

CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA. NOMBRAMIENTO DE TUTOR. INVENTARIO Y FIANZA

Rosa Aragonés Aragonés *

SUMARIO: **I.** INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES. **II.** EVOLUCIÓN HISTÓRICA. 1. Derecho romano. 2. Derecho germánico. 3. Derecho histórico español. A) Sistema gótico nacional. B) Las Partidas. 4. Derecho vigente hasta la promulgación del Código Civil de 1889. A) Anterior a la codificación. B) Codificación española: Proyecto de Código Civil de 1821 y de 1851. Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de 1881. 5. Código Civil de 1889. 6. Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela de 24 de octubre de 1983. **III.** DERECHO COMPARADO. 1. Derecho alemán. 2. Derecho suizo. 3. Derecho italiano. 4. Derecho francés. Conclusión. Examen comparativo general. **IV.** SISTEMA LEGAL. **V.** NORMATIVA DE LA TUTELA. CLASES DE TUTELA. 1. Disposiciones legales. 2. Disposiciones de los padres. A) Naturaleza jurídica. B) Sujetos. C) Objeto, contenido de las disposiciones. a) Nombramiento de órganos: Nombramiento de tutor o curador. Nombramiento de órganos de fiscalización y de las personas que hayan de integrarlo. Constitución de otros órganos: El administrador patrimonial. b) Sobre el ejercicio de la tutela. D) Forma de las disposiciones. E) Eficacia. F) Contradicción entre las disposiciones de los padres. 3. Disposiciones de terceros. Tutor de bienes de la compilación aragonesa. 4. Disposiciones judiciales. 5. Breve referencia a otras figuras. Autotutela. Tutela consular. Tutela regia. **VI.** PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA. 1. Naturaleza. 2. Juez competente. 3. Objeto. 4. Sujetos y Ministerio Fiscal. Defensa y representación. A) Quiénes están sometidos a tutela. Supuestos. B) Quiénes pueden ser tutores. Capacidad. Causas de inhabilidad. Personas jurídicas como tutoras. Orden legal de llamamientos. Tutor único y pluralidad de tutores. C) Funciones del Ministerio Fiscal en relación con la tutela. D) Defensa y representación. 5. Tramitación, fases. A) Iniciación. a) Excitación y promoción de la tutela. b) Medidas previas. B) Investigación. C) Resolución por auto, contenido y recursos. D) Notificación del auto conteniendo el nombramiento de tutor. a)

* Magistrada española.

Obligación legal de aceptar el cargo. b) Excusas: Concepto. Plazo para alegarlas. Procedimiento. Efectos de la alegación de la excusa. Sanción. c) Toma de posesión. **VII. INVENTARIO.** 1. Consideraciones generales. Concepto y finalidad. 2. Sujetos obligados a hacer inventario. Intervinientes. 3. Formación. 4. Depósitos. 5. Plazo y prórroga. 6. Gastos. 7. Incumplimiento o inadecuado cumplimiento de la obligación de hacer el inventario. **VIII. FIANZA.** 1. Consideraciones generales, concepto y finalidad. 2. Procedimiento para la fijación de la fianza. 3. Cuantía. Modalidad. Gastos. 4. Momento en que ha de prestarse. Modificación de la fianza. Extinción. 5. Consecuencias de la no prestación de fianza. 6. Alternativas a la fianza. **IX. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES

El presente estudio tiene por objeto analizar la constitución de la tutela, y en concreto, el nombramiento de tutor, la toma de posesión por el tutor nombrado y la prestación de fianza e inventario.

Se va a interpretar la Ley en el sentido dado por el profesor LACRUZ BERDEJO (1), "desvelando el sentido de sus palabras y a través de él, su operancia y ámbito...", o como señala el profesor LEGAZ LACAMBRA (2), interpretar la Ley con "una justa ponderación de los elementos gramatical –texto literal de la Ley–, lógico sistemático –relación de la norma como el resto del ordenamiento–, histórico-antecedentes y trabajos preparatorios– y finalista –satisfacción de las exigencias de la vida social y los ideales éticos de Justicia–".

Partimos de la consideración de que el concepto de constitución de la tutela es global o integrador, tanto de la designación de tutor, como de la configuración de la *función tutelar*, entendida como aquella función protectora de menores o incapaces, por la que se encomienda, a una o varias personas (físicas o jurídicas), la guarda y protección de su persona y bienes, o sólo de la persona o bienes, la representación de éstos en todos aquellos actos que no pueda realizar por sí mismos, y la administración de su patrimonio, o sólo esta última administración, todo ello en beneficio del menor o incapaz. Siempre bajo la salvaguarda del juez y vigilancia del Ministerio Fiscal.

Con la definición dada de función tutelar, inevitablemente nos hemos inclinado por un concepto amplio de tutela que comprende todas las figuras de guarda y protección (tutor, curador y defensor judicial), deduciéndose ello de los arts. 216 y 220 el Código Civil, que hablan de función tutelar o de cargo tutelar, ello frente al concepto más estricto utilizado en el capítulo II, Título X del Libro I, "de la Tutela".

Pues bien, el ejercicio de la función tutelar, se hace efectivo, a través de las *instituciones tutelares*, que tras la reforma operada en el Código Civil por Ley de 24 de octubre de 1983, son:

— *El tutor*, que podemos definirlo como aquella persona o personas (físicas o jurídicas), que nombradas por la autoridad judicial y bajo la vigilancia y control de ésta y del Ministerio Fiscal, tienen como misión el cuidado y educación de los menores o incapacitados sometidos a tutela, su representación en todos aquellos actos que no puedan realizar por sí solos, y la administración de su patrimonio, o sólo esta última administración.

Es una institución permanente, de actuación habitual o continua y de ámbito general.

— *Curador*, término referido a aquella o aquellas personas (físicas o jurídicas), que bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, tienen como misión la asistencia a menores emancipados, o a los incapacitados y a los pródigos, en todos aquellos actos o negocios que, por determinación de la Ley o de la correspondiente sentencia judicial, no puedan realizar por sí solos (arts. 216, 286 y ss., todos del Código Civil).

Es una función permanente, pero a diferencia del tutor es de ejercicio intermitente, solo supone asistencia para determinados actos y carece de efectos personales.

— *Defensor judicial*. Aquella persona (física o jurídica), distinta del tutor y del curador, que es nombrada por la autoridad judicial para que, bajo el control y salvaguarda de ésta y de la vigilancia del Ministerio Fiscal, represente y ampare, en ciertos casos y con el ejercicio de las facultades que se le hayan conferido, los intereses de los menores o incapacitados (art. 299 del Código Civil).

Función supletoria de tutela o de la curatela, por lo que tiene carácter temporal y/o transitorio.

Aunque no se incluyen en el art. 215 del Código Civil, y por lo tanto no se pueden considerar propiamente como instituciones tutelares, dada su finalidad y objeto, cabe hacer referencia al *administrador de bienes* del art. 227 del Código Civil, 12 de la Compilación Aragonesa y 10 de la Ley Catalana 39/1991 (en esta ley se le configura como un auténtico tutor de bienes).

— Acertadamente, por su carácter de situación extrajurídica, no se enumera en el art. 215 del Código Civil la figura del *guardador de hecho*, a la que hacemos referencia dado su enorme transcendencia práctica, y definimos como "aquella situación transitoria en la que una persona, sin título que la habilite para ello asume la protección de la persona y bienes de un menor o de un presunto incapaz, bajo el posterior control y vigilancia de la autoridad judicial" (arts. 303 y ss. del Código Civil).

— En los derechos forales, encontramos vigente la figura del *protutor*, como órgano fiscalizador de la tutela, arts. 69 a 72 de la Ley Catalana 39/1991 y 18.1 de la Compilación Aragonesa, órgano que es posible instituir en Derecho común a tenor del art. 223 del Código Civil.

Una vez determinadas las instituciones tutelares y las "cuasi tutelares" vigentes en la actualidad, decir que su existencia y su configuración varían, según el *sistema tutelar* adoptado en cada momento histórico o vigente en cada país.

Existen hoy fundamentalmente dos tipos de organización de la tutela: tutela de autoridad y tutela de familia.

El primero se caracteriza porque la organización de la tutela es de orden privado, se funda en la presunción de afecto e interés familiares. El Consejo de Familia, tiene un papel fundamental, sólo por excepción aparecen los poderes públicos.

El sistema de tutela de autoridad confía la alta dirección de la tutela a organismos judiciales y/o administrativos, se asienta sobre el principio de que faltando los padres, sólo el Estado puede hacerse cargo de los menores o incapaces.

Clasificación a la que habría que añadir un tercer sistema, el llamado mixto, puesto que la mayoría de las legislaciones no aceptan un régimen totalmente puro, de modo que aquellas que siguen el sistema familiar admiten ciertas intervenciones de los tribunales,

mientras que otras, a pesar de seguir un sistema judicial, solicitan el parecer de los parientes del tutelado.

Retomando el concepto de interpretación de la Ley expuesto al principio del trabajo, voy a hacer una breve referencia a la estructura de la tutela, tanto en su evolución histórica como en Derecho comparado, ello para encajar en el conjunto y delimitar en consecuencia el sistema tutelar vigente en Derecho español, tras la reforma de la Ley 13/1983, teniendo en cuenta las especialidades de los derechos forales que regulan esta materia de forma más importante (Aragonés y Catalán).

En este análisis, se va a incidir especialmente en lo relativo a la constitución de la tutela, toma de posesión del tutor, fianza e inventario, temas objeto de este trabajo. A efectos sistemáticos, se utilizará la estructura propuesta por SESMA UNZAIZ (3).

II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1. *Derecho romano.*

El Derecho romano estableció y reguló la protección de los "sui iuris" incapaces de hecho (por fallecimiento del pater), por medio de dos instituciones: la tutela y la curatela.

— La tutela: Existió en Roma la llamada "tutela impuberum", aplicable a aquellos que no han llegado a la pubertad, y la "tutela mulierum", aplicable a las mujeres, cualesquiera que fuese su edad; tutela esta última que desapareció en época temprana.

— La curatela: Prevista para la incapacidad por locura "cura furios" y que, paulatinamente, se fue extendiendo a otras situaciones en las que era necesario cuidar un patrimonio (por ejemplo: el de los prodigos, "cura prodigi", el de los púberes que no han cumplido veinticinco años "cura minorum", para proteger los derechos hereditarios del concebido "cura ventris", para cuidar el patrimonio del ausente "curator absentis", etc.).

En el antiguo Derecho romano, la tutela y la curatela aparecen netamente diferenciadas, concretamente, la tutela es más arcaica, mientras la curatela es más reciente; la primera es más familiar y con tendencia regresiva, estribando principalmente la distinción en que la tutela era concebida como un poder o un derecho, más que como instituto protector, con un cariz altruista como la curatela.

En el Derecho clásico adquieren cierta fisonomía común (época justiniana), hasta que en la época romano-helénica, se funden en un mismo instituto.

Por lo que se refiere a la constitución de la tutela-nombramiento de tutor, en los primeros tiempos de Roma, a la muerte de un "paterfamilias", el grupo familiar continuaba unido, formando todas las hijas un consorcio familiar duradero. Las personas que formaban el "consortium" se encargaban del cuidado de los impúberes tanto en la esfera personal como en la patrimonial, por lo tanto, en esta época arcaica, existía una tutela colectiva familiar ejercida por el consortium.

Hereditario y tutor, en los primeros tiempos de existencia del pueblo romano, eran una sola cosa. El heredero era el sucesor llamado a regir la familia en defecto del paterfamilias. Sólo posteriormente, la "potestas" se separó del título del heredero para transformarse en tutela. Únicamente existía la tutela legítima y la testamentaria.

Con posterioridad, se introdujo la tutela dativa (finales del siglo II antes de Cristo), desplazando a la legítima y a la testamentaria, asimilando el régimen de ambas y marcando una tendencia clara a la tutela unipersonal. Por lo tanto en la época clásica, en Roma, nos encontramos con una tutela individual como regla general, normalmente dativa, ya que el

tutor era nombrado por un magistrado, y excepcionalmente con casos de cotutela legítima, testamentaria e incluso dativa.

En cuanto a la curatela, en sus más antiguas formas (*furiosi*, *prodigi*), regulada por las XII tablas, puede ser legítima o dativa (en Derecho clásico no existe una verdadera curatela testamentaria).

2. *Derecho germánico.*

Ya desde su época más antigua desarrolló una tutela para aquellas personas que sin estar sometidas a la potestad (*munt*) marital o paterna, no eran capaces de determinación. En general, estaba prevista la tutela para todos los que no pueden lanzarse a caballo desde un lugar poco elevado (menores sin padre, mujeres solteras, incapaces física o psíquicamente y pródigos).

Sobre la existencia de la curatela en los derechos germánicos, la doctrina está dividida, en contra ROGEL VIDE y a favor DÍEZ PICAZO, LETE DEL RÍO y SANCHO REBULLIDA, entre otros. Para los que admiten la existencia de la figura, la actividad del curador se ceñía a bienes en concreto, o para el cuidado del patrimonio del ausente, del *nasciturus*, de los enfermos e incapacitados.

En Derecho germánico, nos olvidamos de la tripartita clasificación de la tutela en legítima, testamentaria y dativa, pues de una originaria tutela colectiva familiar de la *sippe* (asamblea gestora de los parientes hasta el séptimo grado), se evoluciona hasta la tutela individual ejercida por un miembro de la *sippe*, que actúa como fiduciario de ésta, tutor nato.

3. *Derecho histórico español.*

A) *Sistema gótico nacional.*

Las fuentes visigodas escritas, fueros municipales, fuero viejo y fuero real atribuyen el ejercicio de la tutela a los parientes más próximos "parientes propinarios" (la *Lex Visigothorum*), a la madre, en su defecto o en caso de segundas nupcias, a los hermanos, tíos, primos y en último término, a la persona designada por los parientes en presencia del juez. Sus antecedentes están en la *Sippe* germánica.

Se trata de un sistema de tutela de familia, donde ésta desempeña un papel preponderante, sin intervención de los poderes públicos. Como rasgos más característicos cabe resaltar:

- a) Una sola institución de guarda, desconociéndose la bipartita romana de tutela y curatela.
- b) Se atribuye a los parientes más próximos de forma conjunta. PÉREZ y ALGER.
- c) Desconocimiento de la tutela testamentaria, sólo tutela legítima.

El sistema se reveló insuficiente e imperfecto para la protección del tutelado, lo que motivó su abandono, pasando al sistema de las Partidas.

B) *Las Partidas.*

Fueron, junto con la Ley de Enjuiciamiento Civil, el sistema vigente hasta la promulgación del Código Civil. Son principios básicos de la institución tutelar en las leyes Partidas los siguientes:

- a) Tutela unipersonal, excepcionalmente, podían ser pluralidad de tutores, cuando

había varios parientes dentro del mismo grado de parentesco, aunque en ese caso, el ejercicio de la tutela podría ser asumido por uno de ellos mediante autorización judicial.

b) Distinción entre tutela y curatela (persona y bienes).

c) Reconocimiento de tres clases de tutela: legítima, testamentaria y dativa.

En las Partidas rige un sistema de tutela de autoridad, ya que la tutela se desempeña bajo la vigilancia del juez, no obstante, quedan reminiscencias de la concepción romana de la tutela como un poder total en beneficio exclusivo del tutor, con garantías escasas para el tutelado. Dado que era una regulación mucho más perfecta que la de los fueros, tuvo larga vigencia.

4. Derecho vigente hasta la promulgación del Código Civil de 1889.

A) Anterior a la codificación.

Hasta la promulgación del Código Civil de 1889, el esquema general de nuestro Derecho histórico fue el de las Partidas, por lo que rigió un sistema de autoridad ya que, aunque la gestión de la tutela era asumida por los parientes, el juez controlaba dicha gestión.

B) La codificación española.

Los proyectos de Código Civil de 1821 y de 1851, influidos por el Código francés de 1804, suprimían la dualidad tutela y curatela, unificándolas tal como hacían los antiguos fueros, y trayendo dos nuevos elementos al organismo tutelar, el protutor y el Consejo de Familia. En los citados proyectos, los órganos tutelares son órganos familiares, también los órganos de control y gestión de la tutela.

La justificación para la introducción de este sistema de tutela de familia, se apoyaba sobre múltiples razones, siendo interesantes las palabras de GARCÍA GOYENA al respecto (4): "La sencilla razón dicta que mirarán más por la persona y bienes del menor, los que le tocan más de cerca por los vínculos de sangre; a lo piadoso y moral de esta presunción se agrega, respecto de los bienes, el interés que deben tener por su conservación y fomento los que hayan de tener mayores esperanzas de heredar".

Hasta el Código Civil de 1889, rigió el sistema de tutela de autoridad que provenía de las Partidas, completado en su regulación con las leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881.

5. Código Civil de 1889.

Nuestro Código Civil de 1889, siguiendo la pauta del Proyecto de 1851, e inspirándose en el modelo francés, con una alteración radical de los precedentes, adoptó el sistema de tutela de familia. Se reducen las funciones de la autoridad judicial y se crean a imagen del Código napoleónico –las figuras nuevas de protutor y Consejo de Familia–, unificándose las figuras de tutor y curador.

Al adoptar el sistema de tutela de familia, el legislador español quiso justificar su españolidad, en cuanto "se había descubierto en el régimen consuetudinario del Pirineo aragonés y también de Navarra, la existencia de un consejo de parientes, como institución de carácter judicial, que penetraba en todo el Derecho de familia. No se trataba de una institución extraña" MANRESA (5).

Como dato ejemplificador de la confusión acerca de la naturaleza aborigen o foránea del

Consejo de Familia, es curioso comparar la base séptima de la Ley de 1888, que hablaba literalmente de "restablecimiento" del Consejo de Familia, con la Exposición de Motivos de la Ley de 1889, donde se decía, "siendo nueva esta institución, enteramente desconocida en España".

En este sistema, nos preguntamos cuál es el papel que se atribuye al juez. Autores como ESCOBAR DE LA RIVA señalan que la jurisprudencia "configuró" a la autoridad judicial como verdadero órgano tutelar, evitando los estragos que el excesivo automatismo familiar podía producir en la tutela, en definitiva, el juez estaba presente en el organismo tutelar. Las funciones encomendadas a la autoridad judicial se podrían clasificar en dos grupos: 1) Las encomendadas a los jueces municipales comarcales o de paz: Proceder a la constitución del Consejo de Familia, completar éste cuando se redujere a menos de cinco el número de sus vocales y ejercer la tutela provisional y 2) las atribuidas a los juzgados de Primera Instancia: llevar libros registro de la constitución de tutelas que tengan lugar dentro de su demarcación, inspeccionar las tutelas que funcionen en el partido judicial, conocer de los recursos contra los acuerdos del Consejo de Familia, revisar las cuentas anuales rendidas por el tutor y conocer de la remoción de vocales del Consejo de Familia.

