notificación al Procurador(a) de Familia y al solicitante; se pronunciará sobre las pruebas y ordenará de oficio las que considere necesarias, fijando día y hora para que se celebre la audiencia de sentencia dentro de los quince días siguientes. (Art. 181 L.Pr.F). De ser atendibles las razones del peticionario y las probanzas aportadas en la audiencia,

el juez pronunciará sentencia declarando tutor(a) al peticionario.

Ejecutoriada la sentencia, se procederá a *discernirle* el cargo de tutor, previo señalamiento de día y hora, para efectos de representar únicamente al tutelado en juicio, no así para la administración de sus bienes, pues ésta sólo será discernida previa facción de inventario y avalúo de bienes del pupilo y la constitución de la garantía de ley; y librará los oficios al Registro del Estado Familiar correspondiente para que margine la partida de nacimiento del incapaz. (Art. 306 C.F).

En lo que se refiere a las tutelas legítimas y dativas deberá seguirse el procedimiento para las tutelas testamentarias, en lo que le fuere aplicable.

INVENTARIO Y AVALUO DE BIENES DEL PUPILO.

El Art. 307 C.F expresa que el tutor deberá iniciar las diligencias de avalúo e inventario de los bienes del menor o incapaz, dentro de los ocho días siguientes a la aceptación del cargo. Por consiguiente, se trata de una obligación y no de una simple facultad.

Previo a examinar los requisitos formales de la realización de dicho inventario, congruente es subrayar qué debe entenderse por inventario: "Relación ordenada de los bienes de una persona o de las cosas o efectos que se encuentran en un lugar, ya con la indicación de su nombre, número y clase o también con una somera descripción de su naturaleza, estado y elementos que puedan servir para su identificación o avalúo". Coloquialmente por inventario

se comprende el documento en que consta tal lista de cosas.

Como el Código de Familia indica que el inventario deberá practicarse conforme a lo que se dispone en el Código Civil, dentro de un plazo que no exceda de treinta días, oportuno es acentuar que el inventario es *solemne* o *menos solemne*. El primero deberá ser hecho ante el juez de primera instancia y su secretario, o ante notario y dos testigos. El segundo, se practicará ante notario o ante dos testigos en su defecto. (Art. 1174 CC). En seguida dicha normativa expresa que en el inventario se expresará el lugar, día, mes y año de su otorgamiento y se observará lo prevenido para lo que se disponía respecto de los tutores y curadores en los artículos 402 y siguientes, y lo que en el derogado Código de Procedimientos Civiles se prescribía para los reiterados inventarios solemnes y menos solemnes. Finalizaba el legislador, preceptuando que tenían derecho de asistir al inventario el curador de la herencia yacente, los herederos presuntos testamentarios o ab intestato, el cónyuge sobreviviente, los legatarios, los socios de comercio, y todo acreedor hereditario que presentase el título de su crédito. Estas personas tendrían derecho de reclamar contra el inventario en lo que les pareciera inexacto. (Art. 1176, 1177 CC).

Estimamos que lo más ajustado a derecho para la protección de los intereses del pupilo, es que el inventario sea practicado ante notario y dos testigos, con intervención del Procurador(a) General y en el mismo observar todos los requisitos implícitos y explícitos que debe contener una facción inventarial. Es de observar que en ningún caso, ni aún

por disposición del testador, estará el tutor(a) exento de esta obligación.

¿En el caso que un tutor suceda a otro en el cargo, es preciso hacer un nuevo inventario? Personalmente considero que sí debe hacerse un nuevo inventario, en vista que éste deberá formularse a partir de la aceptación del cargo. Sin embargo, algunos juristas consideran que no es preciso hacer un nuevo inventario, sino que considerando que recibe los bienes por el inventario anterior, bastará con anotar las diferencias pertinentes, operación que deberá hacerse con las mismas solemnidades que el primitivo inventario, el cual pasa a ser el inventario del sucesor.

GARANTIA DE ADMINISTRACION.⁵

Practicado el inventario y avalúo, el tutor deberá constituir “garantía de administración” (Art. 308 C.F), salvo que hubiere sido relevado de esta obligación por el testador.

