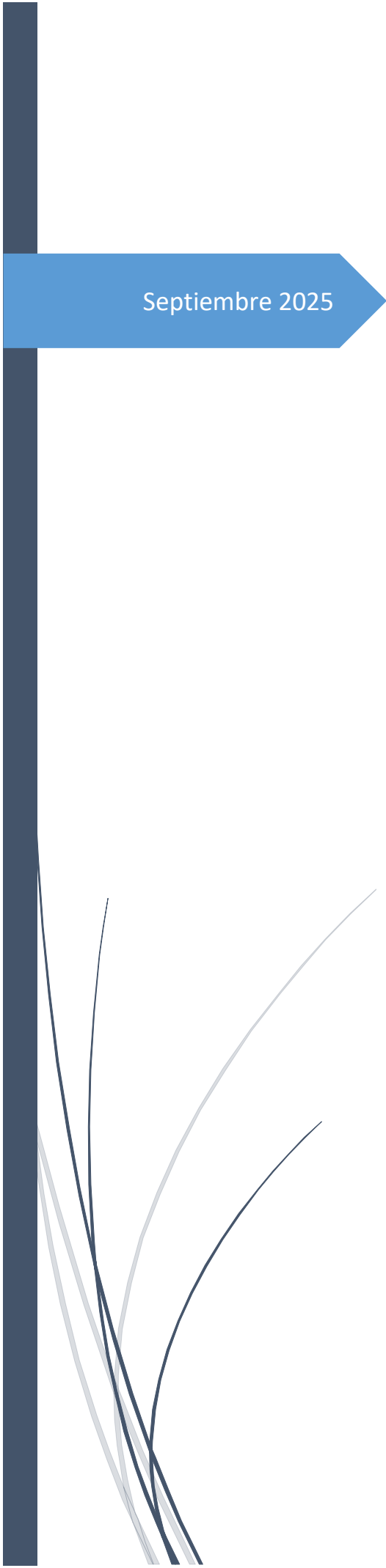


A dark blue vertical bar is positioned on the left side of the page. A blue arrow-shaped banner points to the right from this bar, containing the text 'Septiembre 2025'. Below the banner, several thin, curved lines in shades of blue and grey sweep upwards from the bottom left towards the center of the page.

Septiembre 2025

35 JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

Título: Designación de tutores: la función notarial en colaboración con el órgano judicial

Tema #1: Procesos no contenciosos en sede notarial

Coordinadores: Ángel Francisco Cerávolo y Leandro N. Posteraro Sánchez

Subcoordinadora: Carolina del Milagro Pérez Aranda

Autor: Juan Pablo Anchelerguez Giordano

Contacto: juanpabloanchelerguez@gmail.com

ÍNDICE

Ponencia:	2
Introducción.....	3
Desarrollo	4
I Tutela: Concepto, caracteres, principios y clases	4
II Intervención notarial en los procesos de tutela	6
II a) Requisitos. Conveniencia de la figura.....	6
II b) Forma: testamento o escritura pública.....	8
II c) Control de legalidad	9
II c) 1-Control de legalidad: ¿Quiénes pueden ser tutor? Personas excluidas. .	9
II c) 2-Control de legalidad: Cláusulas prohibidas.	10
II d) Asesoramiento. Cláusulas adicionales	11
II d) 1- Cláusulas adicionales: condiciones.....	11
II d) 2- Cláusulas adicionales: exclusión de ciertas personas.....	11
II c) Comparecencia del menor.....	12
Conclusión.....	12
Bibliografía	13

Ponencia:

- El notariado debe difundir la designación de tutores por escritura pública sin forma testamentaria como herramienta del escribano y propiciar su otorgamiento cuando las circunstancias lo hagan oportuno para que los progenitores manifiesten extrajudicialmente su voluntad, y para abreviar etapas procesales en sede notarial.

