

**XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL UNIVERSIDAD
NACIONAL DE LA PLATA - 2017**

Comisión N° 8: “Alimentos y Compensación económica”

**“Los deberes alimentarios del tutor y del curador: una omisión del nuevo Código Civil y
Comercial contraria a la CDN y a la ley 13.944”**

Autores: Rodolfo G. Jáuregui - miembro titular.

Fernando A. Gastiazoro - miembro graduado.

Resumen: A pesar de la omisión de regulación en el C.C.C.N., de “lege lata” la obligación alimentaria del tutor es evidente a la luz de lo dispuesto en normas de mayor jerarquía: Convención de los Derechos de Niño (arts. 3, 18 y 27 del CDN- 75 inc. 22 de la CN). En el caso del curador se impone por la remisión del art. 138, pues idéntica solución rige por imperio de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26.378 en el año 2008, que por Ley 27.044 tiene rango constitucional, (arts. 28 y ccs.); (art. 75, inc. 22) en ambos casos, en consonancia con la Ley 13. 944. (art. 2° y ccs.)

Para compatibilizar adecuadamente los contenidos de las Convenciones mencionadas con los del digesto de fondo, se propone colmar el vacío resultante de la omisión por el camino indicado por los arts. 1, 2, y 3; los principios generales contenidos en los arts. 104 Segundo párrafo, 639 y 706 del CCCN, aplicando a su vez analógicamente el art. 661 en lo pertinente a la legitimación activa y el art. 541 en lo relativo al contenido de las prestaciones, en su caso.

De lege ferenda es preciso reformar el art. 119 del CCCN, agregándole el siguiente párrafo:

“Si no existieren parientes obligados a prestar alimentos o los recursos de éstos son insuficientes para satisfacer las necesidades alimentarias del pupilo, el tutor tendrá la obligación de brindarlos en los términos del art. 541 ya sea en forma total o parcial, coparticipando con aquellos o en forma exclusiva”

A tal fin podrá ser demandado por cualquiera de los legitimados por el art. 661”

I- El contenido del art. 119) del Código Civil y Comercial:

El juez debe fijar las sumas requeridas para la educación y alimentos del niño, niña o adolescente, ponderando la cuantía de sus bienes y la renta que producen, sin perjuicio de su adecuación conforme a las circunstancias. Si los recursos de la persona sujeta a tutela no

son suficientes para atender a su cuidado y educación, el tutor puede, con autorización judicial, demandar alimentos a los obligados a prestarlos”¹.

II- Crítica:

Del texto del art. 119 del CCCN se infiere como deducción que el tutor o los tutores, carecen de deberes jurídicos alimentarios para con la persona del niño u adolescente sujeto a tutela en la economía del Código Civil y Comercial. Ni siquiera los tiene cuando el tutelado carece de recursos, ya que en ésta última hipótesis puede obtener autorización judicial para demandar alimentos a los obligados a prestarlos,² lo que reafirma la omisión. Es más grave la situación por cuanto por el art. 138 del CCCN la curatela se rige por las reglas de la tutela, no modificadas en la Sección 3 y al respecto no contiene ninguna modificación. En consecuencia también tangencialmente, colisiona con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26.378 en el año 2008, y que por imperio de la ley Ley 27.044 tiene rango constitucional). Más concretamente la entendemos comprendida genéricamente en el art. 28³.

Congruentemente con éste ideario no aparece dicho deber mencionado en todo el Libro I, “Parte General”, Título I de la Persona Humana; Capítulo 10, “Representación y Asistencia. Tutela y Curatela”, Sección II: “Tutela”. Son en total 33 artículos en los que se omite toda referencia. Los agrupa en 5 párrafos: Párrafo I, Disposiciones Generales: (arts. 104 a 111); Párrafo II; “Discernimiento de la Tutela” (arts. 112 a 116); Párrafo III; “Ejercicio de la Tutela”; (arts. 117 a 129) Párrafo 4, “Cuentas de la Tutela”, arts. 130 a 134; Párrafo 5º: De la terminación de la tutela” (arts. 135 a 137)⁴

¹ Por el art. 537. Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: a) los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grados. b) Los hermanos bilaterales y unilaterales. En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado.

