

Conforme se analizara la escritura pública 38 de fecha 01/04/2017 extendida por el notario [REDACTED] en la que el señor [REDACTED] Domínguez designa a [REDACTED] como tutora de su menor hija, se ha dejado constancia en la escritura, (V. INSERTOS) que: "Requerido al otorgante por la intervención de la [REDACTED] madre de la menor, señaló que esta otorgará escritura pública designando también como tutora a la señora María Remedios López Torres".

De conformidad con lo prescrito por el Art. 503 y 504 del Código Civil se ha prescrito:

"Tienen facultad de nombrar tutor, en testamento o por escritura pública:

1.- El padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad.

(..)

Nombramiento de tutor por uno de los padres

Artículo 504.- Si uno de los padres fuere incapaz, valdrá el nombramiento de tutor que hiciere el otro, aunque éste muera primero."

Por lo expuesto en la citada norma la tutela puede ser otorgada por uno de los padres solo cuando es sobreviviente, es decir, cuando uno de los padres ha fallecido o cuando uno de ellos fuere incapaz, circunstancias de las cuales, no se ha acreditado. Que, en consecuencia, de no darse ninguno de estos presupuestos legales, deberá adjuntar tal como se ha señalado en el inserto que obra en la escritura que nos ocupa, la escritura otorgada por la madre de la menor, en el mismo sentido.

Siendo ello así, sírvase presentar escritura pública en la cual la [REDACTED] madre de la menor, designe como tutor a la [REDACTED] [REDACTED] dejándose constancia que ésta deberá ser de fecha igual o anterior a la de la presentación de este título, por lo efectos legales que se desprenden desde la fecha del asiento de presentación, tal como está regulado por el RGRP.

III.- Base Legal: Art. 503 y 504 del Código Civil Art. 85 del Decreto Legislativo 1049

III. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

El señor Chafloque interpuso recurso de apelación mediante escrito autorizado por él mismo en calidad de abogado. Los fundamentos de la apelación se resumen en lo siguiente:

- Por motivos de fuerza mayor ninguno de los padres puede cuidar de su única hija en común y quien en realidad la cuida y brinda protección es la abuela materna [REDACTED]
- La patria potestad es ejercida por ambos padres, salvo pérdida de la patria potestad por orden judicial; es por ello que en virtud de la facultad que se le otorga como padre para tutelar la integridad de su hija, por imposibilidad, se le ha concedido a la ex suegra y abuela de la niña el cuidado y protección, teniendo en cuenta que el padre no vive con su madre y que ella actualmente reside en Tacna.
- La madre en cualquier momento extenderá el nombramiento de tutor a su madre [REDACTED] con el mismo fin de cuidar la integridad de su hija.

- La ley no niega la posibilidad de extender el nombramiento de tutor de manera unilateral, siempre y cuando ejerza la patria potestad.

IV. ANTECEDENTE REGISTRAL:

No tiene.

V. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES:

Interviene como ponente el vocal Walter E. Morgan Plaza.

Del análisis del caso, a criterio de ésta Sala la cuestión a determinar es la siguiente:

- Si es admisible que solamente uno de los padres nombre al tutor de su menor hija nacida durante el matrimonio.



ANÁLISIS:

1. El Código Civil en su artículo 418¹ prescribe que la patria potestad constituye el derecho y el deber que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores de edad. De esta manera, la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde su concepción y mientras sean menores de edad. Así, la patria potestad es una función reflejo del deber de los padres de educar y mantener a sus hijos y de protegerlos en sus intereses pecuniarios mientras no alcancen la mayoría de edad. En ella están estrechamente conexos los intereses del Estado y de la familia, por lo que la misión encomendada a los padres asume un carácter de importancia social, del que deriva la peculiar naturaleza de orden público que revisten las normas sobre patria potestad, cuyo contenido no puede ser objeto de pactos privados dirigidos a modificar las relaciones, las atribuciones y los efectos y la imposibilidad por parte de los padres de renunciar a ellos conferidos por ley.
2. De acuerdo con el artículo 419 del Código Civil, "(l)a patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disentimiento, resuelve el Juez del Niño y Adolescente, conforme al proceso sumarísimo". ***Este precepto legal es contundente al determinar que ambos padres ejercen la patria potestad durante el***

¹ Artículo 418.- Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.



matrimonio, es decir, no puede uno solo decidir cómo se va a cuidar de la persona y bienes de su hijo menor. Tanto es así que en caso de desavenencia surgida entre ellos debe resolver el juez.