Introducción

En la República Argentina se ha ido reconociendo al notario cada vez mayor incumbencia en los procesos no contenciosos. Parte de esta evolución implica que etapas que inicialmente debían realizarse en sede judicial pudieran llevarse a cabo ante el escribano, como ocurre, verbigracia, con la partición privada, adjudicación de bienes por extinción de régimen de comunidad del matrimonio, la división de condominio. Por otro lado existen incumbencias propias de la función notarial en colaboración con el órgano jurisdiccional, como sucede en materia de actas notariales para la preconstitución de prueba.

Todos estos supuestos, si bien no implican sustraer procesos no contenciosos de la sede judicial para que operen en sede notarial, hacen posible que la colaboración que preste el notario o las etapas que este abrevie en su notaría, les quiten cierta carga a los magistrados, para que estos puedan centrarse en los casos contenciosos.

Sin embargo, existen otras facultades que, reconocidas al notario por ley, no se ponen en práctica. El notariado está dejando de lado, no solo un modo de contribuir a la descongestión del aparato judicial, sino posibles soluciones para ciertas situaciones de vulnerabilidad que presentan los requirentes.

Por ejemplo, llega a la escribanía una mujer viuda que dice que tiene una enfermedad grave, y que lo que más le preocupa es que tiene un hijo menor de edad bajo su responsabilidad parental unilateral, y pide asesoramiento respecto de posibles soluciones.

Entonces, una importante alternativa de solución, se encuentra prevista en el artículo 106 del Código Civil y Comercial, que le permite a esta progenitora designar, en vida, a uno o más tutores para su hijo menor de edad que está bajo su responsabilidad parental unilateral¹.

En el presente trabajo se repasará el concepto de tutela y su régimen legal, se abordará la intervención que el escribano tiene en materia de nombramiento de tutores, la forma que impone la ley, las distintas cláusulas que pueden agregarse, el asesoramiento y el control de legalidad que hace el escribano y por último se explicará por qué el notariado debe empezar a poner en práctica y difundir esta herramienta.

¹ CCCN, art. 106

Desarrollo

I Tutela: Concepto, caracteres, principios y clases

La tutela es una institución que según el artículo 104 Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) "... está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental"².

Borda define la tutela diciendo que:

"En 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 a 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"³.

La tutela tiene los siguientes caracteres:

- Tiene función representativa, ya que el tutor es representante legal del menor
- Es protectorio tanto de la persona como de los bienes del menor
- Es subsidiaria, ya que tiene lugar solamente a falta de personas que ejerzan la responsabilidad parental
- Es un cargo personalísimo e intransmisible
- Está sujeta a control estatal
- Es judicial
- Puede ser unipersonal o compuesta⁴

Conforme el reenvío que hace el segundo párrafo del artículo 104 del CCCN, le son aplicables a la tutela los principios de la responsabilidad parental, a saber:

"a) interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del tutelado conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación del tutor en el ejercicio de los derechos del tutelado; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez⁵."

² CCCN, art 104

³ Borda, s.f., como se citó en Pons, 2015, p 220.

⁴ Pons, 2015, p 226

⁵ CCCN, art 104, segundo párrafo; art 639

Como se ha mencionado, la tutela tiene carácter subsidiario, y tiene lugar cuando no haya persona alguna que ejerza la responsabilidad parental. Se debe tener en cuenta el artículo 641 del CCCN que dice que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde en principio a ambos progenitores.

El fallecimiento de uno de los progenitores, o la privación de la responsabilidad parental o suspensión de su ejercicio para uno de ellos no da lugar a la tutela porque, de conformidad mismo artículo 641 en el niño, niña o adolescente continúa bajo la responsabilidad parental unilateral del otro.

El artículo 104 es claro al establecer que la tutela entra en juego cuando no haya persona alguna que ejerza la responsabilidad parental de la persona menor de edad. En concordancia, el artículo 703 dice:

“Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente.”⁶

Las clases de tutela reguladas por el CCCN son la tutela dada por los padres (art. 106), la tutela dativa (art. 107), y la tutela especial (art. 108).