² Los parientes obligados a prestar alimentos al niño, niña o adolescente deben denunciar a la autoridad competente que el niño, niña o adolescente no tiene referente adulto que lo proteja, dentro de los diez días de haber conocido esta circunstancia, bajo pena de ser privados de la posibilidad de ser designados tutores y ser responsables de los daños y perjuicios que su omisión de denunciar le ocasione al niño, niña o adolescente. (Art. 111) A su vez Son indignos para suceder los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos. (Art. 2281)

³ Artículo 28 Nivel de vida adecuado y protección social 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. 2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: a) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a servicios de agua potable y su acceso a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole adecuados a precios asequibles para atender las necesidades relacionadas con su discapacidad; -24- b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de la pobreza; c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de sus familias que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad, incluidos capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados; d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública; e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

⁴ Sigue en la distribución de los 5 párrafos la sistematización del Proyecto del 98, conservando inclusive idénticos títulos. Este último la trataba en el Libro II, De la parte general; Título I, de La Persona Humana, Sección Cuarta, “De la tutela. (arts. 49 a 80) El C.C. la reglaba en el Libro I, “De los derechos de las personas”, Sección II, “De las personas en las relaciones de Familia”: TITULO VII; “De la tutela”

Esta solución es injusta. No tiene en cuenta los derechos humanos alimentarios de personas vulnerables en razón de su edad y en nuestra opinión, se perdió una gran oportunidad de modernizar la regulación del instituto. No cumple con la máxima de fomentar la inclusión de todos, mediante el respeto por los derechos humanos básicos que gobierna el espíritu del Código. Quedó plasmada en los textos como una incómoda “cuasiparentalidad” forzada, a contramano de la historia. A su vez y lo que es peor, confrontando o colisionando con normas de mayor jerarquía. Sencillamente no responde en el punto el Código a la CDN. No se tuvo en cuenta el valor solidaridad, que es dentro de la axiología, supremo en materia alimentaria. Es el fundamento de dicho deber, aquí no enumerado explícitamente. El legislador se limitó a prolongar los silencios de sus fuentes que aquí citamos: el C.C. y los del art. 63 del Proyecto del 98, que pertenecen a otras épocas, menos exigentes en cuanto a los estándares humanitarios tuitivos

III- Incongruencia del novel digesto con el derecho penal:

A su vez se da la curiosidad que la ley penal promulgada el 9 de octubre de 1950 (ley 13.944, art. 2) sanciona el incumplimiento de un deber que la ley civil (hasta la aprobación de la CDN por ley 23.849 (B.O. 22/10/90, ver en el punto siguiente) no consagraba. Precisamente la CDN desde 1994 adquirió rango constitucional (art. 75 inc. 22), circunstancia que jerarquiza el tema aquí tratado. El tipo penal reza que incurre: *“En las mismas penas del artículo anterior, (un mes a dos años o multa de quinientos a dos mil pesos), en caso de sustraerse a prestar los medios indispensables para la subsistencia aun sin mediar sentencia civil, .. inc.c) el tutor, guardador o curador con respecto al menor de 18 años o de más si estuviese impedido, o al incapaz, que se hallaren bajo su tutela, guarda o curatela”*.-

Nótese que en virtud de ésta manda, tendrían deber únicamente de suministrar los “medios indispensables para la subsistencia”, lo que por cierto resulta muy acotado y contraría elementales reglas del sentido común, a la par que agravia a la CDN, que debe prevalecer.