Obviamente se refiere el legislador a que quede garantizada por parte del tutor la administración de su tutela o quizás mejor, caucionados suficientemente los bienes del pupilo. Proceder con la diligencia de un buen padre de familia al administrar el caudal del menor o incapaz. De sus bienes muebles o inmuebles, derechos, acciones, etc. Dejar claro el carácter del tutor que es el de representante legal del menor de edad o del incapaz en todos los actos civiles y responder de todo perjuicio resultante de la falta del cumplimiento de sus deberes. En forma especial la garantía

deberá cubrir: 1) el importe de los bienes muebles que reciba el tutor; 2) el promedio de la renta de los bienes en los últimos tres años anteriores a la tutela; y, 3) las utilidades que el pupilo pueda recibir de cualquier empresa durante un año. La garantía deberá aumentarse o disminuirse, según se alteren o varíen los valores expresados.

La garantía de que se trata podrá consistir en hipoteca o prenda, o en fianza otorgada por instituciones de crédito o empresas de seguros o de fianzas. Incluso podría considerarse la garantía personal, aún la caución juratoria, siempre que, a criterio del juez, fuere suficiente, tomando en cuenta el valor de los bienes inventariados y la solvencia y buena reputación del tutor. Los efectos o valores dados en prenda, deberán ser depositados en una institución de crédito de sólido prestigio.

PRESUPUESTO.

Dentro de los treinta días posteriores al del inicio del ejercicio de la tutela, el guardador deberá someter a la aprobación del juez: a) el presupuesto de los gastos necesarios para los *alimentos* del pupilo; b) la administración de sus bienes; y, c) el proyecto de empleo de las rentas excedentes. Por *alimentos* debemos recordar que se trata de la asistencia que por ley, se dan a algunas personas para su manutención y subsistencia, vgr: comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción cuando el alimentario es menor de edad. Para los años posteriores, dichos presupuestos y

⁵ Nuestro Código Civil establece como contratos de garantía especiales: la Fianza, la Prenda e Hipoteca. Arts. 2086, 2134 y 2157. Existen otras garantías personales vgr: la “Solidaridad Pasiva” (Art. 1382 inc. 2. C.C.) y la “Cláusula Penal” (Art. 1406 C.C.); amén “del Derecho de Prenda General sobre los bienes del deudor”. (Art. 2212 C.C.).

proyectos deberán someterse a aprobación judicial, cuando menos treinta días antes de que se inicie cada ejercicio anual. Para cubrir *gastos no presupuestados* superiores a un mil colones, el tutor necesitará de autorización previa, a menos que se trate de una grave y urgente necesidad, en cuyo caso se podrá efectuar el gasto y someterlo a ratificación del juez, dentro de los quince días posteriores a su erogación.

EJERCICIO DE LA TUTELA POR VARIOS GUARDADORES. (Reglas).

1. Las facultades que les corresponden habrán de ser ejercidas por ellos *conjuntamente*, pero valdrá lo que se haga con el acuerdo mayoritario. A falta de acuerdo, el juez, después de *oírlos* y al pupilo mayor de doce años⁶, resolverá lo conveniente. Si los desacuerdos entorpecieren gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el juez reorganizar su composición o proveer de nuevos tutores al pupilo.

2. Si el testador lo hubiere dispuesto o los guardadores lo solicitaren, podrá el juez resolver que las funciones de la tutela se distribuyan entre los tutores, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, pero si hay decisiones que conciernen a todos, en cuanto a ellas se observará la regla subrayada en el párrafo anterior; y,

3. Cuando por cualquier causa falte alguno de los guardadores, la tutela subsistirá con los restantes, a no ser que al hacerse el nombramiento se hubiere dispuesto otra cosa.

Para solucionar cualquier desavenencia entre los tutores y situaciones conexas, se procederá a resolver mediante la fijación de una audiencia de adecuación de modalidades, para que comparezcan las partes y de esa manera establecer la forma más rápida y eficaz de cumplimiento. (Art. 175 L.Pr.F).



⁶ De conformidad a lo establecido en los Arts. 12 de la Convención de los Derechos del Niño, 7 literal j) L.Pr.F 94 y 223 L.E.P.I.N.A.

DEBERES Y FACULTADES DEL TUTOR Y DEL PUPILO.