Tampoco quedaba exento de intervenir en la tutela el Ministerio Fiscal, y a él se referían varios artículos.

Las críticas al sistema no se hicieron esperar, en concreto, en palabras de MORELL "no se convoca el Consejo de Familia, sino cuando hay necesidad de vender bienes inmuebles del menor o aprobar alguna partición de bienes en que se halle interesado". Fueron muy pocas las tutelas regularmente organizadas, todo era demasiado complicado y no se protegían adecuadamente los derechos de los menores o incapacitados.

6. Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela, de 24 de octubre de 1983.

La doctrina venía suplicando una reforma profunda del sistema, con división de opiniones acerca del sistema a implantar: unos proponían la adopción de un sistema mixto entre el de familia y el de autoridad, concretamente ESCOBAR DE LA RIBA sugería la creación de un tribunal tutelar, constituido por el juez, el fiscal, el secretario y dos parientes. ESPÍN, abogaba por encomendar una función cuasi familiar a tribunales especializados y sin embargo, DÍEZ PICAZO, defendía el abandono del sistema de tutela familiar a cambio de la implantación de una tutela estatal o pública (6, 7).

Partiendo de que es muy difícil encontrar sistemas de tutela puros, el que se introdujo en el Código Civil con la reforma operada por Ley de 24 de octubre de 1983, se caracteriza por:

— Frente al principio de unidad de guarda anterior, se establece la posibilidad de pluralidad de guarda legal, incorporando junto a la tutela, la curatela y el defensor judicial (art. 215 CC).

— Rige el principio del interés del tutelado (art. 216 CC).

— Se implanta el principio de la variabilidad de la intensidad de la guarda, ya que la procedencia de la tutela o curatela, en el caso de incapacitados, y su intensidad, vendrá dada por la sentencia de incapacitación (arts. 210, 267 y 289, todos del CC.)

— Se adopta el sistema de tutela de autoridad, que se manifiesta:

1. En la supresión del Consejo de Familia, si bien se reconoce a los padres la facultad

de establecer en testamento o documento público notarial "órganos de fiscalización de la tutela y designar a las personas que hayan de integrarlos" (art. 223 CC), cuyas disposiciones vincularán al juez, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa (art. 224 CC); de forma que por esta vía puedan los padres ordenar la intervención familiar en la tutela, supeditado en todo caso a las decisiones de la autoridad judicial.

2. En la concesión a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal de los más amplios poderes, hasta convertir al juez en pieza principal del sistema. Efectivamente, las funciones tutelares están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (art. 216 CC) y la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 232 CC).

Junto a estos principios básicos, hay otros no menos importantes, en concreto, el hecho de que se pueda designar un tutor para la persona y otro para los bienes (art. 236.1º CC), en cuyo caso cada uno actuará independientemente en el ámbito de sus competencias o conjuntamente en ámbitos comunes y formando parte este principio de otro más general, cual es la admisión de la tutela plural (art. 236 CC), además, se admite que las personas jurídicas puedan ser tutoras (art. 242 CC).

Entrando en el examen del *Derecho comparado*; decir, que ambos sistemas de tutela de autoridad y de familia se encuentran en la regulación que de la materia hacen otros países de nuestro ámbito jurídico-cultural.

En concreto, la tutela de familia, fundada de alguna manera en la presunción de afecto y de interés, fue acogida entre otros países, por Bélgica, Italia hasta 1942, España hasta 1983 y Francia, si bien, en este último país, tras la reforma de 1964, se puede hablar de un sistema mixto, al igual que en Portugal desde 1987. Rige también la tutela de familia en algunos países hispanoamericanos. Este sistema está en franca decadencia.

El sistema de tutela de autoridad, basado en la consideración de que solamente el Estado puede asumir la guarda y cuidado de los menores e incapacitados si faltan los padres, fue seguido desde el principio por los Códigos germánicos (alemán, suizo y austríaco), los países escandinavos y las legislaciones anglosajonas (Estados Unidos y Gran Bretaña). Posteriormente, se adoptó en Italia y en España.

Sólo voy a hacer referencia a los países que por su afinidad geográfica, cultural y jurídica, pueden servirnos como parámetro comparativo. Centrándome en el tema objeto de este trabajo, esto es, constitución de la tutela, nombramiento de tutor, fianza e inventario y así, siguiendo a USERO MILLÁN (8), distinguimos:

III. Derecho comparado

1. *Derecho alemán.*

El Código Civil alemán regula de forma separada la tutela de los menores y la de los incapacitados, si bien respecto de esta última se remite con carácter general a las prescripciones de la primera.

La vigilancia de la actividad del tutor (y protutor si lo hay), está encomendada a un Tribunal de Tutelas, que es un órgano del Estado que se beneficia de un órgano administrativo: El Consejo Comunal de Huérfanos. Si durante el ejercicio de la tutela el Tribunal detecta mal cumplimiento de sus obligaciones por parte del tutor, puede imponerle multas (art. 1.837 BGB).

El Tribunal de Tutelas puede crear un Consejo de Familia (arts. 1.858 a 1.881 BGB), lo que constituye exponente de una especie de tutela de familia, aunque muy matizada, ya que

el presidente de ese Consejo de Familia, es el juez de tutelas.

Por lo que respecta a la constitución de la tutela, el tribunal debe instituir la tutela de oficio y nombrar tutor y eventual protutor y Consejo de Familia (cuando proceda), asimismo, aceptará o no las excusas alegadas.

El tutor realizará inventario y lo presentará al tribunal. Si es insuficiente, se ordenará que lo elabore un funcionario o un notario. El tribunal puede pedir garantías o fianza.

El consejo comunal de huérfanos propone las personas aptas para el cargo de tutor, protutor y miembro del Consejo de Familia.

De este sistema tutelar, con relación al nuestro, cabría elogiar la creación de un tribunal especial de tutelas, que por esta especialidad tiene incluso la facultad de imponer multas. En nuestro Derecho, la competencia en materia tutelar, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, que apenas pueden sobrellevar la carga que esta materia supone, con una intervención continua del juez en la tutela y sin poderes coercitivos, salvo remitir el incumplimiento del tutor a la vía penal y/o exigir responsabilidades civiles, lo cual resulta excesivo. Téngase en cuenta por ejemplo, que en la práctica, sólo un cinco a diez por cien de los tutores rinden cuentas anualmente de forma espontánea.

Algunos autores, como GARCÍA CANTERO, han propugnado que la materia de tutela fuera asumida por los Juzgados de Familia, con lo cual tampoco se evitarían los problemas referidos.

Otro aspecto interesante del Derecho alemán, a mi juicio, es la existencia de un órgano administrativo colaborador del órgano judicial. Lo cual, además de medio de auxilio al juez, supone un elemento de enlace entre éste y la tutela que sería de gran ayuda para conocer la realidad de la misma.

2. Derecho suizo.

En el Derecho suizo, la función tutelar corresponde al Estado, que la ejerce a través de lo que el art. 360 CC llama autoridades de tutela, que son:

— Las designadas por los cantones, que son libres para establecer una sola autoridad en un territorio o varias, y para decidir si tendrán naturaleza judicial o administrativa. Además los cantones pueden crear autoridades de carácter consultivo y ciertos órganos auxiliares.

— La autoridad de vigilancia, que también puede ser judicial o administrativa, es el órgano superior que autoriza determinadas actos y resuelve recursos.

— A título excepcional, cabe una tutela privada, donde la función tutelar se ejerce por un Consejo de Familia que actúa bajo el control de la autoridad de vigilancia y que se puede revocar en cualquier momento si incumple sus funciones.

Corresponde a la autoridad tutelar el nombramiento de tutor y el examen de las excusas. Durante el ejercicio de la tutela, envía un representante a hacer inventario inicial de los bienes, ordena el depósito de títulos, objetos o documentos importantes y da instrucciones para la venta de muebles y aprueba la venta de inmuebles.

En cuanto a la autoridad de vigilancia, es la que autoriza y revoca la tutela privada y nombra al Consejo de Familia.

El Derecho suizo regula especialmente la responsabilidad del tutor (arts. 426.a, 430, 454 y 455), mediante un sistema complicado, donde cada miembro es responsable de su cuota parte y, sin embargo el sistema de responsabilidad es en "cascada", de modo que, aun

siendo todos responsables por su cuota-parte, responderán por el siguiente orden excluyente: tutor, autoridad judicial... y en último término cantón. En caso de fraude responden todos directa y solidariamente.

De esta regulación, en relación con la vigente en nuestro país, resaltaría en abstracto (pues la estructura de los órganos tutelares no se acomoda a la nuestra) dos cosas: en primer lugar la posibilidad de crear ciertos órganos consultivos o auxiliares, lo cual sería beneficioso nuestro Derecho y por otra parte, la regulación de un sistema de responsabilidad expresa y especial; en este sentido abogan algunos autores de nuestra doctrina, pues en la reglamentación de la tutela en nuestro Código Civil, no existe una previsión específica, debiendo acudir al genérico 1902, para el tutor y específicamente, arts. 411 y ss., de la LOGPJ para los jueces y arts. 60 y ss., del Estatuto Orgánico de 30 de diciembre de 1981, para el Ministerio Fiscal. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia (arts. 292 y ss.), sin perjuicio del derecho de repetición contra el juez o magistrado art. 296 de la LOGPJ.

3. Derecho italiano.

En Italia, desde 1942 existe un sistema de tutela de autoridad, que el Estado ejerce a través del juez tutelar, órgano de carácter directivo y consultivo, con funciones de control y deliberación.

En el ejercicio de su función, puede reclamar la asistencia de determinados órganos, como la policía judicial o instituciones protectoras de la infancia. Ocasionalmente, intervienen el tribunal tutelar de menores y las tribunales ordinarios.

La constitución de la tutela corresponde al juez tutelar; durante el ejercicio, toma decisiones (ejemplo: venta de una empresa del pupilo o elección de la profesión u oficio que ha de realizar éste) y autoriza algunos actos (ejemplo: aceptar o repudiar herencia). Según la importancia del patrimonio del pupilo fija remuneración al tutor y puede exigirle fianza.

Es el sistema tutelar del Derecho italiano, muy parecido al español.

4. Derecho francés. Conclusión. Examen comparativo general.

A partir de la Reforma de 1964, se abandonó el sistema de tutela de familia y se pasó a un sistema mixto, de autoridad y de familia.

La función del juez tutela la desempeña el Juez de Primera Instancia del domicilio del sujeto a tutela, correspondiendo algunas funciones al "Tribunal de Grande Instancia".

Hay dos casos excepcionales de tutela:

— Si la tutela queda vacante, en virtud del Decreto número 74-930 de 6 de febrero de 1974, corresponderá al Estado, que la confiere al prefecto, y cuando se trate de menores, al director del establecimiento o al notario competente en el lugar de jurisdicción del tribunal encargado del caso. El fiscal tiene como misión elaborar una lista de personas físicas y jurídicas que aceptarían estar encargadas de ejercer la tutela del Estado. Hay una lista distinta para la tutela de la persona, de los bienes, de los menores o de los incapacitados.

— Otra manifestación de la tutela estatal es la tutela de expósitos, que es atribuida al prefecto, que la ejerce a través del director departamental correspondiente. Cuando es posible, éstos son asistidos por el Consejo de Familia.

La gestión de los bienes se encomienda a los tesoreros generales de los departamentos.

Dentro del sistema de tutela ordinaria, aparte de la tutela encomendada completamente al Estado, la organización de la tutela se caracteriza por ser el resultado de combinar órganos estatales y órganos familiares. Así, la designación de tutor no corresponde directamente al juez, sino al Consejo de Familia, cuyos miembros sí son escogidos por aquél (también examina sus excusas), presidiendo el juez dicho órgano.

Respecto de los bienes, si hay ascendiente, descendiente o hermano apto para gestionarlos, el juez puede optar por nombrarlos administradores que quedarán fuera del Consejo de Familia y del alcance del protutor, bajo control directo del juez. Si no hay bienes o son escasos, y el juez constata la inutilidad de la constitución completa de la tutela, puede encargar la gestión de estos bienes al personal administrativo del centro donde esté el tutelado (art. 499 CC).

Las funciones del "Tribunal de Grande Instance", son fundamentalmente las de ser segunda instancia y aprobar o, mejor dicho, homologar el estado liquidativo cuando el Consejo de Familia autoriza la partición de una herencia en nombre del menor (art. 493 CC).

Por último decir que se recoge un principio general de responsabilidad del Estado frente al pupilo ex art. 433 CC.

En relación con el sistema español, resaltaría los siguientes aspectos:

— Merece alabanza el reconocimiento expreso de la tutela de Estado, no limitada sólo para las menores, como prevé nuestro Derecho (art. 172, art. 239, ambos del CC), suscitándose a veces graves problemas prácticos para nombrar tutor a los mayores incapacitados, evitando así la aplicación analógica de aquellas disposiciones previstas para menores. Este punto va a ser objeto de posterior análisis. No obstante, respecto de esta forma de organizar la tutela en Francia, preocupa que quizá quede demasiado al margen del control judicial, crítica, que respecto de la llamada tutela automática estatal de menores en Derecho español, se ha intentado paliar con la reciente Ley 1/1996.

— Es interesante también la figura prevista para cuando el tutelado esté ingresado en un centro (psiquiátrico o geriátrico) y tenga un patrimonio poco relevante. En este caso, no se constituye completa la tutela, sino que se encomiendan facultades de control al personal administrativo del centro.

Esta previsión ofrece una solución muy práctica, para el supuesto concreto de incapaz mayor de edad interno en residencia geriátrica o psiquiátrica pública de por vida, que sólo tiene una pensión y poco más, evitando con ello, los problemas actuales derivados de la práctica judicial frecuente, de nombrar tutor al director del psiquiátrico o del geriátrico.

Como ya se dijo al principio de la exposición, en los países de nuestro entorno, no hay ningún sistema que pueda considerarse puro, prácticamente, todos son mezcla de los llamados de familia y de autoridad.

A modo de conclusión, poniendo en relación, la regulación introducida en esta materia en el Código Civil por Ley 24 de octubre de 1983 y lo expuesto acerca del Derecho comparado, podemos hacer las siguientes consideraciones:

— En nuestro país, se ha optado por un sistema de autoridad, donde el centro es la autoridad judicial (art. 216 CC), pero no se ha creado un tribunal de tutelas especial como ocurre en Derecho comparado (en Alemania existe un tribunal de tutelas, en Italia un juez tutelar...). Ello es independiente de que algunos juzgados (Madrid, Barcelona) hayan asumido competencias exclusivas en la materia, manteniendo la estructura y los medios de

Juzgados de Primera Instancia ordinarios.

— A diferencia de lo que ocurre en Derecho comparado, no se prevé expresamente que la autoridad judicial pueda auxiliarse de entes administrativos, lo que supone un exceso de carga de trabajo para los juzgados. El único auxilio posible es el previsto en materia de tutela de menores desamparados (art. 172 en relación con 239, ambos del CC).

— Como ya se ha dicho, a diferencia por ejemplo del Derecho francés, no se establece con carácter general, que en caso de tutela vacante, ésta sea asumida por el Estado. Concretamente, para menores sería posible a través de la figura del desamparo, tratándose de mayores de edad hay que forzar la Ley mediante interpretación analógica.

— Por último, decir que la doctrina española critica que no existe un sistema de responsabilidad específico para los órganos tutelares (LETE). En este sentido, y sin perjuicio de que tampoco lo considero imprescindible, con reservas, habría que hacer referencia al sistema del Código Civil suizo, con un régimen que aunque completo es complejo.

En Derecho español, se puede acudir a las vías generales de responsabilidad.

— A diferencia de otros Derechos de nuestra órbita jurídico cultural, en el nuestro no se regula expresamente la facultad del juez para resolver los recursos que se interpongan contra los actos del tutor, lo que sería interesante.

IV. SISTEMA LEGAL

El sistema legal vigente en España, respecto de la tutela, entendida ésta en el sentido amplio de función tutelar, es el comprendido en:

— El Código Civil de 1889, con las variaciones introducidas especialmente por la Ley de 24 de octubre de 1983 de Reforma del Código Civil en materia de tutela y por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil.

Precisamente, esta última Ley citada, establece expresamente (Disposición Adicional Tercera) que estas materias, las del título IX y X, salvo la adopción y la incapacitación, se regirán por las disposiciones de la jurisdicción voluntaria (arts. 1.885 y ss. de la LEC), derogando tácitamente los preceptos que aquella Ley dedicaba a la materia.

— En el ámbito de los derechos forales, sólo se va a hacer referencia, por tratar con mayor profusión esta materia, a la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de instituciones tutelares en Cataluña, con la especialidad de que introduce un sistema de tutela de familia para ésta comunidad; también se regula tangencialmente la materia en la Ley 40/1991, constitutiva del Código de sucesiones por causa de muerte en Cataluña.

Además contamos con la Compilación de Aragón, que dedica a este tema el Capítulo I del Título III, arts. 15 a 18.

— Por último, como norma suprema del ordenamiento jurídico, la Constitución Española de 1978, que fija los principios generales que deben inspirar la regulación de esta materia, configurando lo que GARCÍA CANTERO (9), llama marco constitucional de la tutela, que se delimita a través de las coordenadas que forman los arts. 10.1 que reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental, complementado con lo dispuesto en el art. 27, que reconoce el derecho a la educación y el art. 39.1 que obliga a los poderes públicos a asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Este último en sede del Capítulo III, referido a los principios rectores de la política

social y económica.

V. NORMATIVA DE LA TUTELA. CLASES DE TUTELA

Por lo que se refiere al Derecho común, las tres clases de tutela reguladas en la anterior redacción del Código –testamentaria, legítima y dativa–, han desaparecido por haberse alterado sustancialmente su esencia y la directriz al respecto.

Antes de la entrada en vigor de la Ley de 24 de octubre de 1983 de tutela, el antiguo art. 204 del Código, disponía: "La tutela se defiere: 1) Por testamento. 2) Por la Ley. 3) Por el Consejo de Familia".

En consecuencia, tutela testamentaria era la establecida en testamento por el padre o madre para sus hijos menores o incapacitados.

Legítima era la establecida por la ley, mediante orden o preferencia en atención al parentesco con el menor e incapaz y en defecto de la testamentaria.