3. En atención a los alcances del ejercicio de la patria potestad es que surge la tutela como una figura supletoria de aquella posibilitando el nombramiento de una persona llamada *tutor*. La tutela, la curatela y el consejo de familia son las instituciones de guarda y protección legal que existen en nuestro ordenamiento jurídico y cumplen la función de amparar la persona y bienes de los menores de edad que no están sujetos a la patria potestad de sus padres (por ejemplo, que hayan fallecido) y de los incapacitados. Estas instituciones se encuentran reguladas en el título II de la sección cuarta del Código Civil sobre Instituciones supletorias de amparo familiar. Es preciso indicar que la tutela se constituye respecto de menores de edad. Por lo tanto, como una institución del Derecho de Familia está formada por un conjunto de derechos y obligaciones que la ley confiere a un tercero para que cuide de la persona y los bienes de un menor de edad que no se halla sujeto a la patria potestad. De acuerdo al inciso 9 del artículo 2030 del Código Civil, incorporado por el artículo 2 de la Ley N.º 29633², se inscribe en el Registro Personal el nombramiento de tutor o curador.
4. Ahora bien, hemos manifestado que la patria potestad la ejercitan ambos padres de consuno durante el matrimonio. Asimismo, que la tutela es una institución familiar supletoria de la patria potestad. En este escenario, ¿quiénes deberán nombrar al tutor? La respuesta cae por su propio peso: los dos padres ejercen la patria potestad para decidir sobre lo mejor para sus hijos y sus bienes, por lo tanto, ambos también deben designar a la persona que será el tutor, vale decir, a quien los sustituirá por completo en sus deberes y derechos de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores (artículo 418 del Código Civil). Sobre el particular es ilustrativa la opinión de Bonnecase, citado por Vásquez García, que define a la tutela así: “es un organismo de representación de los incapaces, que se aplica tanto en materia de minoridad como en caso de interdicción. **Se sustituye a la patria potestad íntegra**; también se aplica cuando se trata de un incapaz sujeto a interdicción judicial o a la interdicción legal.”³ (lo resaltado es nuestro) En consecuencia, queda claro que el nombramiento del tutor

² Publicada el 17 de diciembre 2010.

³ VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. Derecho de Familia. Teórico – Práctico. Tomo II. Sociedad paterno filial, Amparo familiar del incapaz. Jurisprudencia. Editorial Huallaga, 1998, p. 273.

debe hacerse en conjunto por los dos padres que ostentan la patria potestad.

5. De otro lado, el inciso a) del artículo 503 del Código Civil⁴ prevé la facultad de nombramiento del tutor por uno solo de los padres cuando el otro ha muerto. En efecto, la norma señala que “el padre o madre sobreviviente” puede nombrar al tutor, pues obviamente uno de ellos ya no puede hacerlo por fallecimiento. Afianza lo indicado el artículo 504⁵ del mismo código: si uno de los padres fuere incapaz será válido el nombramiento de tutor que hiciera el otro (el capaz). De esto se deduce que si ambos padres son capaces y están vivos entonces deben prestar su consentimiento para nombrar al tutor.
6. En el caso concreto recurrido se desprende del título que el nombramiento del tutor fue otorgado únicamente por el padre y que ostenta la condición de casado con [REDACTED] madre de la menor. Asimismo en el inserto dos de la escritura pública del 01.04.2017 consta que el padre señaló al notario que en su oportunidad la madre designará a la misma tutora, es decir, no se halla en el supuesto de padre sobreviviente y reconoce implícitamente que el nombramiento deben hacerlo ambos. Por consiguiente, se confirma la decisión de la primera instancia, debiendo presentarse la escritura pública que contenga el nombramiento de tutor por parte de la madre.

Intervienen como vocales (s) Rosa Isabel Bautista Ibáñez y Daniel Fernando Montoya López, autorizados mediante la resolución n.º 359-2016-SUNARP/PT de fecha 30.12.2016.

Por las consideraciones expuestas y por unanimidad se adoptó la siguiente decisión:

VII. RESOLUCIÓN

CONFIRMAR la observación formulada al título decretada por la primera instancia, por los fundamentos expuestos en esta resolución.

⁴ **Artículo 503.-** Tienen facultad de nombrar tutor, en testamento o por escritura pública:

1.- El padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad.

2.- El abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima.

3.- Cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciera de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y la cuantía de la herencia o del legado bastare para los alimentos del menor.

⁵ **Artículo 504.-** Si uno de los padres fuere incapaz, valdrá el nombramiento de tutor que hiciera el otro, aunque éste muera primero.



Regístrese y comuníquese.

ROSA I. BAUTISTA IBÁÑEZ
Presidenta de la IV Sala
del Tribunal Registral

WALTER E. MORGAN PLAZA
Vocal del Tribunal Registral

DANIEL F. MONTOYA LÓPEZ
Vocal (s) del Tribunal Registral