1. El *tutor* tiene respecto de su pupilo las mismas facultades y deberes que la ley otorga e impone a los padres en relación a sus hijos, con las modificaciones y limitaciones legales. El *pupilo* debe respeto y obediencia a su tutor. (Art. 314 C.F)

2. El tutor está obligado a cuidar del pupilo como buen padre de familia y si ha sido declarado incapaz, a hacer cuanto fuere necesario para que el pupilo pueda valerse por sí mismo y sea rehabilitado. Cuando en el pupilo menor de edad exista causa de *incapacidad*, y se prevea razonablemente continuará después de alcanzar su mayoría de edad, antes de que la cumpla, el tutor deberá solicitar la declaratoria correspondiente. (Art. 315 C.F).

3. Es deber del tutor educar y formar integralmente al pupilo, facilitarle acceso al sistema educativo y orientarlo en la elección de una profesión u oficio. Si el pupilo había iniciado estudios para obtener profesión u oficio, mientras estuvo bajo autoridad parental, el tutor no podrá variarlos *sin autorización judicial*, para lo cual el juez tomará en cuenta la opinión del menor y sus aptitudes y circunstancias. (Art. 316 C.F).

4. El pupilo menor de edad tendrá las mismas facultades administrativas que el hijo de familia, respecto de los bienes adquiridos con su propio trabajo o industria. (Art. 317C.F).

5. Los pupilos menores de edad, que hayan cumplido *catorce años*, tienen

derecho a que el tutor los asocie en la administración de los bienes pupilares, para su entrenamiento, información y conocimiento. El ejercicio de este derecho no exime al guardador de responsabilidad. (Art. 318 C.F).

6. Las alhajas, muebles preciosos y títulosvalores que a criterio del juez no deban estar en poder del tutor, serán depositados en una institución de crédito a favor del pupilo (Art. 319 C.F); el tutor deberá depositar el dinero del pupilo también en una institución de crédito, manteniendo las cuentas de éste separadas de las propias. (Art. 320 C.F); y el tutor responderá de los *intereses legales* del pupilo, cuando por su omisión o negligencia quedare improductivo.

AUTORIZACION JUDICIAL. El vocablo autorizar denota dar a alguien autoridad o facultad para hacer alguna cosa y en el caso que nos ocupa el destinatario de dicha autorización es el tutor, quien necesita de la autorización del juez para:

1 Internar al pupilo en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial;

2 Para enajenar o gravar *bienes inmuebles o derechos reales* del pupilo; vgr: herencia, usufructo, servidumbres activas, prenda, hipoteca y por supuesto el dominio; para dar los inmuebles en arrendamiento por más de tres años, o por más tiempo del que falte al pupilo para alcanzar su mayoría de edad, o con anticipo de renta por más de un año; para hacer o reconocer *mejoras que no sean necesarias*; para constituir *servidumbres pasivas*, es decir, con respecto al predio dominante la servidumbre se llama activa y con

respecto al predio sirviente, pasiva (Art. 823 inc. 2° CC); y, en general, para celebrar otra clase de contratos que afecten al patrimonio del pupilo, siempre que sean de valor superior a un mil colones;

3 Para repudiar herencias, legados y donaciones a favor del pupilo;

4 Para transigir o comprometer en árbitros las cuestiones en que el pupilo tuviere interés;

5 Para pagarse créditos que tenga contra el pupilo;

6 Para resolver sobre la forma, condiciones y garantías en que debe colocar a crédito el dinero del pupilo; y,

7 En los demás casos previstos por la ley. Conforme al Art. 188 L.Pr.F cuando se conceda autorización judicial a los *representantes legales* o al *administrador de bienes*, el juez fijará en la sentencia el término dentro del cual deba utilizarse la autorización, la cual no podrá exceder de seis meses. Y, cuando la autorización sea para *permutar un inmueble* por otro, se ordenará previamente el avalúo de los mismos.

VENTA DE TITULOS VALORES⁷, FRUTOS Y GANADOS.

La venta de los primeros podrá hacerse *sin autorización judicial*, pero nunca por menos del valor contable, o del que se cotice el día de la venta si existiera bolsa de valores. Los frutos y ganados podrán venderse *sin autorización judicial*, siempre

que su valor no sea inferior del que se cotice en plaza el día de la venta. Obvio que las operaciones de que se trata, las deberá comprobar el tutor al momento de rendir cuentas. (Art. 323 C.F).