La tutela llamada dativa, nacía mediante elección del Consejo de Familia, siendo sus caracteres: a) subsidiariedad respecto de la legítima y de la testamentaria, y b) poder recaer en cualquier persona, no había orden de preferencia.

Con la reforma operada por Ley de 24 de octubre de 1983, que afecta a los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil (de la incapacitación, de la tutela, curatela y guarda de menores e incapacitados), siguiendo pautas dominantes en la doctrina y en la jurisprudencia, se implanta el sistema de tutela de autoridad.

Concretamente, en la Exposición de Motivos que se acompañaba en su día al Proyecto de Reforma del Código Civil, enviado por el Gobierno a las Cortes Generales en el año 1981, se puede leer el siguiente expresivo párrafo: "El juez adquiere un papel decisivo, ya que si los padres pueden mediante testamento nombrar tutor, o establecer órganos de fiscalización u ordenar otras disposiciones, éstas no vinculan al juez, si el beneficio del menor o incapacitado exige otra cosa. La autoridad judicial no estará, pues, sometida absolutamente a las disposiciones testamentarias, como no lo estará al orden férreo de la anterior tutela legítima".

Ahora, conforme a la regulación actual en el Código Civil, toda tutela es dativa (CAPEROCHIPI, GARCÍA CANTERO Y LETE), entiendo que refiriéndonos a la delación-nombramiento, no obstante, si atendemos a la procedencia de la vocación-llamamiento, podría mantenerse la clasificación tripartita, y así opina la mayoría de la doctrina, cuya opinión sintetiza LETE DEL RÍO (10):

— Si por delación se entiende llamamiento efectivo hecho a la persona del tutor para que, mediante aceptación, pueda desempeñar el cargo, es claro que en el nuevo régimen de la tutela no existe una auténtica delación y todo lo más hay simple llamamiento o designación no efectiva, como dice SANCHO REBULLIDA, acaso "vocación". Esto es así porque la persona nombrada por los padres (o por quien dispone a título gratuito) no asume el cargo en virtud de aceptación, sino que es necesario nombramiento judicial. La autoridad judicial puede desoír el llamamiento hecho por los padres en beneficio del menor o incapaz.

— La actual designación testamentaria o por documento público notarial, es en cierto modo legítima, ya que se encuentra entre los llamamientos de esta ex art. 234.3 del CC.

— Tampoco es sólo testamentaria, pues a partir de la reforma del Código Civil de 1983, se admite la utilización del documento público notarial.

Solución distinta es la seguida en el ámbito del Derecho foral, concretamente en Derecho catalán y en Derecho aragonés en los que se mantiene, por fidelidad a su tradición jurídica, la antigua delación testamentaria (art. 5, Ley Catalana 39/1991 de tutela e instituciones tutelares y art. 15 de la Compilación de Aragón de 21 de mayo de 1985).

Para evitar la desigual configuración de esta materia en Derecho común y Derecho foral, así como para atender mejor al concepto ya expuesto de constitución de la tutela como mecanismo integrador del nombramiento de tutor y de configuración de la función tutelar, es por lo que adoptamos la terminología más amplia de normativa de la tutela, propuesta por B. GONZÁLEZ POVEDA (11), la cual comprende.

1. Disposiciones legales.

Las disposiciones legales, en general, son vinculantes, tanto para los particulares como para los jueces y tribunales sometidos al imperio de la Ley.

En sede de tutela, atendiendo al sistema legal vigente ya referido, decir que lógicamente rige la misma regla. Por lo tanto, las facultades concedidas a los padres, o a terceros que dispongan de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapaz, además de quedar supeditadas a lo que el juez estime más idóneo para el beneficio del tutelado (último párrafo de los arts. 234 y 235 del CC), deben estar sometidas a lo que la Ley establezca.

Por ejemplo, si los padres establecen en testamento que exoneran al tutor que resulte nombrado de la obligación de hacer inventario, además de que el juez podría dejar sin efecto esta disposición en aras del beneficio del tutelado (art. 224 del CC), devendría ineficaz en sí misma, por contravenir lo dispuesto en el art. 262 del Código Civil.

Por lo tanto, aun teniendo en cuenta los amplios poderes que se confieren al juez a partir de la Ley de 24 de octubre de 1983, hay normas imperativas que son de obligado cumplimiento (ejemplo: realización de inventario por el tutor conforme al art. 262 CC, rendición de cuentas ex art 269.4º CC, la remoción del tutor cuando concurran las causas tasadas, según el art. 247 del CC, etc.).

2. Disposiciones de los padres.

Las disposiciones que los padres pueden establecer en torno a la tutela, vienen reguladas en los arts. 223 a 226, todos del Código Civil.

En el ámbito de los derechos forales, debe hacerse referencia a los arts. 5 y siguientes de la Ley Catalana 39/1991 y arts. 15 y ss. de la Compilación Aragonesa.

La previsión de esta facultad en favor de los padres, nos recuerda a la antigua tutela testamentaria, con raigambre ya en Derecho romano.

En Roma regía la facultad de los padres de designar tutores en dos clases de tutela, así hubo una tutela impuberum testamentaria y la tutela mulierum testamentaria. La persona designada se convertía automáticamente en tutor, y desde el momento en que el testamento entraba en vigor, cabría excusarse, primero con *ius se abdicanti* y luego con *ius se excusanti*.

La tutela testamentaria pasó a nuestro derecho histórico, acogéndola en Las Partidas, que para la delación de la tutela, daban preferencia al tutor designado en testamento.

En el proyecto de CC de 1851 se recogió la institución, confiriendo la facultad sólo a los padres en beneficio de hijos menores.

El Código Civil de 1889 modificó la regulación de la materia, extendiendo la

posibilidad de nombrar tutor testamentario a quien dejase al menor o incapacitado "herencia o legado de importancia".

Tras la Reforma de 24 de octubre de 1983, aunque ya no podamos hablar de tutela testamentaria (así los precitados arts. 223 a 226, se sitúan ahora, bajo el Título IX del Libro II del CC "de la tutela en general" y además el nombramiento puede hacerse también en documento público), lo cierto es que, comparando la antigua y la nueva regulación, ambas se refieren al mismo tema, con una formalidad y justificación idénticas.

Con ingenio, GARCÍA CANTERO entiende que "nos hallamos ante la tutela testamentaria judicial homologada" y que como dice SANCHO REBULLIDA, no habría que hablar de delación en sentido técnico sino, acaso, vocación (12).

Vamos a estudiar los diferentes aspectos de las facultades concedidas a los padres, a la luz de la regulación contenida en los arts. 323 a 326 del CC, con breve referencia a los derechos forales.

A) Naturaleza jurídica.

El art. 223 del Código Civil establece que "los padres podrán en testamento o en documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados."

Esta disposición utiliza indistintamente el término nombramiento y designación, debiendo interpretarse que se trata de una simple designación, luego lógicamente el 234.3º del CC, hace referencia a las personas designadas por los padres. El nombramiento es una facultad exclusiva del juez.

Según GARCÍA CANTERO, esta disposición probablemente constituye la máxima concesión hecha por la reforma de 1983 a la intervención de la familia en la regulación de las instituciones de guarda y protección. Concesión, por otra parte, sumamente razonable pues, en principio, nadie mejor que los padres puede decidir lo procedente respecto de sus hijos.

Para LETE DEL RÍO, la designación que hacen los padres en testamento o documento público notarial constituye un negocio jurídico de derecho de familia, donde la autonomía de la voluntad encuentra su límite en un interés superior, cual es el de protección de la familia y en definitiva de la sociedad. Dicha condición impide determinaciones accesorias de la voluntad, luego, la condición o término se tendrán por no puestos.

No se trata de una condición y por lo tanto no existe prohibición para que el testador, junto a la designación de tutor, en razón de la gravosidad moral y material que implica el cargo, establezca una compensación (mejora, legado...) si el designado acepta el cargo, pues lo que se quiere evitar es el condicionamiento mismo de la designación (ejemplo: se designa tutor a una persona cambio de...). Además esta posibilidad está prevista expresamente en la ley, art. 257 del CC.

En esta clase de negocio jurídico, la representación es inadmisibles, no sólo por su propia naturaleza, tratándose de un negocio jurídico de derecho de familia, sino porque la designación tiene carácter personalísimo.

Es un negocio jurídico unilateral, ya que basta la sola declaración de voluntad de los padres, y no receptivo; según DÍEZ PICAZO, se caracteriza porque gana sustantividad e

independencia, sin estar recibido por un especial destinatario.

Hablaremos de un negocio jurídico mortis causa, si se hace en testamento, ya que entonces no surtirá eficacia hasta la muerte del causante, o intervivos, si la disposición se incluye en documento público notarial.

B) Sujetos.

El art. 223 del CC se refiere a los padres y el 226 del CC, precisa que es condición indispensable que en el momento de adoptar la disposición, ostenten la patria potestad.

El proyecto de Código Civil de 1851 atribuía esta facultad al padre y en su defecto a la madre, en el Código Civil de 1889 se extiende a ambos progenitores, pero si la madre hubiere contraído segundas nupcias, el nombramiento en favor de hijos del primer matrimonio no surtía efecto, hasta que no fuera aprobado por el Consejo de Familia.

Con la Ley de 24 de abril de 1958 se atribuye la facultad al padre y a la madre y así llega la disposición hasta hoy.

El art. 223, habla de padres con carácter general, lo que para la doctrina supone que es indiferente que estén casados o no, con sentencia de separación matrimonial, divorcio o nulidad, y aunque éstas encomienden la guarda al otro cónyuge, también es indiferente la separación de hecho (GARCÍA CANTERO).

Es necesario que cuando se efectúe por los padres la disposición, ostenten la patria potestad ex art. 226 CC, por lo que serán válidas las disposiciones otorgadas antes de la privación o una vez que se haya recuperado la patria potestad, cuando cese la causa que motivó la privación ex art. 170.II del Código Civil.

En Derecho catalán la regla es distinta, concretamente el punto 1º del art. 5 de la Ley 39/1991 exige que los padres no hayan sido privados de la patria potestad antes de la apertura de la sucesión.

Nos preguntamos si el art. 226 del CC, al referirse a la privación de la patria potestad, comprende la privación total y la parcial. En este sentido y siguiendo a SANCHO REBULLIDA, dado que en el artículo (a diferencia del 243.1 del CC), no se habla de suspensión ni de parcialidad, y que es un precepto sancionador, deberá interpretarse restrictivamente, y por lo tanto sólo incluye la privación total, ello sin perjuicio de las amplias facultades del juez al amparo del art. 224 del CC. Esta postura es la seguida por LETE, BROCA MAJADA, y DIEZ PICAZO, matizando ALBALADEJO que el artículo habla de "privación" no de "extinción".

Otra cuestión que surge a la hora de interpretar el art. 223 del CC, es si la facultad contenida en el mismo está prevista también a favor de padres que a su vez sean menores de edad. Ya GARCÍA GOYENA reconoció esta facultad aunque el padre sea menor, porque su patria potestad es plenísima y se presume que ordenará siempre lo más útil para sus hijos. Según CASTÁN VÁZQUEZ, a partir de la reforma de 1983 del CC, la facultad contenida en el art. 223 no es una derivación de la patria potestad, por lo que cabe entender que los padres menores pueden ejercer la facultad allí contenida, si tienen capacidad para otorgar el acto (testamento o documento público) que ha de contener las disposiciones sobre tutela (13).

Otra opinión distinta es la de GÓMEZ OLIVEROS, que entiende que serán válidas las designaciones efectuadas por padres que sean menores emancipados, cuando se efectúen a su vez con la asistencia de sus padres o guardadores.

Me inclino por la interpretación de CASTÁN VÁZQUEZ, añadiendo a sus argumentos que se trata de un acto personalísimo, no enmarcable en ninguno de los actos previstos en el Código Civil, para los que el emancipado necesita consentimientos complementarios o asistencia, arts. 323, 324 del Código Civil.

Respecto de las personas a quienes van dirigidas las disposiciones de los padres, ello ha variado substancialmente a lo largo de la historia, concretamente, como ya se expuso, en Roma, las disposiciones las hacía el pater familias en favor de los impuberus y de las mujeres de la familia; en el Proyecto de 1851 estaba prevista la designación en favor de los hijos menores, extendiéndose a los incapacitados en el Código Civil de 1889. Esta última previsión se mantuvo en la Reforma de 1983.

La doctrina se cuestiona si sería factible que los padres designen tutor para el hijo mayor de edad y capaz, pero que previsiblemente va a resultar incapacitado, y para el caso en que lo sea. A favor se muestran autores como B. GONZÁLEZ POVEDA, GARRIDO Y LETE DEL RÍO, manifestando este último que la validez descansa sobre el argumento de que lo que en último término se pretende, es el beneficio del tutelado, concretamente se remite a la sentencia del TS de 17 de octubre de 1908 que entendió, que el derecho de los padres es absoluto y no limitado, aunque en algunos casos no llegue a tener efectividad hasta que las circunstancias previstas por el que hace la designación, hagan necesario el cumplimiento de lo por él establecido (14). Esta posibilidad se prevé expresamente en Ley Catalana 39/1991, art 5.1.

C) Objeto, contenido de las disposiciones.

El objeto abarca la designación de la totalidad de los organismos de guarda y protección, incluso los establecidos en el régimen derogado, dotando a estos últimos de nuevo contenido, que respete la preeminencia del juez en el actual sistema.

Los padres pueden nombrar curador, por referencia genérica que hace el art. 291 del CC a las normas de nombramiento de tutor, a salvo las limitación impuesta por el art. 292 CC.

Respecto de la posibilidad de que los padres designen defensor judicial, el art. 304 del proyecto de la Ley de 1983, publicado por la fundación general mediterránea, sometía a la normativa establecida para los tutores, las cuestiones atinentes al nombramiento de defensor judicial. Esta previsión falla en el texto aprobado definitivamente como ley. La omisión debe entenderse intencionada, pues si con respecto a la tutela y curatela –art. 291– la Ley prevé que la designación de tutor provenga de los padres (art. 223 CC), de la Ley (art. 234 ídem) o del juez (art. 235 ídem), en cambio el art 300 CC, sólo atribuye al juez la facultad de nombrar defensor judicial.

Las facultades que el art. 223 del CC atribuye a los padres se pueden organizar de la siguiente forma, distinguiendo a efectos expositivos:

a) Nombramiento de tutor y otros órganos.

— *Nombramiento de tutor o curador.* En el art. 223 (en relación con los arts. 224, 234 y 235, todos del CC), no prevé una verdadera delación o nombramiento por los padres, sino mera designación, ello aún cuando la estructura de la Sección II, Cap. II, del título XI, utilice ese término, de ahí que autores como CAPEROCHIPI, GARCÍA CANTERO y LETE DEL RÍO, afirmen que hoy todo nombramiento es dativo.

En las legislaciones forales Catalana y Aragonesa, se trata de una verdadera delación que no puede ser invalidada por el juez (art 15 de la Compilación de Aragón y arts. 5 y ss. de la Ley Catalana 39/1991), concretamente en esta ley se dice expresamente que si no hay

tutor nombrado por los padres, corresponde al juez la designación (art. 11 de L 39/1991).

En la Compilación Aragonesa, el art. 15 dice que la tutela será deferida por testamento o documento público, interpretándose por la doctrina, en atención a los antecedentes, como verdadera delación y no sólo vocación (SANCHO REBULLIDA, MERINO HERNÁNDEZ).

La facultad de disponer que tienen los padres sobre de la tutela comprende no sólo la posibilidad de designar tutor, sino la de excluir a determinadas personas de la tutela. Concretamente, la previsión puede contener la voluntad de que alguna o algunas personas no resulten nombradas tutores (ex art. 245 CC y art. 5.3, Ley 39/1991, en esta última regulación no puede ser alterada por el juez). Es un derecho de veto concedido a los padres, que en Derecho común queda al mejor criterio judicial (arts. 216; 224; 225; 234, párr. 2º; 245, y 246, todos del Código Civil). La resolución judicial ha de ser motivada, y si los padres han justificado la exclusión, la motivación del juez deberá valorar los argumentos de aquéllos.

El problema que plantea esta materia es el de su ámbito de aplicación, en relación con la prelación legal que establece el art. 234 del CC; en concreto, nos preguntamos si pueden el padre o la madre o ambos, excluirse el uno al otro, como tutor de la persona de su hijo. La respuesta varía de unos autores a otros, GARCÍA CANTERO admite la posibilidad, la mayoría de la doctrina no la acepta. Concretamente José Javier HUALDE, entiende que una disposición así sería ineficaz y VENTOSO razona en el sentido de que "si el matrimonio elimina la posibilidad de patria potestad rehabilitada, parece lógico entender que también excluye la tutela de los padres, que en definitiva es una medida protectora de aquellos que no estén bajo la patria potestad, por la propia subsidiariedad de la tutela parece también lógico que los nombramientos que emanen de los mismos, deben estar colocados después de los propios padres".

La exclusión ha de referirse a persona física o jurídica perfectamente identificada, aunque se admiten exclusiones genéricas. Ej.: ascendientes, parientes de una determinada línea, etc.

Junto al derecho de veto a que me he referido, los padres gozan de un derecho de dispensa, concretamente la ley prevé que a los tutores designados por los padres en testamento, no se les aplicarán las causas de inhabilidad de los números 4.º de los arts. 243 y 244 del CC, según el art. 246 del CC, cuando al hacer la designación fueran conocidas por aquéllos y bajo el superior criterio de la autoridad judicial. Con respecto al régimen derogado, se han ampliado las inhabilidades susceptibles de no ser aplicables a los tutores designados por los padres, pero por otra parte se ha producido una restricción, en cuanto que requieren aprobación por el juez.

La exigencia de que la causa de inhabilidad fuera conocida, supone una constancia, luego, es especialmente interesante que al expresar la dispensa, los padres hagan constar el conocimiento previo de la inhabilidad, no conviene una previsión genérica.

En el art. 246 del CC, regulador de la facultad de exclusión de los padres, no se hace referencia al documento público o notarial y sólo se menciona como cauce formal el del testamento. Debe entenderse como omisión involuntaria del legislador y ello por dos razones: porque se aparta injustificadamente de los arts. del contexto (arts. 223, 224, 226 y 245) y además que como no se trata de una norma sancionadora, no debe interpretarse restrictivamente.