Los tutores no tenían (hasta que la CDN formó parte del ordenamiento jurídico positivo) la obligación civil de solventar con sus propios bienes las necesidades de sus pupilos, pero a partir del discernimiento de la tutela, sí la obligación penal de prestar – incluso de su patrimonio – los medios indispensables para su subsistencia, y siempre que, claro está que tuvieren medios económicos, no los proporcionaran.

Aparecía en los textos del digesto de Vélez Sarfield este deber - derecho relacionándolo con los “cuidados de un padre” para el tutor en el art. 412. Debe *“educarlo con arreglo a su clase y facultades”* (art. 416). Más en la materia que estamos tratando era el juez quien debía previamente a realizarse los gastos – según la importancia de los bienes del menor-, fijar una

suma anual (similar que ahora en el comentado) de las rentas de los bienes del menor que ha de invertirse en su educación y alimentos, que podrá variarse de acuerdo a las nuevas necesidades (art. 423) y si las rentas no alcanzaren, puede autorizar al tutor para que emplee una parte del principal, a fin de que el menor no quede sin la educación correspondiente (art. 427), soluciones seguidas por el nombrado art. 119 con el que encabezamos éste trabajo.

La injusticia es mayor si se piensa que nuestros tribunales si otorgaron derechos alimentarios a los menores de edad sujetos a guarda en más de una oportunidad⁵.

IV- Fuente constitucional del deber alimentario del tutor:

El deber de alimentar al niño, niña o adolescente sujeto a tutela, que espeja un correlativo derecho subjetivo de éste, puesto en cabeza del tutor o tutores viene ordenado directamente de la Constitución Nacional, sin que sea necesaria para forzar su ejecución norma reglamentaria de inferior grado, puesto que el art. 75 inc. 22 elevó como se dijo, a dicho rango a la CDN. Si la letra de la ley contraría la Constitución no debe aplicarse. Si la ley – como en el caso- presenta lagunas, debe ser colmada por otras normas, en éste caso de superior jerarquía, que no sólo tienen plena operatividad, sino que el mismo novel digesto manda a ponderar.

Esta legitimación pasiva queda clara dado que están expresamente mencionados como “representantes legales” en el art. 18, (responsabilidad en la crianza y desarrollo), para lo cual – sin embargo y al igual que los padres -tienen derecho a su vez de exigirles a los Estados que “les brinden apoyo”. Además en el art. 27.2, quedan englobados en la fórmula que los etiqueta como “otras personas encargadas del niño”, y se les impone en tal carácter, el deber alimentario: Ello así pues es de su incumbencia *“la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”* y en esa misión también tienen derechos a recibir colaboración del Estado, ya que estos *“adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.-* Con esas normas y bajo el paraguas del art. 3.1 de la CDN opinábamos que debía interpretarse de esa forma el contenido del art. 412 del C.C anterior: deber de tener en la educación y alimento del menor los cuidados de un

⁵ Solo como ejemplo: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala III • 29/11/2016 • S., V. M. s/ materia a categorizar • DFyP 2017 (abril) , 135 con nota de Paula Gianni • AR/JUR/77344/2016 Quien fue guardadora de un menor debe abonar a este una cuota alimentaria por el mismo plazo por el que ejerció su guarda, pues, si bien no llegó a ser su madre adoptiva, sí ha existido un vínculo socioafectivo que se fue formando a partir de que asumió voluntariamente la obligación de cuidarlo, cuya interrupción ha causado un daño en la vida de aquel, por lo que deber considerada como una “madre solidaria” o “progenitora afín”.

padre y el art. 416: El menor debe ser educado y alimentado con arreglo a su clase y facultades.-