AUTORIZACION POR UTILIDAD O NECESIDAD.

Por *utilidad* debemos entender algo provechoso, beneficioso, lucrativo, ventajoso para el pupilo; y por *necesidad* que se acredite escasez, penuria, carencia, pobreza etc por el lado del pupilo.

La autorización para enajenar o gravar los *bienes inmuebles*, los *derechos reales* y los *bienes muebles* del pupilo que valgan más de un mil colones, procederá sólo por causa de utilidad o de necesidad *comprobadas*.

Cuando el juez autorice la venta de bienes del pupilo o del hijo bajo autoridad parental, ordenará que se realice en **pública subasta**, previo avalúo y la base para el remate de los bienes será la estipulada en el Código en comento. Y, si se tratare de autorización para constituir gravamen sobre bienes del hijo bajo autoridad parental o del pupilo, el juez dará al interesado certificación del decreto de autorización para el otorgamiento de la escritura correspondiente. (Art. 189 y 190 L.Pr.F).

¿Se discute si para la autorización judicial *por utilidad o necesidad*, basta con que la parte interesada acredite una de las variables en referencia, o es preciso comprobarle al juez la existencia de

⁷ Son títulosvalores los documentos necesarios para hacer valer el derecho literal y autónomo que en ello se consigna. Art. 623 Com. Vgr: Bonos, Letra de Cambio, Acciones, Pagaré, Cheque, Certificado de Depósito y Bono de Prenda, Certificados Fiduciarios de Participación y Conocimiento de Embarque.

ambas? La práctica señala que los jueces exigen únicamente la acreditación de una de ellas.

¿A través de qué medios de prueba se debe acreditar la **utilidad y/o la necesidad**, para que proceda la autorización judicial de la venta de los bienes del pupilo? En mi sentir, y así lo disponen la mayor parte de los jueces de la materia, los siguientes: a) Prueba Instrumental: Presupuestos de gastos mensuales y anuales del pupilo (facturas, recibos, fotografías, vídeos, constancias médicas, constancias estudiantiles, erogaciones de vestuario, alimentación, higiene personal, servicios básicos, vivienda, etc etc; b) Prueba Pericial: Médicos especializados, como decir otorrinolaringólogos, psiquiatras, geriatras, endocrinólogos, oncólogos, fisiatras, etc etc; c) Prueba Testimonial: el tutor(a); parientes, amigos cercanos al pupilo desde su declaratoria de incapacidad, etc etc; y, d) *En forma ilustrativa*, pues no son prueba, los jueces de la materia se apoyan, a su vez, en los estudios psicológicos, sociales y educativos practicados por los equipos multidisciplinarios. Algunos juristas opinan que no debería faltar en los procesos en análisis, el “*Reconocimiento Judicial*”, por constituir un verdadero medio probatorio, en el cual el hecho fuente de prueba es percibido *directamente* por el juez, permitiendo que se forme una convicción.

ACTOS PROHIBIDOS AL TUTOR.

1. Contratar por sí, por interpósita persona o a nombre de otro con el

pupilo, o aceptar contra él créditos, derechos o acciones, a no ser que resulten de *subrogación legal*⁸, extendiéndose la prohibición al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del tutor.

2. Disponer a título *gratuito* de los bienes del pupilo, excepto las donaciones en dinero y otros *bienes muebles* a favor de un consanguíneo o necesitado, autorizadas por el juez, por causa razonable.

3. Aceptar donaciones *del que fue su pupilo*, sin estar aprobadas las cuentas de su administración y cancelado el saldo que resulte en su contra, salvo cuando el tutor fuere ascendiente, cónyuge, conviviente o hermano del donante;

4. Hacer remisión de derechos del pupilo;

5. Aceptar sin beneficio de inventario las herencias deferidas al pupilo; y,

6. Aceptar sin reserva las *cesiones de derechos o créditos* que los acreedores del pupilo hagan a terceros.

Cuando la persona o bienes del pupilo sean los asegurados, en forma especial se prohíbe designar *como beneficiario al tutor*, extensiva la prohibición al cónyuge, conviviente, ascendientes, descendientes y hermanos del guardador. (Art. 325 y 326 C.F).

RETRIBUCION DEL TUTOR Y PERDIDA DE LA RETRIBUCION.