— *Establecimiento de órganos de fiscalización de la tutela y designación de las*

personas que hayan de integrarlos. Ello está previsto en el art. 223 del CC. Seguramente el Código debería haber aclarado qué debe entenderse por tales órganos y su composición, funcionamiento, ámbito, etc., máxime si tenemos en cuenta que en el sistema introducido por la Ley de 1983, se confiere tal poder de fiscalización a la autoridad judicial, concretándose en tareas como, inspeccionar, controlar, e incluso limitar las funciones tutelares. En este sentido debe entenderse que fiscalizar significa controlar, auditar, vigilar, pero no asistir o autorizar, por lo que de existir tales órganos se trataría de colaboradores del juez y del fiscal (art. 232 y 233 CC).

Según LETE DEL RÍO (15), lo dispuesto en este artículo es una medida de derecho transitorio, por lo que cabría incluir a los protutores y a los vocales del Consejo de Familia, nombrados antes de la Reforma de 1983, por testadores vivos que no revoquen su testamento.

GARCÍA CANTERO y GÓMEZ OLIVEROS admiten actualmente las figuras de protutor y Consejo de Familia, con la previsión que ya se ha hecho en cuanto a que las funciones que se les encomienden, sean compatibles con las que tras la reforma de 1983, corresponden indelegablemente al juez.

A juicio de GÓMEZ OLIVEROS (16), esta labor de complemento en la vigilancia judicial de la tutela, puede desarrollarse a través de dos caminos: 1º La imposición, por los medios del art. 223 CC, de obligaciones adicionales al tutor (ejemplo: informes previos a actos para los que requiera autorización judicial y 2º Participar (el órgano de vigilancia y control) de la siguiente manera: a) excitando el deber de vigilancia del juez al amparo del art. 232 CC, y b) convirtiendo en requisito previo a la autorización judicial el informe del órgano de fiscalización.

En el ámbito de los derechos forales, concretamente en Cataluña, por Ley 39/1991, se regula esta facultad de los padres con más concreción, en el art. 7º que dice: "1. Los padres podrán establecer órganos de vigilancia y control de la tutela, tanto unipersonales como colegiados. Las funciones conferidas a estos órganos serán complementarias de las que correspondan al juez, sin que, en ningún caso las puedan sustituir. 2. La persona o personas designadas para la vigilancia y control de la tutela, podrán excusarse siguiendo el procedimiento y con los efectos establecidos en el art. 22 de la presente Ley". En dicha Ley, los padres podrán nombrar protutor y excluirlo, si lo nombran, ello vinculará al juez, ya que en virtud del art. 69, se aplican al protutor las normas previstas para el nombramiento de tutor. Acertadamente, el art. 70 describe las funciones del protutor.

En la Compilación Aragonesa, el art. 18.1 regula la figura del protutor.

— Los padres, pueden constituir otros órganos con funciones diferentes a las de control y vigilancia. Concretamente me voy a referir a la figura del *administrador patrimonial*.

Esta facultad de los progenitores tiene su amparo en el último inciso del art. 223 del CC, que prevé "ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de los hijos", también con arreglo al art. 227 del CC, donde se hace una referencia genérica a la persona que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer reglas de administración de los bienes y designar a la persona/as que hayan de ejercitarla, por lo tanto esa persona podría ser no sólo un tercero sino también los propios padres.

Si nos atenemos al tenor literal del Código, arts. 215 y 216, no cabe incluir la figura del administrador entre las instituciones tutelares, en este sentido opina GARRIDO.

En esta línea, B. GONZÁLEZ POVEDA, entiende que cuando del art. 223 del CC hace referencia a la posibilidad de disponer sobre la persona o los bienes de los hijos, se refiere al ejercicio de la tutela, no al régimen organizativo de la misma.

Por su parte, GIL RODRÍGUEZ dice que aunque el Código no prevea una posible administración especial constituida por los padres, al excluirse de la administración del tutor, los bienes o valores que se hallen depositados en un establecimiento (art. 265 CC), parece que no se excluye la posibilidad de una administración especial, según GONZÁLEZ POVEDA, aun en este caso el tutor administra esos bienes depositados (ejemplo: pide informes al banco).

Concretamente en la Ley Catalana 39/1991, se prevé que los padres nombren un administrador patrimonial; el tutor ejercerá el contenido personal de la tutela y el administrador el patrimonial (art. 36). Se trataría de un auténtico tutor de bienes. Incluso en dicha regulación se prevé compatibilidad entre el tutor que administra bienes y el administrador patrimonial, actuando cada uno en la esfera de su competencia (arts. 36 y 39).

b) Reglamentación efectuada por los padres, relativa al ejercicio de la tutela.

Entre otras, cabe que los progenitores realicen las siguientes previsiones:

— Amparándose en la genérica cláusula del art. 223 del CC "ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos", se pueden establecer reglamentaciones en cuanto a los bienes; por ejemplo, normas para la conservación de los mismos, conveniencia de invertir en determinados activos, acudir a la gestión de una determinada entidad bancaria... Respecto de la persona, por ejemplo, establecer que el hijo reciba una determinada educación, que asista a un determinado centro... Estas disposiciones deberán ser confirmadas por el juez.

Expresamente la Ley Catalana 39/1991, en su art. 8º, prevé que los padres puedan establecer un sistema de administración de los bienes de sus hijos.

Pueden los padres hacer otras previsiones, reguladas de forma específica en la Ley, en concreto:

— Disponer que en caso de nombramiento de varios tutores, actúen de forma solidaria, lo que ha de ser confirmado por el juez (art. 237 CC).

En derecho catalán, en defecto de previsión de los padres, la regla general, al igual que en derecho común, es la mancomunidad (art. 35, Ley 39/1991).

— Establecer que en el caso de pluralidad de tutores, el cese de uno de ellos no suponga que la tutela continúe con los restantes (art. 238 CC y 38.2, Ley 39/1991).

— Establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a condición de prestarle alimentos al pupilo, salvo que el juez disponga otra cosa (art. 275 CC).

La Ley catalana, a diferencia del Código Civil, prevé expresamente en su art. 9º, que el testador podrá fijar a los nombrados una remuneración, siempre que el patrimonio del pupilo lo permita, y sin perjuicio del derecho a cobrar lo que corresponda por las labores propias de su profesión.

— Pueden exigir o dispensar de fianza, quedando a criterio judicial su fijación.

D) Forma de las disposiciones.

Los medios de ordenación de la tutela por los padres son el testamento y el documento público notarial (art. 143 del Reglamento notarial).

Son formas ad solemnitatem. En realidad no son formas antagónicas, pues lo más frecuente es que se realice testamento abierto que consta en un documento público notarial.

GÓMEZ OLIVEROS admite el testamento ológrafo y el que se hace en peligro de muerte, así como el marítimo, GARCÍA CANTERO entiende que si se trata de testamento ológrafo que se otorga en peligro inminente de muerte, la validez de la designación se supedita a que se eleve a escritura pública (17).

Cabe que el testamento, sólo contenga la ordenación de la tutela, así opinan VENTOSO y LETE DEL RÍO.

En cuanto a la capacidad, es dudoso que pueda nombrar tutor el loco en intervalo lúcido ex art. 665 del CC; a favor de esta posibilidad, estaría que el citado artículo no pone límites, en contra, que en la práctica resultaría inviable, pues lo más probable es que el otorgante esté privado de la patria potestad, ex 226 CC.

En caso de revocación del testamento, nos preguntamos si ello afectaría al nombramiento de tutor. CAPEROCHIPÍ y GARCÍA CANTERO dicen que no, por interpretación analógica del 741 CC. ROGEL VIDE entiende que es en supuesto distinto, además puede ocurrir que el padre haya perdido confianza en el nombrado. Tesis esta última que comparto.

La introducción de la posibilidad de que los padres utilicen el documento público notarial para hacer la designación, es una novedad de la Ley 13/1983. LETE DEL RÍO entiende, que su introducción en el Código Civil, se debió al azar parlamentario, ya que en el proyecto de 11 de enero de 1983 y texto de 25 de mayo de 1983, aprobado por el Congreso sólo se acogía el testamento, pero en el Senado, Alianza Popular introdujo dos enmiendas: La autotutela y la posibilidad de efectuar la designación en documento público. No se aprobó la primera enmienda y sí la segunda, introduciéndose la posibilidad del documento público en los arts. 223, 225, 236 4º y 245 del Código Civil.

En Derecho comparado, recogen esta posibilidad el Código Civil italiano y el francés.

Desde el punto de vista notarial, hubiera sido más correcto hablar de instrumento público o escritura pública, siendo más correcto este último término que excluye el acta notarial. Quizá se haya utilizado esta expresión por identidad con la terminología utilizada para los contratos (GÓMEZ OLIVEROS, GARCÍA CANTERO, VENTOSO).

El contenido puede ser directo, "escritura de designación de tutor" o indirecto, "disposición complementaria en escritura de donación"; es decir, como exponen GÓMEZ OLIVEROS y BROCA MAJADA, no expresa el art. 223 del CC que haya de tratarse de documento notarial autónomo, lo más frecuente es que se inserte la previsión de los padres o del tercero (art. 227 del Código Civil), en una escritura de donación o en capitulaciones matrimoniales.

Como ventajas del uso de documento público frente al testamento, cabe destacar:

— Pueden otorgarlo los dos padres, con lo cual será fácil armonizar sus disposiciones, en este sentido PÉREZ SAHUQUILLO. El testamento no se puede otorgar conjuntamente, salvo en los derechos forales que admiten el testamento

mancomunado.

— Además, puede producir efectos en vida de los padres, lo que no ocurre con el testamento. Éste fue uno de los argumentos esgrimidos para obtener su aprobación en las Cámaras, concretamente ante el pleno del Congreso por el diputado DURÁN CORSANEGRO, que añadía a este razonamiento que "en materia de solemnidades, el testamento ológrafo tiene menos requisitos formales que un acto intervivos", por lo que concluía que no podía haber escrúpulos para aceptar una enmienda en esta materia.

Ya en el Senado, estas razones fueron esgrimidas por el senador RAIGADA, que no obstante reconoció los problemas derivados de su publicidad (18).

En situación normal, el documento público notarial no testamentario sólo producirá efectos desde la muerte del otorgante, y hasta entonces será revocable. Sin embargo, en el supuesto de incapacidad de los padres designantes, extinguida la patria potestad y no concurriendo muerte, no puede abrirse la sucesión testamentaria, por lo que la designación hecha en testamento no surtirá eficacia. Sí la tendrá, sin embargo, lo hecho en documento público notarial. LETE y ROGEL VIDE entendían lo mismo para el caso de ulterior pérdida de la patria potestad.

Como aspecto negativo, el documento público notarial adolece de falta de publicidad. Habría que acudir al protocolo notarial, a diferencia del testamento que tiene acceso al registro de actos de última voluntad, que es de fácil consulta (19). Nadie conocería la disposición, por lo cual podrían quedar inoperantes. Igualmente la falta de publicidad afectaría a la ulterior revocación, quedando, en caso de aplicar lo contenido en el primer documento, conculcada la voluntad del progenitor del menor o incapaz; por ello, en caso de efectuar una disposición de este tipo, es conveniente comunicarlo a terceras personas, próximas al tutelado (BROCA MAJADA).

A la vista de lo dispuesto en el art. 223 del Código Civil, parece que se equiparan, en cuanto a su eficacia, el testamento y el documento público notarial, sin embargo, si examinamos otros artículos del Código Civil, se puede deducir que el legislador quiere primar al testamento; en concreto, se concede igualdad de efectos en los arts. 223, 225, 226, 236.4 y 245 todos del CC y únicamente efectos al testamento en los arts. 234.3º, 237.1º, 246, 257 y 275 todos del CC. Los autores dan diferentes explicaciones para estas divergencias, concretamente MAJADA, entiende que no puede sostenerse siempre, que la omisión del término documento público en la ley sea premeditada. Si se lleva a cabo una interpretación literal de las normas, llegaríamos al absurdo, por ej. se pregunta dicho autor, ¿qué haríamos con el art. 234 del CC, cuando tuviéramos un tutor nombrado en documento público?, en este caso, como en otros, hay que entender que se trata de un "lapsus" del legislador.

Otros autores como PÉREZ SAHUQUILLO o CASTILLO sostienen que, con carácter general, debe dispensarse el mismo trato al testamento que al documento público notarial.

DÍEZ PICAZO, con acierto, explica el porqué de estas divergencias: a última hora en el Senado se admitió el Documento Público Notarial, pero no se corrigieron adecuadamente los preceptos del Código Civil.

E) Eficacia.

La eficacia de las disposiciones efectuadas por los padres se determina en el art. 224 del Código Civil. En los derechos forales se sigue un sistema distinto.

El art. 224 del CC establece que las disposiciones de los padres "vincularán" al juez. Al respecto GARCÍA CANTERO (20) entiende que "la expresión significa que las disposiciones son jurídicamente eficaces, pero no por sí mismas, pues deben ser homologadas por el juez, el cual puede denegar el reconocimiento, si el beneficio del menor o incapacitado exige otra cosa".

Entiendo, con la mayoría de la doctrina, que estamos ante una eficacia legal condicionada. Lo que vincula es el beneficio del menor o incapacitado, se trata de un control judicial destinado a proteger ese sagrado interés. Según CASTÁN, la regla general debe ser que el juez acepte las disposiciones de los padres, la excepción que las rechaze. Puede ocurrir que el juez las acoja parcialmente (por ejemplo: designado por los padres un tutor para la persona y otro para los bienes, el juez solo nombre a uno de ellos).

Nos preguntamos, qué debe entenderse por beneficio, teniendo en cuenta que ha de valorarse siempre el beneficio presente y, en la medida de lo posible, el futuro (por ejemplo: ajustando bien el standard de vida del tutelado, para que no tenga carencias el día de mañana). ALBADALEJO describe el ámbito en el que se tiene que mover el juez, y entiende que no se trata de lo más conveniente o lo mejor sino de lo necesario.

DÍEZ PICAZO resume acertadamente y con sencillez qué ha de entenderse por beneficio, así, desde el punto de vista económico, es beneficioso lo que produce mayor riqueza y desde el punto de vista pedagógico, lo que supone más valores espirituales.

Si el juez no acepta totalmente las disposiciones de los padres, deberá exponer sus razones en resolución motivada, que según BROCA MAJADA ha de tener forma de auto.

F) Contradicción entre las disposiciones de los padres.

Es antigua la cuestión acerca de la preferencia entre las disposiciones del padre y las de la madre, en el caso de que ambos las hayan hecho y sean contradictorias.

El Código Civil, en la edición reformada de 1889, daba preferencia a las disposiciones del padre, en concordancia con la preferencia que en aquella regulación tenía para el ejercicio de patria potestad. El art. 154 de la Ley de 24 de abril de 1958, modificó el art. 209.1º del CC y pasó a discernir el cargo "al designado por aquel de los padres que hubiere ejercido últimamente la patria potestad".

La Ley 13/1983 modificó nuevamente el sistema, procurando concordarlo con el que para el ejercicio conjunto de la patria potestad regula el actual art. 156 del Código Civil; así el nuevo art. 225 del CC, dice "cuando existieren disposiciones en testamento o en documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado".

Esta disposición es un exponente claro de que para el legislador, la patria potestad es la institución principal y la tutela es subsidiaria, por ello existe un gran paralelismo en la regulación de ambas.

La cuestión es que, como tantas veces se ha dicho, en una "sociedad" de dos (padre y madre), no es posible aplicar el sistema democrático de mayorías, pues sólo caben dos posibilidades, la unanimidad o la discordancia.

En el caso de concordancia, se aplicarán conjuntamente las disposiciones, en caso de

discordancia, el juez aplicará la más conveniente para el tutelado, incluso podría prescindirse de todas ellas, ignorándolas en beneficio del pupilo, todo ello motivadamente, en virtud de lo dispuesto en el art. 224 Código Civil.

Lo lógico es que el desfase se produzca en caso de separación de hecho o de derecho de los padres, divorcio o cuando uno de los padres que dispuso fallece mucho antes que otro. En este caso, tendrían preferencia en caso de contradicción, entiendo, las otorgadas por el último que ejerció la patria potestad, concretándose en la resolución que al efecto dicte el juez, que se da prioridad a las segundas, por ser más acordes a la situación actual del pupilo.

El criterio expuesto que prima la cercanía en el tiempo de la disposición, ha sido acogido por la legislación catalana expresamente en el art. 6 de la Ley 39/1991 "se discernirá el cargo de tutor al designado por aquel de los padres que ejerció últimamente la patria potestad".

Por el contrario en la Compilación Aragonesa, no se establece ningún criterio de selección, sino una disposición genérica art. 16.1 "la junta de parientes o, en su defecto, el Juez de Primera Instancia, elegirá el más idóneo para el cargo". Idoneidad, que ha de entenderse no sólo en el sentido de aptitud sino también en el de disposición para ejercer el cargo (MERINO HERNÁNDEZ).

3. Disposiciones de terceros. Tutor de bienes de la compilación aragonesa.

El título de este apartado quizá no sea el más adecuado desde el punto de vista técnico jurídico, ya que junto con gran parte de la doctrina, entiendo que el disponente a que se refiere el art. 227 del CC, no sólo es el extraño (tercero), sino que también puede ser un pariente y más específicamente, el cónyuge e incluso, los padres. A modo de justificación diré que lo que pretendo remarcar con este título, es que pueden efectuar disposiciones sobre la tutela, extraños no parientes, con el único requisito de que dispongan de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapaz.

La regulación de esta materia viene dada por el art. 227 del Código Civil. Esta disposición tiene su precedente en el art. 207 del CC, con diferencias que son: a) antes se permitía al tercero el nombramiento de tutor, ahora sólo a los padres les está facultado; b) antes se exigía que se tratara de "herencia o legado de importancia", ahora sólo es necesario que se disponga de bienes a título gratuito, y c) el disponente puede serlo por actos inter vivos o mortis causa, antes sólo por la segunda vía.

En Derecho comparado existe también esta posibilidad, concretamente se prevé en Derecho alemán, donde el testador o el que confiere bienes a título gratuito, puede sustraer la administración de estos bienes al tutor y conferirla a un curador. También se prevé que se puedan establecer instrucciones vinculantes, de las que sólo se puede apartar el tutor con aprobación del Tribunal de Tutelas o consentimiento del donante. En el Derecho italiano se prevé que el haga donación o disponga por testamento en favor de un menor o incapaz, nombre un curador para administrar esos bienes.

En cuanto al Derecho foral, esta figura se prevé en la legislación catalana, concretamente en el art. 10 de la Ley 39/1991 de tutela e instituciones tutelares y en los arts. 65 y 66 del Código de Sucesiones por causa de muerte (Ley 40/1991 de 30 de diciembre).