La tutela dada por los padres es aquella que se origina en el nombramiento que cualquiera de los progenitores que ejerce la responsabilidad parental realiza. Puede llevarse a cabo por testamento o por escritura pública y está sujeta a aprobación judicial.

La tutela dativa está prevista en forma subsidiaria, dado que solo procede ante la falta tutela designada por los padres, la imposibilidad de ejercicio por la persona designada, improcedencia de esta o falta de aprobación judicial. Ante cualquiera de estos supuestos, el juez es quien debe designar a la persona que fundadamente considere más idónea.

La tutela especial es aquella que se confiere al niño, niña o adolescente solo para determinados casos que están previstos en el artículo 109, coexistiendo con la responsabilidad parental o la tutela ejercida por otras personas. Por ejemplo, cuando

⁶CCCN, art 703

existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor (inc e), o cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor (inc d), o cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar (inc f); y demás casos enumerados en el citado artículo

Es momento de analizar el nombramiento de tutores por escritura pública, como una intervención del notario en procesos no contenciosos, y por qué es conveniente, tanto para los progenitores, para el niño, niña o adolescente y para contribuir a descongestionar los procesos.

II Intervención notarial en los procesos de tutela

II a) Requisitos. Conveniencia de la figura.

El artículo 106 del CCCN establece que “cualquiera de los padres” puede nombrar para sus hijos menores de edad “tutor o tutores”, siempre, que a) se encuentren en ejercicio de la responsabilidad parental y b) la designación se haga por testamento o por escritura pública.

Esta designación tendrá efectos si el menor queda en la situación descrita en el artículo 104, en cuyo caso, no opera de pleno derecho, sino que requiere de aprobación judicial, siendo competente el juez del centro de vida del menor en los términos de la ley 26061.

Es conveniente que los progenitores hagan uso de la facultad prevista en el artículo 106, porque, si bien no termina el proceso ahí, la escritura que autorice el notario a requerimiento de los progenitores, permitirá abreviar una etapa muy importante en sede notarial.

Además, las situaciones de vulnerabilidad que presentan los requirentes, como la que se menciona en la introducción del presente y que muchas veces son advertidas por el notario en las audiencias preliminares, pueden resolverse mediante una escritura de nombramiento de tutor. Otra ventaja, y que va de la mano con lo antedicho, es que se trata de un acto preventivo, que permite planificar el futuro.

Como se mencionó, ante la falta de tutela designada por los padres, es el juez quien debe elegir al tutor a través del instituto de la tutela dativa. Es conveniente que sean los propios padres quienes elijan al tutor de sus hijos. Quien tenga, no solo la diligencia necesaria para administrar el patrimonio de la persona menor de edad, sino que tenga los valores y los vínculos afectivos que la hagan un tutor idóneo. Si se deja la designación en manos del juez, quizá designe a algún pariente cercano, que no es la mejor opción en todos los casos.

Y es bueno que esa decisión tan importante que toman los progenitores la hagan asesorados por su notario de confianza que puede aconsejarlos acerca de distintas cláusulas que se pueden incluir y cuales no se pueden incluir, de las distintas maneras de instrumentar el acto, que controla la legalidad de ese acto y de sus cláusulas, dándole mayor seguridad.

El tutor puede ser nombrado por cualesquiera de los progenitores indistintamente. El problema de hacerlo de esta manera es que coexistir disposiciones ambos puede haber contradicciones que luego deberá resolver el juez si no son compatibles⁷. Por ello, en caso de que el niño, niña o adolescente se encuentra bajo la responsabilidad parental bilateral, se recomienda instrumentarlo como una única designación de tutor por escritura pública, otorgada conjuntamente por ambos progenitores. En este caso no podrá hacerse por disposición de última voluntad, dado la normativa de orden público que prohíbe el otorgamiento conjunto de los testamentos⁸.

Si el menor bajo la responsabilidad parental unilateral de un único progenitor, por ejemplo, porque el otro ha fallecido, el nombramiento de tutor será otorgado por este.