Zannoni era claro describiendo la ausencia del deber en el régimen anterior sosteniendo que *“tratándose de pupilos indigentes – es decir carentes de bienes de capital- y asimismo sin medios para los gastos de educación y alimentos, el tutor puede pedir autorización del juez para exigir de los parientes allegados la prestación alimentaria (art. 428 del CC). A falta de tales parientes el tutor no está personalmente obligado a afrontar los gastos de educación y asistencia pudiendo, con autorización judicial “ponerlos en otra casa” o “contratar el aprendizaje de un oficio y los alimentos” (art. 430). Implícitamente queda establecido que el menor podrá ser enviado a un establecimiento educativo público o privado de beneficencia que asuma la guarda del menor y, congruentemente, los gastos que su educación y subsistencia demanden”*⁶ Borda agregaba que *“sin embargo, para contratar el trabajo o el aprendizaje de un oficio, será siempre necesario el consentimiento del menor”*⁷

Por nuestra parte entendemos preciso contemplarla en la definición de tutela: *que es institución jurídica y social por la cual el ordenamiento jurídico le encomienda como función indelegable a una o más personas capaces y consideradas judicialmente idóneas mediante una serie de deberes – derechos que les impone en algunos ordenamientos como carga pública -, los cuidados integrales - incluyendo la alimentación, y educación- de un niño u adolescente no sujeto a responsabilidad parental. Con esa expresa finalidad lo representa jurídicamente en aquellos actos para los que carece de capacidad y administra sus bienes en la medida que la ley lo establece, prestándole en -cuanto sea necesario y dentro de sus máximas posibilidades- la adecuada asistencia y protección que su condición de vulnerabilidad requiere para alcanzar un pleno y saludable desarrollo físico, psíquico y social, mientras dure su buen desempeño, hasta su mayoría de edad o emancipación o antes, si los padres reasumen jurídicamente sus funciones de las que habían sido privados o suspendidos legalmente.*⁸

V- Algunos contenidos del Derecho Comparado que debieron guiar a la Comisión

Redactora:

En los modernos códigos este deber viene explícitamente enumerado, por ejemplo en el art. 114 del Código del Niño de Paraguay: *“El tutor debe alimentar, educar y asistir al niño o*

⁶ Cfr. ZANNONI, Eduardo A. “Derecho Civil”. Derecho de Familia 2Ed- Actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Capital Federal, 1993, t.2, pags. 819 y 820

⁷ Cfr. BORDA, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989, T. II, pag. 234

⁸ Jáuregui, Rodolfo G. “La tutela en el proyecto” [Cita Online: AR/DOC/2923/2012](#)

adolescente como si fuera su propio hijo...”, *El Código Civil de Brasil* Art. 1.740. Incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor: I - dirigir-lhe a educação, defendê-lo e prestar-lhe alimentos, conforme os seus haveres e condição; II - reclamar do juiz que providencie, como houver por bem, quando o menor haja mister correção; III - adimplir os demais deveres que normalmente cabem aos pais, ouvida a opinião do menor, se este já contar doze anos de idade. Art. 1.741. Incumbe ao tutor, sob a inspeção do juiz, administrar os bens do tutelado, em proveito deste, cumprindo seus deveres com zelo e boa-fé. El Código del Niño Uruguayo la establece expresamente: Artículo 16. (De los deberes de los padres o responsables).- Son deberes de los padres o responsables respecto de los niños y adolescentes A) Respetar y tener en cuenta el carácter de sujeto de derecho del niño y del adolescente. B) Alimentar, cuidar su salud, su vestimenta y velar por su educación. C) Respetar el derecho a ser oído y considerar su opinión. D) Colaborar para que sus derechos sean efectivamente gozados. E) Prestar orientación y dirección para el ejercicio de sus derechos. F) Corregir adecuadamente a sus hijos o tutelados. G) Solicitar o permitir la intervención de servicios sociales especiales cuando se produzca un conflicto que no pueda ser resuelto en el interior de la familia y que pone en grave riesgo la vigencia de los derechos del niño y del adolescente. H) Velar por la asistencia regular a los centros de estudio y participar en el proceso educativo. I) Todo otro deber inherente a su calidad de tal.