En la Compilación Aragonesa viene regulada esta materia en los arts. 12.1 y 13.1 y 2. Históricamente la administración de los bienes del menor constituía una forma de tutela

ad bona ejercida por el padre o la madre, pero que también podía corresponder a otras personas; de modo que quien se encuentra bajo la autoridad de los padres, puede tener un tutor o administrador respecto de ciertos bienes. La administración de bienes perdura hasta los catorce años, después, sólo si el menor de dieciocho años no vive de forma independiente de sus padres, y con las limitaciones derivadas de ser él y no sus padres, quienes celebran los contratos que excedan de mera gestión, consideraciones trasladables a la tutela.

Vamos a entrar en la valoración de la figura jurídica que contiene el art. 227 del CCivil que dice "el que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o un incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador, corresponderán al tutor".

Disponente puede ser cualquier persona, pariente o extraño, por actos intervivos o mortis causa; a estos efectos, debe tenerse en cuenta el nuevo art. 271 n° 4 (redactado por Ley 1/1996) en relación con los arts. 624 y 625, todos del Código Civil.

En cuanto al administrador, para la profesora ROCA TRÍAS, no se trata de un tutor de bienes porque no es un representante legal; se trata de sustraer a quien la ostenta (la representación), la administración de bienes heredados o donados al menor o incapaz. Tiene que tener capacidad de obrar y según GONZÁLEZ POVEDA, podrán aplicarse analógicamente las reglas de inhabilidad y remoción del tutor.

En el artículo que comentamos, se prevé que además de nombrar administrador, el disponente pueda establecer reglas para la administración de los bienes, facultades que puede utilizar separadamente. En concreto decir, que si se establecen por el disponente reglas especiales para los bienes dejados a título gratuito, pero no se nombra a nadie para administrar esos bienes, con base al inciso final del art. 227 del CC, la facultad de administrar corresponderá al tutor. Pero si, por el contrario, se excluyen algunos bienes de la administración del tutor, el juez designará administrador [LETE DEL RÍO (21)].

A la hora de concretar el contenido, o mejor dicho, las facultades de que goza el administrador nombrado al amparo del art. 227 del CC, no es pacífica la doctrina. Especialmente, la polémica surge ante la cuestión de si el administrador de bienes tiene facultades de extraordinaria administración e incluso de disposición.

LETE DEL RÍO entiende que el art. 227 del CC no impone ningún límite; se trataría de un tutor ad hoc, que administra bienes concretos y determinados, sobre los que se constituye un patrimonio separado, sobre el que, en lo no previsto, se aplicarán las reglas de la tutela. En apoyo de su argumento dice que a esta persona se le podría nombrar tutor de bienes, por lo que, quien puede lo más, puede lo menos.

En esta línea, otros autores como URIBE Y DE LA PRADA o PÉREZ SAHUQUILLO entienden, sobre la base de lo que dispone el art. 164.II.1° del CC "se cumplirá estrictamente la voluntad del donante", que el administrador podrá realizar actos de ordinaria y extraordinaria administración, sin necesidad de autorización judicial. BROCA MAJADA y VENTOSO están a favor de concederle facultades de disposición sin la necesidad de pedir las autorizaciones previstas en los arts 271 y 272 del CC (reformados por Ley 1/1996).

Para CASTÁN y GARCÍA CANTERO, el extraño sólo está facultado para constituir un simple organismo de administración de los bienes transmitidos a título gratuito, habrá que estar a las facultades concedidas por el disponente. Otro argumento a favor de esta tesis, es

que en el art. 227 del Código Civil se dice que las facultades no conferidas corresponderán al tutor, expresión amplia cuando el legislador podría haber dicho por ejemplo, las facultades que excedan de la simple administración, corresponderán al tutor. Además debe tenerse en cuenta que es llamativo que en los Derechos Forales, especialmente en el Catalán y en el Aragonés, se configure al administrador que designa el que disponga de bienes a título gratuito, como un auténtico tutor de bienes.

Por contra, ROGEL VIDE, estima que con la postura expuesta, se conferirían al administrador facultades que ni los padres ni los tutores tienen. Para GÓMEZ OLIVEROS, las competencias del administrador irían dirigidas a la administración, correspondiendo al tutor la representación y por lo tanto la facultad de disponer. Para este autor el administrador tendría intervención mediante informe, en el trámite de concesión de la autorización judicial al tutor.

En cuanto a la efectividad de estas disposiciones, y concretamente, si están sometidas al control judicial, también encontramos posturas distintas entre los autores. Estamos de acuerdo con SAURA, en el sentido de que falta en este punto un artículo similar al 224 del CC, concediendo facultades al juez para dejar sin efecto el nombramiento o las reglas de administración, si el beneficio del menor lo exige, inclinándose este autor porque excepcionalmente y por medio de resolución fundada, se pueda llevar a cabo este control. Sigue este criterio ROGEL VIDE. En este punto, recordar que el principio, o uno de los principios inspiradores de la reforma de 24 de octubre de 1983, es el del beneficio del tutelado.

Sobre el control judicial sobre la actuación del administrador, GÓMEZ OLIVEROS sostiene que en todo caso el administrador estará sometido a la vigilancia del juez, debiendo rendirle cuentas. GARRIDO, por el contrario, se opone al control judicial del administrador.

En Derecho catalán la cuestión se ha resuelto a favor de la no necesidad de control, aplicando la voluntad del causante, art. 66, Ley 40/1991 de 30 de diciembre. La Compilación Aragonesa sigue el criterio del control doble, de la junta de parientes o del Juez de Primera Instancia, pronunciándose expresa y claramente en un punto tan conflictivo.

Tutor de bienes en la Compilación Aragonesa.—En el Derecho aragonés, se establece expresamente que el que dispone de bienes a título gratuito, puede nombrar un administrador con facultades de disposición y sometido a las mismas formalidades y limitaciones que el tutor (art. 16 de la Compilación, modificado por la Ley 3/1985). No se deduce claramente del texto, pues a la vista del artículo citado, parece que la Comisión Codificadora no se atrevió a utilizar el término tajante de tutor de bienes y lo admitió veladamente por respeto a la tradición histórica Aragonesa. En este sentido, la mayoría de la doctrina, amparándose quizá en la antigua tutela ad bona aragonesa, sostiene que en Aragón el tercero puede nombrar un tutor de bienes y no sólo administrador (MERINO HERNÁNDEZ).

Además, se establecen reglas especiales para la disposición de bienes del menor de catorce años, art. 13.1 y 2 de la Compilación.

A la vista de la regulación, no cabe duda que el administrador aragonés, deberá pedir autorización judicial con arreglo a los arts. 271 y 272 del CC, que si se excusa, perderá lo dejado en consideración a su nombramiento (art. 257 CC), deberá hacer inventario y perderá los créditos que no incluya en el mismo (art. 266 CC). Más dudas plantea la

obligación de prestar fianza. Pues deberíamos considerarla como una limitación o formalidad impuesta al tutor, siguiendo el espíritu de la Ley, también se le debería exigir.

Entendemos que además serán aplicables a este tutor de bienes las causas de inhabilidad y las reglas de la remoción reguladas en el CC. También podrá excusarse.

4. Disposiciones judiciales.

Quiero empezar este apartado reproduciendo unas palabras de O'CALLAGHAN, "la autoridad judicial no es un órgano de la tutela ni una institución, sino la autoridad pública e independiente, que detenta la facultad de control de la tutela por medio de actuación directa (en la constitución y nombramiento de tutor) y de actuación indirecta (en el ejercicio de la tutela)".

Vemos cómo las facultades judiciales en materia de tutela son amplísimas, ello en concordancia con el cambio de sistema tutelar de familia al de autoridad, operado por la reforma de 1983.

Por lo que respecta al tema objeto de este comentario, siguiendo al profesor SERRANO ALONSO (22), decir que el juez interviene:

- a) En la promoción y constitución de la tutela ex art. 228 del Código Civil.
- b) En la elección de tutor, concretándose en este punto las facultades en los siguientes aspectos: 1) Alterar el orden o incluso prescindir de todas las personas nombradas en el 234 del CC; 2) Designar a la persona más idónea (art. 235 CC); 3) Cuando existan varios tutores nombrados, decidir que actúen solidariamente, y 4) Cuando se nombre tutor para varios hermanos, decidir que el cargo recaiga sobre la misma persona.
- c) Control de la idoneidad del tutor: 1) resolverá sobre causas de inhabilidad (arts. 243 a 245 del CC); 2) Decretará la remoción del tutor que incurra en causa de inhabilidad o se conduzca mal en el desempeño del cargo, siguiendo trámites de los arts. 248 y 250 CC y 3) resolverá sobre la procedencia de las excusas, arts. 251 y 258 CC.
- d) Dará posesión al tutor nombrado conforme al art. 259 del CC, y decidirá si: 1) le exige o no fianza y, en su caso, cuantía y modalidad; 2) modifica o deja sin efecto la garantía, y 3) dirigirá la formación de inventario, fijando plazo o la ampliación del mismo.
- e) Concederá la autorización para realizar determinados actos del tutor (arts. 271 y ss. del CC).
- f) Fijará retribución del tutor (art. 274 CC) y puede prohibir que el tutor haga suyos los frutos que produzcan los bienes, cuando esto fue previsto por los padres, ello mediante resolución motivada.
- g) Al finalizar la tutela, el juez recibirá la rendición final de cuentas que realice el tutor y la aprobará o no.

A esta enumeración general de las facultades del juez, habría que añadir, siguiendo a GONZÁLEZ POVEDA, la tarea de controlar las disposiciones paternas y maternas, tomando como referencia el beneficio del tutelado; con carácter general en el Derecho común y con serias limitaciones en las legislaciones forales, Catalana y Aragonesa. Añade este autor, a las competencias judiciales en esta materia, la resolución de las contradicciones entre las disposiciones paternas y maternas, con carácter general en Derecho común (art. 225 del CC) y en la Compilación de Aragón (art. 16.1), optando la Ley Catalana, por fijar legalmente la resolución del conflicto, art. 6 de la Ley 39/1991.

Para los curadores se reproducen las facultades judiciales que afectan al nombramiento, inhabilidad y excusas, planteando problemas de aplicación el resto de las normas que rigen para los tutores, como veremos a lo largo de este estudio. También intervendrá el juez, especialmente en el nombramiento del defensor judicial, y en el examen de sus inhabilidades, excusas y remoción.

Aparte de lo que podríamos llamar genéricamente disposiciones judiciales en relación con la tutela, o más bien intervención judicial en la tutela, existe una norma concreta, exponente máximo del sistema aceptado por el Código Civil, art. 233, en virtud del cual, el juez puede establecer "en la resolución en que constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado". En la legislación foral catalana (arts. 15 y 28 de la Ley 39/1991), se confiere al juez idénticas facultades para establecer medidas de vigilancia y control, siendo novedoso que en el n° 2 del art. 15 se recupere la figura del protutor, ampliándose la actuación del juez a toda la vida de la tutela en el art. 28 de la LITT.

El art. 233 tiene conexión con el 209, ambos del CC, en sede de incapacitación y respecto de los menores, además enlaza con el art. 158 del CC (reformado por la Ley 1/1996), constituyendo otro ejemplo de la conexión entre patria potestad y tutela. Debe tenerse en cuenta que en la reforma del Código Civil, llevada a cabo por la Ley 1/1996, se ha incorporado un segundo párrafo al art. 216 del CC, que declara aplicables de oficio o a instancia de cualquier interesado, las medidas y disposiciones previstas en aquél, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores o incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos.

Poniendo en relación este art. 233 con el art. 232 y con el 216, todos del CC, surge polémica doctrinal, a la hora de clarificar la oscuridad existente en la Ley sobre la atribución de la función de vigilancia en la tutela, concretamente si esta corresponde al juez o al fiscal. Al respecto pueden hacerse las siguientes consideraciones:

— Que ninguna contradicción existe entre los arts. 232 y 233 del Código Civil, ya que la segunda disposición se refiere a medidas de vigilancia de la tutela establecidas por el juez y la primera al ejercicio de la vigilancia que correspondería al fiscal, controlando la ejecución de las medidas impuestas por el juez.

— En cuanto a que el art. 216 CC dice que las funciones tutelares están bajo la "salvaguarda" de la autoridad judicial frente al art. 232 que dice bajo la "vigilancia" del Ministerio Fiscal, la contradicción se salva si entendemos:

- Que salvaguarda es aquella función dirigida a la solución de problemas que en el desarrollo de las actividades propias de la tutela puedan surgir, compendio de la facultad de resolución. En este sentido, CAPEROCHIPÍ entiende que el art. 233 del CC, desarrolla en realidad el principio de disponibilidad por el juez del contenido de la tutela... La discrecionalidad en la fijación de las medidas de control viene a completar la discrecionalidad en la graduación de la incapacidad (art. 210 CC).

- Que vigilancia hay que entenderla como observación, guarda y cuidado para los tutelados, controlando que los nombrados para ejercer la función tutelar desempeñen sus cargos, y si no lo hacen se debe acudir al juez (función de salvaguarda).

- Todo es más fácil con una interpretación flexible de la ley, por ejemplo, el art. 232.2 del CC, dice que el Ministerio Fiscal puede exigir al tutor que "le" informe; conforme al 233 del CC el juez pedirá al fiscal que "informe", lo que conlleva que en este caso, el informe del tutor, será trasladado al fiscal.

Como reflexión general y a modo de conclusión, no debemos olvidar la materia que estamos tratando, en la que todas las posibles cautelas y/o controles son pocos, no en vano, la palabra tutor procede de la latina "tuor" que significa cuidar, proteger, defender, y que de la misma, deriva el término de tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución), máxime si tenemos en cuenta las especiales características de las personas a las que nos referimos, menores e incapacitados.

Dejando a un lado la polémica planteada, que tiene un interés mas doctrinal que practico, se debe decir que el abanico de posibilidades que ofrece el art. 233 del CC al juez es amplísimo, imposible de enumerar, pudiendo establecer medidas de vigilancia y control, al inicio de la tutela o posteriormente.

Sólo vamos a hacer referencia a dos temas. En primer lugar a la posibilidad de resucitar las derogadas figuras del Consejo de Familia y del protutor, posible según la mayoría de la doctrina, encabezada por LETE, GARCÍA CANTERO y GÓMEZ OLIVEROS.

Lógicamente la creación ahora de un Consejo de Familia o de la figura del protutor, se llevaría a cabo configurándolos con funciones distintas de las que tenían en el Código Civil (antes de la Reforma de 1983), dado que la mayoría de aquéllas han sido ahora asumidas por el juez y el fiscal.

Podemos hallar apoyo para esa tarea, acudiendo a la figura de protutor que regula la Ley Catalana 39/1991 en la que se modulan sus funciones del siguiente modo (23):

— En el control de la tutela: interviene en la confección del inventario [arts. 24 y 71 b)] ha de ser requerido para autorizar determinados actos [arts 61, 71 a)], fiscaliza las rendiciones de cuentas anuales y finales de la tutela presentadas por el tutor o el administrador [arts. 40, 44, 45 y 71 c)].

— También opera el protutor como interlocutor privilegiado del juez, a quien puede y debe poner al corriente de todos los aspectos de la tutela que le parezcan perjudiciales, solicitando del juez las medidas que crea convenientes [arts 15.1, 40, 71 d)]. Al encomendar la ley al protutor funciones de vigilancia, se confiere al organismo tutelar un acento más familiar que atribuyendo estas funciones al Ministerio Fiscal (art. 232 CC), con la ventaja del contacto más directo del protutor con la esfera personal y familiar del tutelado.

Según FERRER I RIBA, no obstante, es criticable que la figura del protutor en la legislación catalana se limite al ámbito patrimonial (se puede prescindir si el pupilo no tiene patrimonio), ya que la desatención y la consiguiente necesidad de reacción se plantean también en el ámbito personal (alimentos, educación, sanidad...).

Esta última sugerencia estimamos podría ser acogida al amparo de la libertad que confiere al juez el art. 233 del CC.

Más difícil resulta perfilar la figura del Consejo de Familia, ya que únicamente tendríamos como referencia la figura de la junta de parientes de la Compilación Aragonesa, reformada por Ley de 1985. Corresponde a la junta de parientes en Aragón, realizar diferentes actos referentes a la capacidad de los menores, tales como los previstos en los arts. 5 y 6, relativos a actos de los mayores de catorce años y menores de dieciocho y la aprobación de cuentas de la administración, en el art. 13 en relación con las disposiciones de bienes de menores, etc. Con la reforma de 1985, sin regular a la Junta de Parientes como órgano permanente y necesario en la tutela, se le han asignado facultades para decidir las cuestiones a que se refieren los arts. 16 y 17; por lo tanto, se amplía su actuación, pero sin

generalizarla a todo lo relativo a la tutela.

No obstante, al no haberse desarrollado un sistema integral de tutela en las legislaciones forales, es necesario acudir supletoriamente al Código Civil.

Otro tema que sólo queremos dejar apuntado, es que a través de este art. 233 del CC, se abre un campo interesante para el juez a la hora de establecer medidas que supongan una garantía tan importante para el patrimonio del tutelado, que permitan al juez incluso relevar de la fianza al tutor. Este punto será estudiado en el apartado dedicado a la fianza.

5. Breve referencia a otras figuras. Autotutela. Tutela consular. Tutela regia.

No resisto la tentación de hacer referencia, aunque breve, a esta interesante figura, que implica la posibilidad de que el futuro incapaz se otorgue a sí mismo tutor y disponga sobre las cuestiones relativas a su propia tutela, cuando aún cuenta con plenas facultades. Figura que se aparta del sistema legal expuesto.

La introducción de esta figura se intentó a través de enmienda en el trámite parlamentario de la Ley 13/1983.

En la discusión ante las cámaras, se argumentaba en su favor que hay quien puede tener mayor interés en la asistencia y cuidado de un incapaz que sus padres, y ese alguien es el propio incapaz. Se aludió a consideraciones de Derecho comparado, concretamente reconocen esta figura el Código Civil suizo y la Ley inglesa, también los antecedentes de Derecho romano contemplan esta figura.

Se razonaba, además, que la persona puede otorgar actos de disposición, bien en estado de plena capacidad o bien en el momento del fallecimiento, pero no puede prever nada para el caso (nada improbable), de que resulte incapacitado antes de fallecer.

En contra se argumentó: 1) Que sería difícil valorar la validez de una disposición otorgada en estado de pre-incapacidad. A lo que argumentamos en contra, que la misma dificultad existe en valorar cualquier acto del incapaz previo a la sentencia de incapacitación (art. 199 CC), y 2) la falta de necesidad social de la norma, como argumentó la senadora SAHUQUILLO, que nadie prevé la ordenación de la tutela para el caso de que resulte incapacitado.