Es un requisito que al momento de otorgar la designación de tutor, no hayan sido privados de la responsabilidad parental ni estén suspendidos de su ejercicio.

El CCCN se refiere a la extinción, privación y suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental. El artículo 699 establece que la responsabilidad parental se extingue por:

“a) muerte del progenitor o del hijo; b) profesión del progenitor en instituto monástico; c) alcanzar el hijo la mayoría de edad; d) emancipación, excepto lo dispuesto en el artículo 644; e) adopción del hijo por un tercero, sin perjuicio de

⁷ Art 106, tercer párrafo, CCCN

⁸ Art. 2465, última parte, CCCN

la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción; la extinción no se produce cuando se adopta el hijo del cónyuge o del conviviente”⁹.

No se trata de causas imputables al comportamiento de los padres, son simplemente circunstancias de hecho en las que la responsabilidad parental se extingue.

La Privación de la responsabilidad parental, está regulada en los artículos 700 y 700 bis del Código Civil y Comercial y es una sanción hacia los padres que incurren en alguno de los supuestos enumerados en dichas normas, como por ejemplo ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata, abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección o poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo, entre otros.

Existen determinadas circunstancias en que los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, pero se los priva del ejercicio de los derechos y deberes derivados de la misma, como cuando se les declara incapaces o con capacidad restringida, o son condenados a prisión o reclusión por más de 3 años. Esto no impide que, ante el cese de estas circunstancias puedan volver a asumir el ejercicio de la responsabilidad parental.

Por lo tanto, al momento de otorgar el acto es importante que el notario tenga a la vista la partida de nacimiento del futuro tutelado, para acreditar el vínculo. Asimismo, es de buena práctica, en la escritura de nombramiento de tutor que el progenitor o los progenitores declaren bajo juramento que no han sido privados de la responsabilidad parental ni se encuentran suspendidos de su ejercicio.

II b) Forma: testamento o escritura pública.

El nombramiento de tutor puede realizarse mediante testamento o escritura pública. En el primer caso se aplican las normas relativas a las disposiciones de última voluntad, pudiendo elegir cualquiera de las variantes permitidas en nuestro ordenamiento jurídico, que son únicamente dos: el testamento ológrafo o el testamento por acto público. En cada caso se rige por las normas especiales de la modalidad que se elija. Como el testamento por acto público implica una escritura

⁹ Art. 699, CCCN

pública, se le aplican supletoriamente las normas de esta clase de instrumentos públicos.

Si se opta por la escritura pública sin forma testamentaria, no se aplican las normas especiales del testamento por acto público, como por ejemplo la exigencia de los dos testigos.

Cada variante tiene sus ventajas y desventajas, que deben ser ponderadas a la hora de asesorar a los requirentes. La forma de testamento por acto público tiene el beneficio de que, al inscribirse en el registro respectivo tiene mayor publicidad, al igual que el testamento ológrafo. Si bien esta última modalidad es un instrumento privado y el notario no interviene su redacción, lo que es una desventaja, nada impide que el notario, como profesional del derecho, asesore al testador a fin de que el nombramiento de tutor que se incluya dentro del que va a realizar testamento tenga los efectos buscados por el requirente. El testamento por acto público, al contar con la presencia de dos testigos, se le da mayor fuerza al acto.

Por otra parte, si el requirente no tiene intención de otorgar un testamento y simplemente designar un tutor es conveniente la forma escrituraria. Al no requerirse testigos, son menos los comparecientes que tiene que haber para otorgar el acto. Además, en caso de que el menor esté bajo la responsabilidad parental de los dos progenitores, se puede otorgar la escritura conjuntamente, cosa que ya advertimos está vedada para los testamentos. Incluso si tuviera intención de hacer un testamento, considera el autor que es de buena práctica hacer la designación de tutor en un instrumento separado y no como una cláusula dentro del mismo testamento.