La tutela da derecho a una retribución, que se pagará anualmente *y que no*

⁸ Jurídicamente el vocablo “subrogación” expresa la idea de sustitución de una persona o cosa, por otra. La *personal*, ocurre en la sucesión “mortis causa”; y la *real*, es la sustitución jurídica de una cosa por otra en el patrimonio de una persona, constituyendo una institución general que juega en distintos sectores del Derecho y late debajo de múltiples aplicaciones particulares que de ella ha hecho el legislador. (Arts. 1478 - 1483 C.C.)

bajará del cinco por ciento anual ni excederá del quince por ciento anual de las rentas y productos líquidos de los bienes del pupilo.

Cuando la retribución no hubiere sido fijada en el **testamento**, o cuando sin mediar negligencia del tutor, no hubiere rentas ni productos, el juez la fijará teniendo en cuenta la importancia del caudal del pupilo y el trabajo que ocasione el ejercicio de la tutela. Si el pupilo *no tuviere bienes* o éstos fueren exiguos, el tutor ejercerá el cargo *gratuitamente*. Finalmente, cuando el tutor hubiere sido removido por causa imputable a él, no tendrá derecho a retribución alguna. (Art. 327 y 328 C.F)

OBLIGACION DE LLEVAR CUENTAS Y FIN DE LA TUTELA.

El tutor está obligado a llevar cuentas exactas y comprobables de todas las operaciones de su administración, en libros autorizados por el juez que *discernió la tutela*. Al finalizar su cargo, presentará una *memoria* que resuma los actos de su administración.

La tutela *termina*: 1) por alcanzar el pupilo su mayoría de edad, salvo que la tutela se haya prorrogado; 2) por la muerte del pupilo o del tutor; 3) por rehabilitación del incapacitado; y, 4) por quedar el pupilo sujeto a autoridad parental.

La terminación se marginará en la partida de nacimiento del pupilo.

RENDICION DE CUENTAS.

Este instituto en un sentido lato, constituye la *obligación* que contrae toda persona que habiendo actuado por cuenta o en interés total o parcialmente

ajeno, o hallándose obligada a restituir ha realizado actos de administración o gestión, respecto de bienes que no le pertenecen en forma exclusiva. Dicha obligación resulta de *un principio de razón natural*, en el decir de Alsina, pues únicamente quien tiene un derecho exclusivo sobre un bien puede disponer de él a su entero arbitrio y se haya liberado, por ende, del imperativo de tener que rendir cuentas de los actos que realice con relación al mismo.

La obligación de rendir cuentas es una *obligación de hacer*, que consiste en presentar a la parte que tiene derecho a solicitarla un estado detallado de su gestión. Se reduce a una exposición ordenada de los ingresos y egresos, con sus comprobantes respectivos. Y, ese vínculo obligacional es susceptible de ser transmitido a los sucesores del obligado, vgr: herederos, legatarios. La rendición de cuentas conforme a la doctrina y textos legales, debe ser suficiente, vale decir, instruida y documentada. Tiende a facilitar el conocimiento de las operaciones realizadas y de su justificación, para el examen, verificación y eventual impugnación de las mismas, por su destinatario.

El *tutor* deberá rendir cuentas al final de cada año de su gestión y al terminar la tutela o cesar en su cargo y la debe hacer ante el juez, con intervención del Procurador General. La rendición anual de cuentas deberá hacerla dentro de los treinta días siguientes a la terminación del año de su gestión, aplicándose de igual manera cuando el tutor ha cesado en el cargo. En todo caso, las cuentas estarán sujetas a la *aprobación del juez*. (Art. 331 C.F).

La rendición de cuentas final debe darla el tutor o, en su caso, los sucesores del pupilo dentro de los sesenta días siguientes a la terminación de la tutela, ya sea al pupilo o a los herederos del mismo, o bien a quien lo represente. Si no la rindiere, será responsable por los *daños* que irrogare al pupilo o a sus herederos, aparte de la responsabilidad penal en la que puede incurrir por el delito de "Administración Fraudulenta", contemplado en el Art. 218 Pn. Obviamente la rendición de cuentas que nos ocupa, deberá sustanciarse y decidirse en un proceso especial.