Nos planteamos ahora, qué ocurriría si una persona prevé, en estado de plena capacidad, su tutela para el caso de incapacitación y luego tenga lugar ésta.

Estamos de acuerdo con autores como ZAPATERO ALONSO o VENTOSO, con que aunque nuestro Derecho no recoja la figura de la autotutela, si alguien la utiliza (mayor de edad), esta previsión deberá ser atendida por el juez, aunque no le vincule como la de los padres (art. 224 CC); éste sería un caso de aplicación del último párrafo del art. 234 o del 235, ambos del Código Civil.

Según ROGEL VIDE, estas disposiciones se reforzarían con la audiencia del tutelado ex art. 231.

Del sistema general expuesto, también se apartan:

— *La tutela ex lege* o estatal del art. 172 en relación con el 239 del CC, en cuyo estudio no entramos por ser objeto de otra ponencia de esta mismo curso.

— *La tutela consular*, definida por A. MARTÍN LÓPEZ como "la establecida por los cónsules sobre los menores de su Estado, no sometidos a la patria potestad en el territorio donde aquéllos se encuentran". El Reglamento Orgánico de la Carrera Consular de 27 de

abril de 1900, faculta a los cónsules para instruir los expedientes en los casos de adopción, de nombramiento de tutor y discernimiento del cargo (art. 27).

El Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares, ratificado por España el 29 de abril de 1987, recoge como función consular la de "velar, dentro de los límites que impongan las leyes del Estado receptor, por los intereses de los menores y otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales de los Estados que los envía, en particular cuando se requiera institución tutelar o curatela" (24).

— *La tutela regia*, que viene regulada en el art. 60 de la Constitución y que en relación con los Títulos IX y X del Código Civil, supone muchas diferencias:

1. La no intervención judicial, dando prioridad absoluta a la voluntad del monarca fallecido sobre los demás llamamientos, lo que la configura como institución marcadamente familiar, otorgando al titular del poder real, en su calidad de jefe de la Casa Real, una amplia potestad sobre los miembros de su familia.

En atención al titular que difiere el nombramiento, la Constitución distingue, tutela testamentaria, legítima y dativa, según que el tutor sea nombrado por el monarca fallecido, sean el padre o la madre del Rey, designados por la Ley o en su defecto sea elegido por las Cortes (25).

2. La Constitución sólo prevé la tutela del Rey menor. En caso de incapacidad del monarca, se producirá la Regencia (art. 59.2).

3. Se caracteriza por unidad de guarda, sólo prevé tutor, ni curador ni defensor judicial.

VI. PROCEDIMIENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA FUNCIÓN TUTELAR

1. Naturaleza.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, dedica el Título III del Libro III (arts. 1.833 a 1.872) a la regulación procedimental de la tutela.

El Código Civil de 1889 innovó la institución, sustituyendo el antiguo sistema de autoridad por el de familia, dejando sin base sustantiva a la Ley de Enjuiciamiento Civil que prácticamente quedó derogada. Por lo tanto, el régimen procesal de la tutela había que buscarlo en alguna normas dispersas de procedimiento contenidas en el Código Civil (Título IX "de la tutela" [arts. 199 a 292) y X "Del Consejo de Familia" (arts. 293 a 313)].

Con la reforma del Código Civil, operada por Ley de 24 de octubre de 1983, el Título X del Libro I del Código Civil pasó a ser "de la tutela, curatela y guarda de menores e incapacitados", estableciéndose en la disposición adicional que, entretanto no se proceda a regular de otra manera en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a salvo los procedimientos de incapacitación y prodigalidad que se tramitarán por el menor cuantía, los demás de los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil, se regirán por las normas de la LEC sobre jurisdicción voluntaria.

Con la reforma operada tanto del Código Civil como de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, en la Disposición Adicional Tercera de la misma se dice:

"Con excepción de las declaraciones de incapacitación y de prodigalidad, las demás actuaciones judiciales previstas en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil, se ajustarán al procedimiento previsto para la jurisdicción voluntaria, con las siguientes particularidades:

1.^a Tanto el juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes.

2.^a No será necesaria la intervención de abogado ni de procurador.

3.^a La oposición de algún interesado se ventilará en el mismo procedimiento, sin convertirlo en contencioso".

Acerca del procedimiento aplicable, surge polémica cuando exista una previa sentencia de incapacitación, centrándose el debate sobre si el tutor se puede nombrar en la misma sentencia o se debe incoar un procedimiento de jurisdicción voluntaria, donde se procederá al nombramiento.

La cuestión no es pacífica ni siquiera en el Alto tribunal, pues así nos encontramos con sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993 que admite la posibilidad de nombrar tutor en la misma sentencia de incapacitación (26), mientras que en la sentencia de 21 de junio de 1991 (27) se sostiene que la tramitación oportuna sería la de jurisdicción voluntaria, ello conforme a la Disposición Adicional de la Ley de 24 de octubre de 1983.

Entiende esta ponente que debe optarse por constituir la tutela en un procedimiento autónomo del de incapacitación, por lo que firme la sentencia, el juzgado de oficio (ex art. 228 del Código Civil), incoa expediente de jurisdicción voluntaria para la constitución de la tutela, ello sin necesidad de nuevo reparto del asunto (arts. 167 LOPJ y 430 de la LEC).

Como argumentos a favor de la postura adoptada, se pueden dar los siguientes:

— La Ley 1/1996 de protección jurídica del menor, en su Disposición Adicional Tercera, se remite expresamente a las normas de la jurisdicción voluntaria para todo los Títulos IX y X, excepcionando la incapacitación y la prodigalidad. Al respecto hay que alegar que las normas procesales son, como es sabido y reconocido por el Tribunal Supremo de forma reiterada, normas de orden público, y por ello no pueden quedar al arbitrio de las partes ni del tribunal.

— Además, el objeto del procedimiento de incapacitación es distinto al del procedimiento para la constitución de la tutela.

En el proceso de incapacitación, se trata de determinar si una persona es capaz o no de gobernar su persona y bienes, y en su caso graduar la extensión y límites de la incapacidad, determinando el régimen de guarda y custodia a que haya de quedar sometida (art. 211 CC).

En el proceso dirigido a la constitución de la tutela, se configurará la función tutelar, lo que supone algo más que el nombramiento de tutor, curador o defensor judicial.

— Por último decir, que nombrando tutor en el proceso de incapacitación, no se consigue dar al incapacitado una más pronta cobertura o protección, tanto en los bienes, como en la persona (puede hacer falta un internamiento psiquiátrico).

En todo caso, el incapacitado va a quedar protegido mientras se tramita (de oficio) el posterior procedimiento. Efectivamente, mientras la sentencia no es firme, y por lo tanto todavía estamos ante un presunto incapaz, su representación y defensa corresponderá al Ministerio Fiscal, constituyéndose en una especie de tutor provisional, que actuará en la esfera personal y por lo tanto, puede pedir el internamiento psiquiátrico involuntario (art. 211 CC). El juez puede acordar medidas sobre el patrimonio, con base al art. 209 CC

(ejemplo: nombrando un administrador).

Una vez se ha declarado la firmeza de la sentencia y en tanto en cuanto no se nombre tutor, creo que lo más correcto, es acudir al art. 299 bis del Código Civil, que permite adoptar idénticas garantías que en el anterior supuesto.

Las ventajas de la adopción de este criterio son señaladas por Miguel CARRERAS (28): mantenimiento de la adecuada ortodoxia y conexión de los procedimientos, con garantía máxima del principio de legalidad, consiguiendo la finalidad perseguida por el 228 del CC y que es que la tutela se constituya lo más rápidamente posible, todo ello sin olvidar que sólo a través del procedimiento adecuado se pueden establecer, con plenos elementos de juicio, los mecanismos precisos de vigilancia y control para un eficaz ejercicio de la función tutelar, pues sólo así se podrá alcanzar el beneficio del tutelado.

2. *Juez competente.*

En la doctrina se plantearon problemas acerca del juez que se estima competente cuando existían los juzgados de distrito, desaparecidos por Real Decreto 122/1989 (art. 24). La polémica se ha zanjado, ya que conforme a los arts. 9.2 y 85.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estas materias están atribuidas a los Jueces de Primera Instancia, teniendo en cuenta a las normas de distribución de competencias en materia territorial recogidas en las reglas 17 y 19 del art. 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. *Objeto.*

Como ya apuntábamos al hablar del procedimiento aplicable, la finalidad primordial de la constitución de la tutela es el nombramiento de tutor (ALMAGRO NOSETE), pero junto a ese fin, el procedimiento tiene un objeto más amplio y de mayor alcance, tendente a configurar la función tutelar ya definida.

En concreto, el objeto del procedimiento de constitución de la tutela se extiende:

— Principalmente al nombramiento de tutor, curador o defensor judicial (art. 215 CC), lo que implica: concretar la existencia de un supuesto de persona que deba ser sometida a tutela conforme al art. 222 del CC, examinar la aptitud de los posibles candidatos (sin concurren causas de inhabilidad), valorar la existencia de preferencia legal entre los candidatos idóneos (art. 234 CC), concretar que es más beneficioso para el tutelado (último párrafo 134 y 235 CC), controlar y armonizar las disposiciones paternas y maternas (arts. 223 a 225 CC) y por último valorar la conveniencia de nombrar pluralidad de tutores y nombrarlos (art. 235 CC).

— Además son objeto de este procedimiento: concretar reglas de administración de bienes y nombramiento, en su caso, de administrador especial nombrado por el que dispuso de bienes a título gratuito en favor del menor o incapaz (art. 227 CC), examinar la conveniencia para el tutelado de las normas dictadas por los padres sobre su persona y bienes, así como de los órganos de fiscalización nombrados por aquellos, y en su caso armonizar éstas disposiciones (arts. 224 a 226 CC), establecer de oficio órganos de fiscalización y control (art. 333 CC); el planteamiento acerca de la conveniencia de fijar fianza y cuantía de la misma, así como ulteriores modificaciones (arts. 260 y 261 CC). Se concretará en su caso la remuneración del tutor, art. 274 CC.

Asimismo, se valorará la conveniencia de adoptar medidas previas, con arreglo al art. 299 bis CC.

Notificado el auto de nombramiento del tutor y antes de la toma de posesión, se

examinarán las excusas originarias del tutor (251 y 252 CC)

En Derecho aragonés y Derecho catalán, los nombramientos testamentarios son preferentes al dativo, por lo que comprobada la existencia de estos, el juez procederá directamente al nombramiento.

4. *Sujetos y Ministerio Fiscal. Defensa y representación.*

Bajo este genérico título, vamos a estudiar:

A) Quiénes están sometidos a tutela.

B) Quiénes puede ser tutores. Capacidad para ser tutor. Inhabilidades. Orden de llamamientos. Tutor único y pluralidad de tutores. Tutela de las personas jurídicas.

A) *Quiénes están sometidos a tutela.*

En Derecho romano, como ya vemos, se tuteló a los menores huérfanos a través de la tutela (tutela impuberum) o de la curatela (cura minorum), además de la tutela prevista para las mujeres (tutela mulierum).

En nuestro Derecho histórico, ya el Fuero Viejo de Castilla, dedicó un título a la "guarda de guerdanos e de suos benes", también Las Partidas y el Texto Alfonsino, en este último se decía "Curatores son llamados en latín aquellos que dan de guardadores a mayores de catorce años, o menores de veynte e cinco años, seyendo en su acuerdo" y añadía "aun los que fuessen mayores, seyendo locos o desmemoriados".

En el Proyecto de 1851, se mencionaba al "loco o demente", aunque tenga un intervalo lúcido. GARCÍA GOYENA interpretaba el término loco, como furioso y el de demente, por imbécil o desmemoriado.

En el Código Civil del 1889 se decía que están sometidos a tutela, además de los menores de edad no emancipados legalmente, los locos, dementes y sordomudos que no sepan leer ni escribir y los que por sentencia hubieran sido declarados pródigos, así como los que estuviesen sufriendo pena de interdicción civil (art. 200 CC 1889).

Este artículo fue objeto de numerosas críticas, sobre todo su carácter taxativo y la inadecuación de los conceptos (locos y dementes), desde el punto de vista psiquiátrico y pedagógico. Además la interdicción civil desapareció como pena, por la Ley 13/1983, de 23 de junio de reforma del Código Penal. Los pródigos, a raíz de la Reforma de 1983 de 24 de octubre del Código Civil, quedan sometidos a curatela (arts. 294 a 298 del CC).

Tras la reforma operada en 1983 en el Código Civil, el art. 222, queda redactado como sigue:

«Estarán sujetos a tutela:

- 1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.
- 2.º Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.
- 3.º Los sujetos a patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.
- 4.º Los menores que se hallen en situación de desamparo.»

Este artículo es idéntico al contenido en la Ley Catalana de Tutelas, art. 3º, salvo en cuanto a la tutela de menores desamparados, art. 14, donde se regula en forma diferente al Derecho común.

La enumeración es taxativa, no cabe ni la interpretación extensiva ni la analogía.

Vamos a proceder a examinar cada uno de los supuestos:

1.º *Los menores emancipados que no estén bajo la patria potestad* [art. 221 del CC y 3) letra a) Ley 39/1991].

El no sometimiento a la patria potestad del menor, ex art. 154 del Código Civil, puede ser originario (en caso de filiación desconocida) o sobrevenido: Casos de extinción por muerte o declaración de fallecimiento de los titulares de la patria potestad (art.169.1 CC), por privación total de la patria potestad a ambos progenitores o a uno de ellos y el otro no pase a ejercerla (art. 170 CC), o por desaparición o ausencia legal de ambos padres o de uno de ellos, cuando el otro no pase a ejercerla (arts. 2.035 y 2.041 de la LEC).

Se excluyen a los menores que hubieran obtenido el beneficio de mayor edad o la emancipación, los cuales quedarán sujetos a curatela (art. 286 del CC).

En Aragón, conforme al art. 10 de la Compilación, tratándose de menores cuyos padres fallecieron o hubieran sido privados de la autoridad familiar, quedarán sometidos a la autoridad de sus abuelos, hermanos mayores o cónyuge no progenitor del bínubo premuerto, salvo previsión en contrario de los padres o de alguno de ellos. Ahora bien, el ejercicio de la autoridad familiar, por estas personas no es obligatoria; cuando no existan o no estén dispuestos a asumir la autoridad familiar deberá constituirse la tutela del menor.

2.º *Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido* [art. 222.2º CC y 3.b) Ley 39/1991]. Este artículo es corolario del art. 210 CC. Pueden darse las siguientes situaciones:

— *Incapacitación de menores no emancipados.* Los menores de edad pueden ser incapacitados, siempre que se prevea que la deficiencia perdurará durante su mayoría de edad (art. 201 CC), con una limitación en cuanto a la legitimación activa en el art. 205 CC.

En virtud del art. 171 del CC, se aplicará la patria potestad prorrogada y si el menor, antes de la incapacitación estaba sometido a tutela, se prorrogará ésta, ex art. 278 CC, en este caso tiene mayor encaje la situación en el nº 1 del art. 222 CC, y así lo entiende la doctrina, por ejemplo: CAPEROCHIPI.

— *Incapacitación de menores emancipados.* No podemos hablar de prórroga de la patria potestad (art. 171 CC); también sería dudoso hablar de rehabilitación, pues la originaria patria potestad se extinguió (art. 169 II CC). Entendemos que quedarían sometidos a tutela o curatela. En contra de esta postura, GÓMEZ OLIVEROS, que entiende que procederá la rehabilitación de la patria potestad, dado el gran arbitrio del juez en esta materia.

— *Incapacitación de mayores de edad solteros que no viven con sus padres.* Aún cuando el Código no lo prevea, entiendo que en este caso es mejor agotar la posibilidad de rehabilitar la patria potestad, en el caso de que no exista una separación radical y /o traumática de hijos y padres (ejemplo: el incapaz está interno en un colegio, donde recibe la visita de sus padres, o vive muy cerca de ellos, bajo su control, aunque sea indirecto).

— *Incapacitación de mayores de edad casados.* El art. 234.1 CC, regula la preferencia del cónyuge para ser tutor. Al igual que en el caso anterior, pueden quedar sometidos a tutela o curatela.

3.º *Los sujetos a patria potestad prorrogada, al cesar ésta,* [art. 222.3 del CC y art. 3, letra c) de la Ley 39/1991].

Debe ponerse este artículo en relación con el 171 CC. Según DE BUSTOS, debe

extenderse esta previsión a la patria potestad rehabilitada. Cesará la patria potestad prorrogada o rehabilitada en caso de fallecimiento, o declaración de ausencia, o de fallecimiento de los padres, y en el caso de que el sometido a esas figuras tuitivas contraiga matrimonio.

4.º *Menores en situación de desamparo.* Este punto nos remite a la llamada tutela automática estatal u ope legis, del art. 172.1º en relación con el 239 ambos del Código Civil, en cuyo examen no entramos, por ser objeto específico de otra ponencia de este curso.

B) Quiénes pueden ser tutores. Capacidad para ser tutor. Inhabilidades. Personas jurídicas como tutor. Orden

de llamamientos. Tutor único y pluralidad de tutores.

Ciertamente, en el auto que ponga fin al expediente de constitución de la tutela, el pronunciamiento fundamental es el relativo al nombramiento de tutor, es más, en palabras de ALMAGRO NOSETE "la finalidad fundamental de la constitución de la tutela es el nombramiento de tutor".

A fin de que el juez efectúe la elección de la persona que mejor haya de satisfacer el fin último pretendido con la constitución de la tutela, esto es, el beneficio del tutelado, el Código Civil da pautas acerca de la capacidad para ser tutor de las personas físicas y de las personas jurídicas y establece un orden de preferencia entre los distintos llamamientos. También regula el Código Civil la posibilidad de nombrar a varios tutores.

Capacidad para ser tutor.

En este apartado me voy a referir únicamente a la capacidad de las personas físicas; el análisis de cuáles son los requisitos de la persona jurídica para ser nombrada tutor, se efectuará en el apartado dedicado en general a las personas jurídicas en relación con la tutela.

Tanto el Código Civil como la ley Catalana, dictan una regla general de capacidad para ser tutor (art. 241 del CC y 19 de la Ley 39/1991) y luego enumeran un listado de causas de inhabilidad (arts. 243 a 246 del Código Civil y 20 de la citada ley), casi coincidente en ambas legislaciones.