II c) Control de legalidad

Conforme el artículo 301, el escribano debe, una vez que recibió las declaraciones de los comparecientes, “calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente”. Simultáneamente a esta calificación se lleva a cabo la legalización, es decir, encuadrar al acto dentro de la norma. En particular, en la designación de tutores, el escribano debe hacer el control de legalidad teniendo en cuenta los artículos 110 y el artículo 106.

II c) 1-Control de legalidad: ¿Quiénes pueden ser tutor? Personas excluidas.

La designación puede recaer tanto en un pariente del menor, como en otra u otras personas que no tiene relación de parentesco con el mismo. No pueden ser tutores

aquellas personas que tengan alguna de las inhabilidades previstas en el artículo 110 del CCCN, a saber:

“a) que no tienen domicilio en la República; b) quebradas no rehabilitadas; c) que han sido privadas o suspendidas en el ejercicio de la responsabilidad parental, o han sido removidas de la tutela o curatela o apoyo de otra persona incapaz o con capacidad restringida, por causa que les era atribuible; d) que deben ejercer por largo tiempo o plazo indefinido un cargo o comisión fuera del país; e) que no tienen oficio, profesión o modo de vivir conocido, o tienen mala conducta notoria; f) condenadas por delito doloso a penas privativas de la libertad; g) deudoras o acreedoras por sumas considerables respecto de la persona sujeta a tutela; h) que tienen pleitos con quien requiere la designación de un tutor. La prohibición se extiende a su cónyuge, conviviente, padres o hijos; i) que, estando obligadas, omiten la denuncia de los hechos que dan lugar a la apertura de la tutela; j) inhabilitadas, incapaces o con capacidad restringida; k) que hubieran sido expresamente excluidas por el padre o la madre de quien requiere la tutela, excepto que según el criterio del juez resulte beneficioso para el niño, niña o adolescente¹⁰.”

“Entre las inhabilidades mencionadas, podemos advertir algunas de orden ético (incs. c, e, f, i, k), referidas a personas inhabilitadas, personas declaradas incapaces o personas con capacidad restringida (inc. j), por razones que no garantizan una buena administración (incs. a, b y d); o porque medien conflictos de intereses entre los representados y los posibles tutores (incs. g y h). Todos estos supuestos generan una falta de idoneidad en la persona que la convierte en inadecuada para el ejercicio de la tutela”¹¹

II c) 2-Control de legalidad: Cláusulas prohibidas.

Además se debe evitar pactar cláusulas prohibidas en la designación de tutor. Según el artículo 106, primer párrafo, oración final “Se tienen por no escritas las disposiciones que eximen al tutor de hacer inventario, lo autorizan a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o lo liberan del deber de rendir cuentas.”

¹⁰ Artículo 110, CCCN

¹¹ Marisa HERRERA et al. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Infojus. Página 234. Comentario al artículo 110 del CCCN

II d) Asesoramiento. Cláusulas adicionales

El asesoramiento hace a la esencia del notariado de tipo latino y es una obligación legal del escribano, normalmente prevista en las leyes notariales y códigos de ética de las diferentes demarcaciones.

En particular, para el caso del nombramiento de tutores se debe asesorar a los requirentes sobre aquellas cláusulas que se pueden incluir, que pueden ser condiciones para el tutor, así como exclusión de ciertas personas.

Todas estas estipulaciones, si se incluyen, deberán luego ser confirmadas o no por el juez teniendo en cuenta el principio de interés superior del menor.

II d) 1- Cláusulas adicionales: condiciones

El nombramiento del tutor puede hacerse de manera lisa y llana o con condiciones, mediante la cláusula “X nombra tutor o representante de sus hijos a C, quien desempeñará la administración y el cuidado del menor, bajo estas condiciones: 1)....., 2)....., 3).....”

Pueden ser condiciones tanto referidas a lo patrimonial como extrapatrimonial. En el primer caso puede establecerse, por ejemplo, que del interés de los bienes del menor se pagarán sus gastos y el sobrante lo invertirán en la adquisición de títulos públicos. En el ámbito extrapatrimonial puede preverse tutelado reciba determinada educación o que asista a un determinado centro.