OTRAS EXIGENCIAS EN RELACION A LA RENDICION DE CUENTAS. (Arts. 333/ 338 C.F)

1. Las cuentas deben ir acompañadas de documentos justificativos;
2. Los gastos serán a cargo del que estuvo sometido a tutela



3. El tutor, al terminar la tutela, deberá entregar al que fue su pupilo todos los bienes o documentos que pertenezcan a este último;

4. El tutor que sustituya a otro, deberá exigir entrega de bienes y rendición de cuentas al que lo ha precedido, so pena de responder por los daños que por su omisión se causaren al pupilo;

5. El saldo de las cuentas a favor o en contra del tutor, devengará el interés legal; en el primer caso, desde que el pupilo sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes; y en el segundo, desde el día siguiente a la expiración del plazo para rendir las cuentas; y,

6. Las *acciones y obligaciones* que recíprocamente correspondan al tutor o al que fue su pupilo, por razón del ejercicio de la tutela, *prescriben* en cuatro años de concluida ésta.

INSTITUCIONES DE REGISTRO Y MATERIAS A INSCRIBIRSE. (Arts.339/343 C.F).

1. Los juzgados de primera instancia de familia llevarán un registro de tutelas, en el cual se inscribirán: 1) el *discernimiento* y las *terminación* de la tutela; 2) las remociones y las excusas de los tutores; 3) los resultados de los inventarios y de la rendición de cuentas; 4) los presupuestos de gastos de administración, así como todas las resoluciones que puedan modificar el estado personal o patrimonial del tutelado. (El inventario, con los recibos de depósito y los demás documentos justificativos de las cuentas que rinda el tutor, se llevarán en expediente separado).

2. Se llevará un índice de las tutelas, por orden alfabético del apellido de los tutelados;

3. El registro será llevado por el juez, quien ordenará los asientos y sus modificaciones y expedirá las certificaciones;

4. Al comienzo de cada ejercicio anual de la tutela, se hará constar, al margen de cada inscripción, si el tutor obligado a dar cuentas de su gestión, las ha rendido o no; y,

5. Para cumplir con la atribución del “Control Judicial de la Tutela” –Art. 283 C.F-, el juez deberá examinar frecuentemente las inscripciones del registro, a fin de adoptar las providencias necesarias para la defensa de los intereses de los tutelados.

VII. CONCLUSION.

La institución de *la tutela* ha sufrido a través del tiempo, una positiva evolución en su conceptualización.

En los ordenamientos del pasado, *Tutela* y *Curatela* coexistían como dos institutos diferentes; la primera se circunscribía al cuidado personal del impúber no sujeto a *Patria Potestad*, sin tomar en cuenta lo concerniente a la administración de sus bienes; mientras que la segunda, se limitaba a los adultos incapaces, orientándose principalmente a la administración de sus bienes que al cuidado que requería la persona del pupilo. El Código de Familia, vigente desde 1994, unifica ambas instituciones en una sola: la Tutela.

La *Patria Potestad* (contemplada en el Código Civil de Napoleón), otorgaba un excesivo poder y abuso de los padres hacia sus hijos, al grado de existir una marcada diferencia entre los descendientes y sus progenitores. En cambio, en la *Autoridad Parental*, regulada en el reiterado Código de Familia, se detallan y establecen derechos y obligaciones, esto es, para los padres como para los hijos, y se persigue, a su vez, garantizar la protección de los más vulnerables: *niños, niñas, adolescentes, incapaces y adultos mayores*.

Obviamente al analizar la institución de la tutela, nos decantamos en una figura que complementa a la autoridad parental, habida cuenta que, en mayor o menor medida, sustituye a los padres, y al ejercerla se transfieren a los tutores, con respecto a sus pupilos, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres para con sus hijos; además, el Estado desempeña un rol de ente *garante y protector*, preocupado porque la persona que ejerza la tutela reúna las características que lo convierten en la más idónea para el desempeño del cargo. En la actualidad, es indiscutible una estrecha relación entre la Constitución de la República, Tratados Internacionales, Convenciones, Convenios, legislación secundaria y la institución en examen.

En definitiva, pues, la institución de la Tutela regulada en el Código de Familia encuentra su fundamento jurídico-filosófico en el Art. 1 de nuestra Constitución: El Salvador reconoce a la *persona humana* como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la *justicia, de la seguridad jurídica y del bien común*.