Pueden ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de los derechos civiles. Como dice CASTÁN el cargo de tutor, por lo delicado de sus funciones y el buen funcionamiento de las mismas, requiere condiciones de capacidad plena y moralidad intachable; es decir, el cargo tutelar exige que la persona o personas que obligatoriamente han de ejercerlo, reúnan unas condiciones de capacidad e idoneidad, pues una persona puede ser plenamente capaz y sin embargo, concurrir en ella determinada circunstancia que desaconseje su nombramiento. Por ello, ahora el Código Civil da una regla general de capacidad, completándose, a efectos de determinar la idoneidad, con causas de inhabilidad (29).

La cuestión más discutida en este punto es si el menor emancipado y el pródigo tienen capacidad para ser tutor. La doctrina ha venido interpretando el art. 241 CC, en el sentido de que se exige capacidad de obrar plena, por lo tanto solo la persona mayor de edad (art. 315 CC) y que no esté incapacitada puede ser tutor, pues sólo ella tiene plena independencia y capacidad para los actos de la vida civil. Quedan por lo tanto excluidos los menores, aunque estén emancipados, los incapacitados y los pródigos.

Por muchas vueltas que se dé al tema de la capacidad del emancipado para ser tutor, el adjetivo "pleno" ejercicio de los derechos civiles del art. 241 CC, excluye a los emancipados y a los habilitados de edad, con limitaciones para actuar conforme a los arts. 323 y 324 del Código Civil.

Ésta es la postura de autores como HUALDE, SANCHO REBULLIDA y LETE DEL RÍO suscrita por la DGRN en una resolución de 24 de febrero de 1996, que con razonamiento obiter, niega al menor emancipado capacidad para ser tutor y ello con el siguiente argumento "los menores emancipados, están expresamente excluidos de cargos que comporten administración de bienes ajenos (art. 241 CC) y que no dependan (como es el caso del art. 1.716 CC) de la sola voluntad individual del representado, y a mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta, además, que en el acto de emancipación no hay necesariamente un control oficial, desde el punto de vista del interés público, de la especial aptitud del sujeto para merecer la emancipación".

En cuanto al pródigo, es cierto que a partir de la reforma de 1983 del Código Civil, ya no podemos hablar de que la prodigalidad sea una causa de incapacidad, pero también es verdad que el pródigo no se encuentra en el "pleno" ejercicio de sus derechos civiles, hablando algunos autores de una "quasi incapacidad" (LETE DEL RÍO).

Idénticos argumentos son aplicables a la figura del curador y a la de defensor judicial, pues en ambas rige la norma que comentamos ex arts. 291 y 301 del Código Civil, respectivamente.

Causas de incapacidad o de idoneidad para el cargo de tutor. Inhabilidades.

Como complemento de la regla general de capacidad del art. 241 del Código Civil, en los artículos siguientes se regulan causas de inhabilidad, entendida ésta como falta de capacidad o idoneidad impuesta por la ley, que impide que la persona pueda acceder o continuar con el ejercicio del cargo de tutor (remoción).

Se puede gozar de capacidad general para ser tutor (art. 241 CC) y sin embargo ser inhábil. Las causas de inhabilidad constituyen un *numerus clausus* y están reguladas en los arts. 243 y 244 del Código Civil y en el art. 20 de la Ley Catalana.

En concreto, son inhábiles para ser tutor:

1. "Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente en los derechos de guarda y educación, por resolución judicial" (243.1 CC y 20.1.2º de Ley catalana).

— Con este precepto se plantean algunos problemas, ya que a raíz de la reforma del Código Civil de 1.981, no encontramos la figura de la suspensión de la patria potestad; ahora el Código Civil sólo habla de privación, entendida como sanción, que puede ser total o parcial. La privación parcial hay que entenderla referida al ejercicio, ya que la patria potestad es indivisible.

La privación de la patria potestad o de los derechos de guarda y custodia ha de serlo por resolución judicial. Esta resolución puede haber sido dictada en causa civil (por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma) o en causa criminal o matrimonial (arts. 111.1º y 154, párrafo 2º CC).

Según HUALDE (30), cuando se altere o distribuya el contenido normal de la patria potestad en casos de separación, nulidad o divorcio, ex. 92.4 CC, es dudoso que surja causa

de inhabilidad. También plantea problema lo dispuesto en el art. 103.1º del CC, que en causa matrimonial permite al juez encomendar a los hijos menores a una persona o institución, a fin de que ejerzan las funciones tutelares, bajo control del juez. Según este mismo autor, habrá que distinguir el motivo por el que el juez acuerda la medida: si se debe a una conducta reprochable de los padres o a motivos distintos (enfermedad, penuria económica...), igual opinión le merece la posibilidad contenida en el art.156 párrafo segundo del Código Civil, cuando los desacuerdos entre los progenitores fueren reiterados o concurra cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

En este sentido, es interesante considerar que el precepto tiene cierto carácter sancionador de la medida, por lo que habrá que tener en cuenta la culpabilidad del sujeto.

— La segunda parte del art. 243.1 del CC, cuando se refiere a la privación o suspensión total o parcial de los derechos de guarda y educación, da cabida a las resoluciones que al efecto pueden dictar los juzgados de menores, y también quizá a resoluciones dictadas por los tribunales civiles con base en el art. 156 párrafo cuarto del CC, concretamente en la sentencia del TS de 19 de octubre de 1983 se estableció que "nada se opone a que por resolución judicial se acuerde la privación de los derechos de guarda y custodia, parte integrante de la patria potestad".

El fundamento y razón última de este número 1º del art. 243 del CC, es que constituye una presunción en el sentido de entender que el que se ha ocupado mal de sus hijos no lo va a hacer mejor con los ajenos.

2. "Los que hubiesen sido legalmente removidos de la tutela anterior" (art. 243.2 CC y 20.1.3º Ley Catalana).

Este artículo hay que interpretarlo necesariamente con el art. 247 del CC, que regula las causas de remoción, que podemos reducir a dos grupos: 1) cuando durante el ejercicio de la tutela, el tutor incurra en causa de inhabilidad, o 2) por incumplimiento de los deberes del cargo o notoria inaptitud en su ejercicio, a lo que habrá que añadir, a partir de la Reforma operada por la Ley 1/1996 una tercera causa, 3) cuando surjan problemas de convivencia graves y continuados, que no tiene por qué ser una variante de la anterior, ya que ello no se deberá siempre a la aptitud del tutor.

El problema de interpretación de este número 2) del art. 243 del CC, se genera si tenemos en cuenta que el tutor pudo ser removido por causas diversas, que bien podríamos clasificar de inhabilidad absoluta o relativa. Concretamente pudo ser removido el tutor por concurrir imposibilidad absoluta de hecho que ahora haya cesado, por enemistad o por existir un conflicto de intereses específico con ese pupilo en concreto (causas de inhabilidad relativa) o sin embargo, concurrir en él una causa de inhabilidad general para cualquier tutela, como por ejemplo, la prevista en el nº 4 del art. 243 del CC (inhabilidad absoluta).

En realidad todas las causas de inhabilidad de los arts. 243 y 244 del CC serían relativas a estos efectos porque, por ejemplo, si el tutor fue removido de la anterior tutela por la causa cuarta del art. 243 del CC, podría ser ahora reelegido para la nueva tutela si obtuviera la dispensa de los padres del futuro tutelado (art. 246 CC).

HUALDE, a estos efectos distingue:

— En los supuestos de los números 1º y 3º del art. 243 y 1º, 3º y 5º del art. 244 del CC, sólo nacerá inhabilidad para nueva tutela, si la causa subsiste.

— En los supuestos de los números 2º y 4º del art. 244 del CC, de remoción por causa específica, operará sólo para la tutela en la que fue removido el tutor, no teniendo sentido una inhabilitación general para todo nombramiento.

— En la nueva tutela, sólo se aplicará la remoción prevista en la segunda parte del art. 247 del CC y la remoción anterior acordada por concurrencia del nº 4 del art. 243 del CC.

La nueva previsión introducida por la Ley 1/1996 en el art. 247 del CC, esto es "cuando surgieran problemas graves y continuados de convivencia", entendemos que tiene cabida en este nº 2º del art. 243 CC, y por ello, podríamos encuadrarla en el segundo de los apartados de la clasificación realizada por HUALDE.

3. "Los condenados a pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo condena" (arts. 243.3º del CC y 20.1.4 de Ley Catalana).

En realidad, esta previsión tiene genérica cabida en el nº 1º del art. 244 del CC, sin embargo, entendemos necesaria una previsión autónoma, fundamentalmente con relación al número anterior y que ya expusimos, dado que, aun tratándose en definitiva de un supuesto de imposibilidad de hecho, tiene un matiz sancionador, que no cabe en aquella causa genérica.

Atendiendo a la previsión legal, se excluyen los supuestos de remisión condicional, libertad condicional y prisión preventiva, sin perjuicio de que ello sea valorado por el juez ex art. 235 CC.

4. "Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela" (art. 243.4º CC y art. 19.1.6º Ley Catalana).

El antiguo art. 237 del CC, efectuaba una enumeración exhaustiva de las distintas figuras delictivas que inhabilitaban, así, "penados por delitos de robo, hurto, receptación, falsedad, corrupción de menores, abandono de familia o escándalo público". La receptación y el abandono de familia fueron suprimidos de este artículo por Ley de 2 de mayo de 1975. Se omitían delitos como violación, raptó, homicidio, asesinato..., ello motivó la actual redacción (reforma de 1983) que bien se podía haber hecho en aquella fecha (1975).

Por lo expuesto no parece ahora correcto hacer una enumeración, aunque sea a título de ejemplo. Queda al buen criterio del juez, que valorará la correlación entre el delito y las funciones a desempeñar. Así, no será lo mismo que se trate de tutela de menores que de incapaces, o de curatela, o que se pretenda nombrar defensor judicial.

Para constatar esta causa de inhabilitación y la anterior, es fundamental que en fase de investigación se reclamen los antecedentes penales de la persona que se perfile como tutor.

Por su parte, el art. 244 del CC enumera las siguientes causas de inhabilitación:

1.º "Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho" (art. 241.1 CC y art. 20.1.8º de la Ley Catalana).

En esta disposición se recuerda al juez algo obvio, tanto, que en un sistema como el nuestro, donde las facultades del juez en esta materia son plenas, causa incluso extrañeza.

La imposibilidad puede venir dada por razones puramente personales (enfermedades, edad, familiares, profesionales, lejanía de la persona o bienes del pupilo), también en caso de ausencia o desaparición.

Ciertamente hay que ser prácticos, e interpretar el tema "Absoluta imposibilidad" con flexibilidad, ya que en caso de no hacerlo así, corremos el riesgo de que lo que era una

imposibilidad relativa se agrave y haya que remover al tutor, con todos los problemas que ello conlleva.

Además, es demostrativo de una cierta "actitud" del tutor que alega una imposibilidad absoluta, que de hecho no existe (es sólo relativa), de modo que quizá lo más coherente sea descartarlo.

SANCHO REBULLIDA, entiende que además de absoluta, la imposibilidad ha de ser duradera.

2.º "Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o el incapacitado" (art. 244 nº 20 y art. 20.1.9º Ley Catalana 39/1991).

Por enemistad hay que entender la aversión u odio para con el pupilo. Ha de ser conocida, esto requiere cierta publicidad. Son hechos que constatará el juez a través de la audiencia de parientes del art. 231 CC; para CANO TELLO (31), la enemistad opera como causa de inhabilidad, aun cuando fuese secreta, si se probase.

Cabría preguntarse si está incluida la enemistad familiar. Las Partidas hablaban de enemistad capital del guardador con el padre del huérfano como causa de excusa y de remoción, cuando se descubría con posterioridad. Hoy no está prevista esta circunstancia como causa de inhabilidad y así lo entiende la doctrina, en concreto GONZÁLEZ POVEDA, considera que el precepto está pensado para una enemistad directa con el tutelado, no obstante el juez podrá valorar la enemistad familiar a través de la facultad que le concede el 234.2 CC.

3.º "Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida" (art. 244.3º del CC y nº 10 del art. 20 la Ley Catalana 39/1991).

Esta causa de inhabilidad tiene lejana tradición y predicamento; según HUALDE (32), sólo es relevante en la tutela legítima y en la testamentaria, ya que en la dativa no tiene utilidad enunciar como inhabilidad lo que el juez tiene facultades para valorar. Siguiendo a este autor, el precepto contiene dos supuestos, el desorden moral (mala conducta) y la falta de solvencia económica. Esto último contiene elementos de apreciación, la primera circunstancia era innecesaria.

SÁNCHEZ ROMAN plantea el caso de que el examinado tuviera manera de vivir conocida y no lícita, entendiendo que en este supuesto resultaría de aplicación esta causa de inhabilidad, pues el artículo exige que sea "conocida y lícita". LETE, no está de acuerdo, pues el Código habla de manera "no conocida", pero si conocida su forma de vida es ilícita, revela mala conducta que inhabilita.

4.º "Los que tuvieran importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantenga con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes o los que le adeudaren sumas de consideración" (art. 244, nº 4 y nº 11 del art. 20 de la Ley 39/1991). El Derecho español ha configurado esta causa siguiendo el modelo del Derecho francés.

Esta causa refunde las antiguas 7ª, 8ª y 9ª del antiguo 237 CC; antes el conflicto de intereses se concretaba en la existencia de un pleito sobre el estado civil o sobre parte sustancial de los bienes, ahora el conflicto de intereses pasa a ser una causa autónoma y las otras dos, causas específicas.

Según HUALDE, el conflicto ha de ser actual y no meramente potencial, pues el Código utiliza la expresión "tuvieran", no obstante, entiende que esto ha de ser interpretado por el

juez con flexibilidad.

Puede ser directo o indirecto, este último cuando afecte a personas vinculadas afectiva o económicamente al tutelado.

Ha de ser importante, porque en otro caso lo procedente es nombrar un defensor judicial, según el art. 299.1º CC. La valoración de la importancia del conflicto queda a la apreciación judicial, en consideración a la institución tutelar de que se trate (tutor, curador, defensor judicial) y a las circunstancias del sujeto a tutela (edad, patrimonio...).

En cuanto a los pleitos sobre estado civil, estaría incluido el supuesto de que el llamado (heredero del padre) impugne la filiación del pupilo. En lo que se refiere a los pleitos sobre la titularidad de los bienes, LETE DEL RÍO, entiende que debe afectar a todo el patrimonio, llamando la atención que ahora se hable de titularidad y antes de propiedad.

La expresión "le adeudaren sumas de consideración " fue interpretada por la lejana sentencia del Alto Tribunal, de 16 de marzo de 1912, donde el TS entendió que el impago de la pensión por alimentos y de la legítima era de suma consideración, pues el incapaz carecía de patrimonio.

5.º "Quebrados y concursados no rehabilitados; salvo que la tutela lo sea sólo de la persona" (Causa nº 5 del art. 244 CC y 5º del art. 20.1 de la Ley Catalana 39/1991., que en lugar de quebrados utiliza el término fallidos).

La razón de esta prohibición radica en que estas personas carecen de la capacidad de administrar sus bienes en tanto no sean rehabilitados (arts. 1.914 del CC y 878 del Código de Comercio).

Han desaparecido inhabilidades como la de personas sujetas a tutela, la de parientes y tutores testamentarios que no pongan en conocimiento del juez la tutela, la de religiosos.

Al igual que ocurre en el nombramiento de tutor (aspecto positivo) en el no nombramiento o exclusión (aspecto negativo), hay una gran intervención familiar, que se manifiesta en que la Ley otorga a los padres lo que doctrinalmente se ha venido llamando derecho de veto regulado en el art. 245 del CC. Esta posibilidad ya fue estudiada cuando se analizaron las disposiciones de los padres en torno a la tutela.

Otra concesión a la intervención de la familia se pone de manifiesto en el art. 246 del CC, donde se regula un derecho de dispensa en favor de los padres, de modo que estos pueden dejar sin efecto algunas causas de inhabilidad. Lógicamente, ello requerirá aprobación judicial.

La facultad de dispensar las causas de inhabilidad viene regulada en el art. 246 del CC y en el nº 2 del art. 20 de la Ley Catalana 39/1991, siendo idénticas las previsiones de una y otra legislación.

La dispensa se ciñe a las causas cuartas de los arts. 243 y 244 del Código Civil, limitando esta posibilidad a cuando concurren los siguientes requisitos:

— Que se trate de tutores designados en testamento (disposiciones de última voluntad), entendiendo la mayoría de la doctrina que debe extenderse también a los tutores designados en documento público notarial y ello por dos razones: porque ha de tenerse en cuenta el contenido de los arts. 223, 226 y 245 todos del CC, no siendo lógico apartarse de la línea general, y además no se trata de una norma sancionadora, por lo que no debe ser interpretada restrictivamente (LETE, GÓMEZ OLIVEROS, HUALDE).

— Se exige que los padres conozcan la causa que dispensan, por lo cual LETE cree que

para evitar problemas, es más práctico que constaten expresamente que conocen la causa. GONZÁLEZ POVEDA, sin embargo, entiende que el artículo no lo exige, por lo que podrá demostrarse el conocimiento por los medios ordinarios de prueba.

— En último término dependerán de que el juez las apruebe. Con respecto al régimen derogado, se ha producido una ampliación en cuanto a las inhabilidades susceptibles de dispensa, y una restricción, en cuanto a que ahora el juez puede dejar sin efecto la disposición en beneficio del menor o incapacitado.

Las causas de inhabilidad así como la procedencia de la dispensa o las exclusiones de los padres serán valoradas por el juez bajo el prisma del beneficio del tutelado, sus decisiones serán recurribles con los recursos previstos en sede de la jurisdicción voluntaria.

Si las causas de inhabilidad aparecen durante la vida de la tutela, ello puede dar lugar a remoción del tutor, arts. 247 y ss. del CC en cuyo estudio no entramos por exceder de los límites de este trabajo.

Las personas jurídicas como tutoras.

En la exposición de este tema vamos a tratar los siguientes puntos:

a) Designación.

b) Requisitos.

c) Problemática relativa al nombramiento de tutor del incapaz, cuando se elige a una persona jurídica pública, cuyas competencias se limitan a la protección de menores o se nombra tutor al director del establecimiento donde aquel esté interno.

d) Inhabilidades. Remoción.

e) Excusas (sólo se hace referencia, este punto será estudiado en el apartado correspondiente).

a) Designación.

No hay reglas especiales sobre la designación de las personas jurídicas como tutores de los menores o incapacitados, por lo cual debemos acudir a las normas generales.