II d) 2- Cláusulas adicionales: exclusión de ciertas personas.

En muchos casos a los padres, más que la designación en sí misma, les preocupa que cierto familiar termine siendo nombrado tutor por el juez. En ese caso, como cláusula adicional se puede excluir a esa persona, conforme el artículo 110 inciso k que dice que “no pueden ser tutores las personas (...)que hubieran sido expresamente excluidas por el padre o la madre de quien requiere la tutela, excepto que según el criterio del juez resulte beneficioso para el niño, niña o adolescente”¹².

Esa estipulación podría redactarse de la siguiente manera: *A (progenitor), de conformidad con el artículo 110 inciso k) del Código Civil y Comercial, expone que es su voluntad excluir de la función de tutor a B* (con la mayor cantidad de datos

¹² Ídem. Artículo 110, inciso k)

individualizantes). Se puede excluir a una o más personas, lo importante es que estén determinadas.

II c) Comparecencia del menor

Por último, hay considerar el derecho del niño a ser oído. Este principio surge de la Convención Sobre los Derechos del Niño, y es receptado por la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y adolescentes y el CCCN. Este último lo incorpora como un principio general de la responsabilidad parental en el artículo 639, y también es un principio general de la tutela de conformidad con el artículo 104.

El artículo 113 del CCCN establece que el juez, al momento de discernir la tutela debe *oír previamente al niño, niña o adolescente*¹³ y *tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez*¹⁴.

Ahora es importante preguntarse, ¿es conveniente hacer comparecer al menor a la notaría, para oírlo y tener en cuenta su opinión?

Por un lado, si el menor tiene el grado de madurez suficiente para comprender las consecuencias jurídicas del acto, deberíamos dejar que participe. Sin embargo, en ciertos casos podría ser un perjuicio psicológico para el niño, niña o adolescente participar en un acto que prevé el fallecimiento de sus padres. Lo más prudente sería, en el asesoramiento, decirles a los padres que hablen el asunto con el hijo y que consulten su opinión antes de hacerlo comparecer.

Conclusión

Después de todo el análisis expuesto, es evidente el CCCN prevé una herramienta legal que hace posible abreviar en sede notarial una importante etapa de un proceso no contencioso como es la designación de tutor, una herramienta que permite planificar el futuro, mediante la cual se deja expresa la voluntad de los progenitores, ante un notario que asesora, califica y controla la legalidad del acto. Es un deber del notariado difundir esta herramienta y ponerla en práctica cuando las circunstancias lo hagan oportuno.

¹³ Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Ley 26.994. Boletín Oficial N° 32.985, 08 de octubre de 2014. Recuperado de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>. Art 113, inciso a)

¹⁴ Ídem. Art 113, inciso b)

Bibliografía

- Carlos N. GATARI (2011). Manual de Derecho Notarial. Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot
- Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN). Ley 26.994. Boletín oficial N° 32.985, 8 de octubre de 2014. Recuperado de <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>
- Consejo Federal Notariado Argentino. (3 de octubre de 2020). Nombramiento de Tutores, Apoyos y Curadores en Sede Notarial [video]. YouTube. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=OTO1InfpoLo>
- D,ALESSIO, Carlos Marcelo (Dir.). (2015). *Teoría y Técnica de los Contratos, Instrumentos Públicos y Privados, Tomo II*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley
- ESPER, Mariano (Dir.). (2023). *Derecho Notarial Práctico*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Ed. La ley
- Marisa HERRERA et al. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Infojus
- MEDINA, Graciela y ROVEDA, Eduardo Guillermo (2016). *Manual de Derecho de Familia*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Ed. Abeledo Perrot
- PONS, Jorge Herrero (2015). *Práctica Notarial 2: Código Civil y Comercial*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones Jurídicas
- RIVERA, Julio Cesar y MEDINA Graciela (Drs.) (2023). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Tomo I, Artículo 1° a 331*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Ed La Ley.