VI- Una posible construcción para reglamentar el vacío manteniendo la coherencia del ordenamiento jurídico:

Ante la falta de reglamentación del deber en el Código, proponemos colmar la laguna del derecho siguiendo el camino hermenéutico del mismo instrumento: de acuerdo a sus fuentes (art. 1° del CCCN) y teniendo en cuenta que la ley debe ser interpretada de acuerdo a sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2° del CCCN), siendo que el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada (art. 3° del CCCN)

Por éste camino hermenéutico que consideramos apropiado, se debe sopesar en la solución los principios de la tutela judicial efectiva, (art. 706), en conjunción con el interés superior del niño y el de autonomía progresiva, -también aplicables a la tutela por la remisión del segundo párrafo del art. 104 del CCCN.-

En lo referente a la legitimación activa, estimamos adecuada la aplicación analógica de los contenidos del art. 661 del CCCN (por tratarse de la misma materia alimentaria) o sea que podría ser demandado el legitimado pasivo por el otro tutor o los otros tutores (en el caso que

sean dos o más de dos los tutores designados), el pupilo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada; subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.

También es preciso establecer la subsidiariedad del deber alimentario del tutor— para habilitar la aplicación del CCCN con el que debe compatibilizarse en la medida de lo posible, en cuanto autoriza que demande por alimentos a los parientes obligados a prestarlos con autorización judicial, con lo cual recién cobraría vida dicho deber ante la ausencia de parientes en condiciones de brindar alimentos o cuando los recursos aportados por éstos sean insuficientes. Nótese que ni la privación ni la suspensión de la responsabilidad parental exime del deber alimentario a los progenitores, con lo cual, es lógico interpretar que se trata de una obligación subsidiaria la del tutor.-

En cuanto al contenido de la prestación, también por la misma vía, aplicar el art. 541 del CCCN o sea que comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en las medidas de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Comprende también los gastos necesarios para la educación, dado que se trata de un menor de edad.

VII- Conclusiones:

De lege lata:

a) Por más que se haya derrochado la oportunidad de reglar el deber alimentario del tutor con el correlativo derecho alimentario del pupilo, y modernizar el instituto, éste tiene fuente constitucional (arts. 3, 18, 27 del CDN- 75 inc. 22). Respecto del curador y dada la remisión del art. 139, idéntica solución rige por imperio de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada por ley 26.378 en el año 2008, que por ley Ley 27044 tiene rango constitucional, (arts. 28 y ccs.); en ambos casos, en consonancia con la Ley 13. 944. (art. 2º y ccs.).

b) A tal solución y para compatibilizar los contenidos de fuente convencional con los del CCCN se arriba por aplicación de los arts. 1, 2 y 3; los principios generales de los arts. 104 segundo párrafo, 638 y 706 del CCCN.

c) Dicho deber refleja una ancha legitimación activa o sea que podría ser demandado el legitimado pasivo por el otro tutor o los otros tutores (en el caso que sean dos o más de dos los tutores designados), el pupilo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada; subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público (aplicación analógica del art. 661).

d) Para compatibilizar la CDN con los contenidos del CCCN, el deber alimentario del tutor es subsidiario. Nace cuando los progenitores, y los parientes obligados a prestar alimentos no tengan recursos o éstos sean insuficientes para solventar las necesidades.

e) En caso de hacerse lugar debe adecuarse la prestación *dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño o adolescente*, aplicando el art. 541 del CCCN o sea que comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en las medidas de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Comprende también los gastos necesarios para la educación, dado que se trata de alimentos a favor de un menor de edad.

De lege ferenda: Es necesario agregar un segundo párrafo al art. 119 del CCCN: *“Si no existieren parientes obligados a prestar alimentos o los recursos de éstos son insuficientes para satisfacer las necesidades alimentarias del pupilo, el tutor tendrá la obligación de brindarlos en los términos del art. 541 ya sea en forma total o parcial, coparticipando con aquellos o en forma exclusiva”*

“A tal fin podrá ser demandado por cualquiera de los legitimados por el art. 661”