Se atenderá al orden de preferencia que establece el art. 234 del CC, pudiendo el juez nombrar a una persona jurídica, aun existiendo los parientes y el cónyuge allí enumerados, si el beneficio del menor o incapacitado lo exige 234.2. CC; además a falta de las personas físicas que dicho artículo menciona, se puede nombrar a la persona jurídica por entender que es la más idónea (art. 235 CC).

b) Requisitos.

Teniendo en cuenta lo que dispone el art. 242 del CC y siguiendo a GARCÍA CANTERO (33), debe tratarse de:

1. Una persona jurídica, de cualquier tipo de las legalmente reconocidas en España.
2. Debe estar válidamente constituida y no en vías de constitución o funcionamiento de hecho (entiende este autor que no se puede designar a una persona jurídica futura).
3. Debe tener carácter no lucrativo, con lo que se excluyen, acertadamente, las sociedades civiles y mercantiles, quedando limitada la posibilidad de nombramiento a las corporaciones, asociaciones y fundaciones reconocidas por la Ley.
4. Entre sus fines específicos debe figurar la protección de menores e incapacitados, lo

que según este autor supone que no bastan fines de tipo educativo o asistencial con carácter general.

En cuanto al último requisito SANCHO REBULLIDA y LETE entienden por el contrario, que el art. 242 CC no debe interpretarse con rigor, al menos para poder integrar en él a las personas jurídicas que cuenten entre sus fines estatutarios, con la profilaxis y recuperación de la salud mental, y rehabilitación de drogadictos, alcohólicos, etc., siempre que se encuentren legalmente constituidas.

Atendiendo a los requisitos enumerados, pueden ser tutores:

— Las personas jurídico privadas concretamente, las corporaciones, asociaciones y fundaciones reconocidas por la Ley (art. 35 apart. 1º del CC).

Quedan excluidas, las asociaciones que el Código Civil denomina de interés particular (art. 35.2 CC), que son las sociedades civiles (art. 1.665 CC) y las mercantiles (art. 116 del Código de Comercio).

Se plantea el problema de inclusión de las Cooperativas, entendiendo BERCOVITZ (34) que cabría su inclusión, pues con arreglo a la Ley General de Cooperativas, estas entidades pueden constituir un fondo social dedicado a estos eventos (protección de menores e incapacitados). Por la misma razón y por su carácter no lucrativo, admite este autor extender la posibilidad de ser tutores a los sindicatos y a los partidos.

A mi entender, es dudoso que se pueda nombrar tutor a una cooperativa, basta leer el concepto referido en la Ley reguladora de 2 de abril de 1987 (BOE de 8 de abril), que en su artículo primero dice: "Concepto. 1. Las cooperativas son sociedades que, con capital variable y estructura y gestión democráticas, asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, a personas que tienen intereses o necesidades socio-económicas comunes, para cuya satisfacción y al servicio de la comunidad desarrollan actividades empresariales, imputándose los resultados económicos a los socios, una vez atendidos los fondos comunitarios, en función de la actividad cooperativizada que realizan".

También se incluyen en el art. 142 del CC las personas jurídicas extranjeras ex art. 27 CC.

— En cuanto a las personas jurídicas públicas, frecuentemente tienen por finalidad la protección de menores, excepcionalmente incapacitados, dada la función existencial que corresponde al Estado (arts. 39, 41, 43, 49 y 50 todos de la Constitución). Son Administraciones Públicas con personalidad jurídica la administración central, la autonómica (art. 148.1.20 CE) y la local e institucional. Las demás personas jurídicas públicas adoptan la forma de asociación, corporación o fundación.

Habría que entender excluidas las entidades colaboradoras de las entidades públicas, esto es, las referidas en el párrafo 3º del art. 172, dado que sus funciones se limitan a la "guarda y mediación", estando referida la tutela a la entidad principal.

Entre las personas jurídicas a que alude el art. 242 del CC, se encuentran las eclesiásticas, pues a tenor del art. 1.4º del Acuerdo Jurídico entre España y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, "el Estado reconoce personalidad jurídica civil y plena capacidad de obrar a las órdenes, congregaciones religiosas y otras instituciones de la vida consagrada, y sus provincias y sus casas y asociaciones, y otras entidades y fundaciones religiosas, que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor del acuerdo, así como para las que existan en el futuro".

De entre las personas jurídicas que con arreglo a la ley pueden ser tutores, la más idónea es la fundación, que puede definirse, atendiendo a la Ley 30/1994 de 24 de noviembre como persona jurídica privada que se caracteriza por la adscripción de un patrimonio a un fin. Son muy interesantes, a efectos de justificar la adecuación de la fundación para el ejercicio de la función tutelar, las razones, que enumeramos siguiendo a la profesora MUÑIZ ESPADA (35), son:

— Tradicionalmente son las que se han puesto al servicio de aquellas clases y personas más necesitadas, para dotarlas, en la medida de lo posible, de protección y amparo, que de otra forma no recibirían.

— Por la estabilidad que proporcionan las mismas, pues como dice LA CRUZ: "la asociación es en cada momento lo que quieran los socios: ellos pueden cambiarla, cambiar su objeto y actividad y modificar su sistema de gobierno o suprimirla, pues la asociación son ellos (los socios). (En cambio) la fundación, una vez constituida, se desprende de la persona del fundador y ya no puede ser libremente modificada ni extinguida: es una finalidad en acción, con medios y organización propia".

— Por las importantes subvenciones y beneficios fiscales de que goza; como de la inembargabilidad de sus bienes y rentas (art. 10 del Real Decreto de 1889 y art. 49 del Decreto de 1972) y el beneficio de pobreza en las causas litigiosas cuando demande o sea demandada (art. 9 del Real Decreto de 1889 y art. 47 del Decreto de 1972).

A estas ventajas ya enumeradas, hemos de añadir que el posible inconveniente que representaría el hecho de nombrar a una fundación como tutor, dado que por su naturaleza (persona jurídica) podría convertirse al pupilo en una persona institucionalizada, se evita si consideramos que estas personas jurídicas se sirven de los llamados delegados tutelares, personas físicas que tienen un trato directo, personal e individualizado con el pupilo, y que además normalmente son profesionales. Además, es tendencia actual de las fundaciones huir de residencias o macro centros, potenciando los llamados pisos acogidos, donde el incapaz puede llegar a vivir un ambiente familiar.

c) Problemática relativa al nombramiento de tutor del incapaz, cuando se elige a una persona jurídica pública, cuyas competencias se limitan a la protección de menores o se nombra tutor al Director del establecimiento donde aquél esté interno.

En lo relativo al nombramiento de tutor, observamos una gran diferencia, por no decir agravio comparativo, entre las posibilidades que se ofrecen desde los Entes Públicos, en el ámbito de los menores frente a los incapacitados.

Respecto de los menores, la ley prevé la tutela automática o ex lege, en el art. 239 en relación con el 172, todos del CC, que se asume por las entidades públicas con competencias en materia de servicios sociales, y en concreto, por los llamados departamentos o servicios de bienestar social.

Respecto a los mayores incapacitados, no encontramos una norma que con carácter general reconozca una tutela estatal automática, ello a diferencia de lo que ocurre en Derecho comparado, como ya vimos. Hay carencia de una infraestructura pública de protección, para estas personas salvo honrosas excepciones (ejemplo de la Comunidad de Madrid que creó una fundación tutelar). La protección-tutela de mayores incapacitados se deja a la iniciativa de los particulares, normalmente familiares, que deben hacer frente a esta falta de auxilio de la administración, mediante la creación de personas jurídicas privadas, que asumen la tutela (corporaciones, asociaciones, fundaciones), con toda la dificultad que ello conlleva, a nivel tanto material como personal.

En esta línea, decir que el principal problema que tienen las personas jurídicas privadas es el de la financiación, pues las subvenciones resultan insuficientes. En este sentido, quizá la solución vendría dada mediante la atribución de parte del patrimonio del tutelado en favor de estos entes privados; concretamente, PÉREZ y ALGUER (RD. 1984 P. 446), propone la sustitución ejemplar, interpretando restrictivamente el art. 753.1 del CC. Parece excesivo prohibir la transmisión de bienes del tutor a la persona jurídica, según el nº 3 del art. 221 del CC. Estas dificultades y carencias repercuten en el juez para el nombramiento de tutor, pues tratándose de mayores incapacitados, muchas veces no hay parientes susceptibles de ser nombrados (no existen, son inhábiles o no quieren hacerse cargo), y las personas jurídicas privadas que podrían ejercer la función están saturadas. Entonces, se puede optar por dos soluciones, inclinándome por la segunda:

— Tratándose de incapacitados, mayores de edad que se hayan internados en un centro (geriátrico o psiquiátrico), es práctica habitual nombrar tutor al director del establecimiento. Esta elección plantea serios problemas, en concreto, si el nombramiento se hace a condición de ostentar el cargo de director, nos planteamos, qué ocurre si cesa en el cargo; en este caso, entendemos que habrá que removerle como tutor salvo, quizá, si permaneciera trabajando en el mismo centro (como psiquiatra), también se plantearía idéntico problema en el supuesto de traslado del tutelado de centro.

Surgen dudas a la hora de exigir fianza al director.

Parece que no habría que fijarle retribución al tutor-director, pues ya recibe un sueldo por la "tutela" general de todos los acogidos en el centro. Ello no me parece justo, si se tiene en cuenta que respecto de ese interno en concreto, tiene unas cargas añadidas (administración de su patrimonio, rendimiento de cuentas...); por ello habría que acordar retribución si el patrimonio del pupilo lo permitiera.

Se deberán adecuar, por ejemplo las obligaciones del tutor, como la de velar por el pupilo, al horario laboral del director, preguntándonos qué ocurre cuando esté de baja por enfermedad o en período vacacional. La responsabilidad exigible al director como tutor será repercutible a la persona jurídica titular del centro ex art. 1.903 del CC y 106 de la CE.

Por otra parte, no es infrecuente que los directores de los centros se excusen (ello con base al art. 251 CC), con lo cual, nos encontraríamos como al principio.

— Para evitar los problemas referidos, es mejor que se nombre directamente a la persona jurídica pública, al amparo del art. 242 en conexión analógica con el art. 239 y 172, todos del CC, ello porque, según nuestra Constitución, estamos en un Estado Social y Democrático de Derecho. Se debe entender en una interpretación analógica, que si los entes públicos tienen asumida la competencia protectora en materia de menores, la misma normativa que les atribuye esta facultad, debe ampararles para asumir la protección de mayores incapacitados.

Por lo tanto, agotada la posibilidad de nombrar tutor a un familiar o una persona jurídico-privada, la tutela será deferida por el juez a una persona jurídica pública, que cumpla las características de 242 del CC.

En ese caso, la persona jurídica utilizará los medios materiales y personales a su alcance, y si el mayor incapaz está internado, según aplicación analógica del nº 3 del art. 172 del CC, la guarda se ejercerá por el director de la casa o establecimiento. Con ello se evitan todos los problemas, que ya vimos para el caso de nombrar tutor al director.

La persona jurídica también podrá ser curador (art. 291 CC) y más dudoso es que puede

ser defensor judicial (art. 301).

d) Inhabilidades.

Entendemos que hay que distinguir:

— Sólo son aplicables a la persona jurídica las causas de inhabilidad de los números 2º del art. 243 del CC y 1, 2, 4 y 5 del art. 244 del CC, con el contenido ya expuesto para las personas físicas.

— El problema se plantea respecto del resto de las causas, concretamente las de los números 1º, 3º y 4º del art. 243 y 3º del art. 244, si concurren en la persona física encargada de la guarda (ejemplo: el director del establecimiento), ya que si se admite esa situación, llegaríamos a una situación absurda, luego lo conveniente sería exigir a la persona jurídica el cambio o destitución del guardador, bajo su responsabilidad.

e) Las excusas.

Serán objeto de estudio en el apartado correspondiente.

Orden legal de llamamientos.

El legislador ha establecido un orden de llamamientos, o un orden de preferencia para la elección del tutor, estando regulada esta materia en el CC, arts. 234 y 235 y en la Legislación Catalana en el art. 12 de la Ley 39/1991. Con algunas diferencias, la regulación es bastante similar. En la Compilación Aragonesa no se establece ningún orden de llamamiento.

Se refiere a la tutela legítima, término que solo podemos usar si hablamos de vocación, pues, a partir de la reforma de 1.983, toda tutela es dativa, como ya vimos. Actualmente, el orden de llamamiento es el siguiente:

1.º "En primer término, será llamado *el cónyuge que conviva con el menor o incapacitado*" (nº 1 art. 234 CC), en el art. 12 de la Ley Catalana, junto al cónyuge se hace referencia al miembro de la pareja que haya convivido con el padre o la madre del menor, en período de cinco años de manera estable y permanente.

En cuanto a la preferencia del cónyuge, tiene como fundamento los deberes de ayuda y socorro mutuo entre los esposos (arts. 67 y 68 del CC) y además una cierta presunción de *affectio conyugalis*. La finalidad última es evitar que un tercero se inmiscuya en los aspectos personales y patrimoniales de la familia, dando autonomía a la familia nuclear.

No se puede aplicar este artículo a los menores, pues si el menor está casado, queda automáticamente emancipado por la Ley (art. 316 CC), por lo que habrá que entender que en realidad, la preferencia será para el cargo de curador o asistente, para los actos que el menor emancipado no pueda realizar por sí mismo (art. 286.1 en relación con el 291 ambos CC). Así lo entienden LETE DEL RÍO y GIL RODRÍGUEZ.

Por lo tanto, podrá nombrarse tutor al cónyuge mayor de edad (art. 241 del CC) que conviva con el incapacitado. La convivencia ha de ser efectiva, por eso LETE y GONZÁLEZ POVEDA entienden que esto ocurre en el caso del nº 2 del art. 87 del CC, pero no en el primer caso (nº 1).

La preferencia del cónyuge sobre los padres (nº 2 art. 234 CC) y sobre los designados por los padres se entiende porque con el matrimonio se extingue la patria potestad rehabilitada y la prorrogada (ex art. 171 CC).

Aparte de las consecuencias generales que se derivan de la constitución de la tutela; en

el ámbito de las relaciones paterno filiales, se transfiere judicialmente el ejercicio exclusivo de la patria potestad al cónyuge tutor, ello con base en los párrafos segundo y cuarto del art. 156 del CC.

En el aspecto económico, GIL RODRÍGUEZ (36) echa en falta un precepto como el 498 del C. Civil Francés, que dice que no se constituirá la tutela cuando las normas del régimen económico matrimonial resultan suficientes. Según este autor, una mínima funcionalidad cabría atribuir al art. 1.319 del Código Civil.

2.º "*A los padres*", arts. 234.2 CC y 12 de la Ley Catalana. No entendemos porqué según esta Ley, se da preferencia al miembro de la pareja que haya convivido con el padre o la madre del menor o incapacitado, sobre los propios padres.

Se trata de un llamamiento legítimo y prioritario, en defecto de cónyuge.

Respecto de los incapaces, solo se aplicará cuando éstos sean solteros y no vivan con sus padres, o en caso de que casados, sean viudos o no convivan con su cónyuge. También, cuando en beneficio del incapacitado el juez altera el orden, obviando al cónyuge (arts. 234.2 y 235 CC).

Con relación a los menores, no tendrá lugar el llamamiento mientras los padres detenten la patria potestad (art. 171 CC), y si no la ostentan, incurrir en causa de inhabilidad (art. 243 nº 1 CC) Por ello, tratándose de menores, esta vocación es superflua.

Nos planteamos si se podrá nombrar tutor de los hijos adoptivos a los padres por naturaleza. El art. 178 del CC parece indicar que no, aunque cabría acudir al art. 235 CC. GIL RODRÍGUEZ entiende que es posible, ya que la exclusión que se hace en el último párrafo del art. 176 CC del llamamiento de los padres por naturaleza, se refiere a los llamamientos legales, por lo que no se ve razón para excluirlos de la tutela dativa.

B. GONZÁLEZ POVEDA (37) cree, frente a aquel autor, que la facultad de exclusión que el art. 235 del CC establece, es una cosa muy distinta a la preferencia legal para el nombramiento del padre por naturaleza, preferencia que desaparece al extinguirse el parentesco por la adopción.

Según LETE, si los padres viven juntos, estamos ante una tutela dual (art. 236.2 CC), si viven separados, el juez nombrará a uno solo.

3.º "*A la persona designada por los padres en sus disposiciones de última voluntad*" (nº 3 del art. 234), llamamiento que no figura en el orden de preferencia, que a estos efectos establece la Ley Catalana 39/1991, y ello lógicamente, porque en Cataluña, al igual que ocurre en Aragón, tiene preferencia absoluta la delación testamentaria, es decir las disposiciones de los padres nombrando tutor en testamento o en documento público notarial, art. 4º de la Ley Catalana y art. 15 de la Compilación de Aragón.

En caso de menores no emancipados, hay una preferencia cuasi absoluta al llamamiento negocial.

4.º "*Al ascendiente, descendiente o hermano que designe el juez*" (art. 234.4º CC y art. 15 de la Ley 39/1991).

Estamos ante la traducción a la actualidad del viejo adagio que se contiene en la siguiente frase "el cariño, primero desciende, después asciende, y finalmente, se extiende". Tradicionalmente había una preferencia de los ascendientes cuando se trataba de tutela de menores (antiguo art. 211 CC) y de los descendientes para la de los incapaces. Los hermanos ocupaban en ambos casos un lugar subordinado.

Actualmente, autores como LETE sostienen que hay un orden de preferencia: 1) descendiente, 2) ascendiente, y 3) hermanos.

GÓMEZ OLIVEROS (38) por el contrario, opina que dentro del grupo no hay preferencia, no obstante el art. 234 del CC, señala indicadores de prelación dentro de la misma línea, y acaso del mismo grado, aplicando como criterios de valoración: la convivencia con el menor o incapacitado (reconocido expresamente ahora por la L 1/1996), la mayor edad, que se trate de descendientes o ascendientes... son los criterios, que "salvo motivo grave apreciado por el juez" "siguen determinando la representación del ausente, ello con el beneplácito de la doctrina".

El último párrafo del artículo prevé la posibilidad de que, excepcionalmente, el juez prescinda de la delación negocial y/o legítima, para dar paso a la dativa, que normalmente sólo procede en defecto de las dos antedichas, ello en beneficio del tutelado, lo que habrá que valorar expresamente en el auto de nombramiento de tutor.

El art. 235 del CC, con su homólogo en el art. 12 de la L 39/1991, dice: "*En defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior, el juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo*". Estamos ante la más genuina manifestación de la tutela dativa, resucitando el Código Civil, al "ome bueno e legal" de las Leyes de Partidas, llamamiento que tiene las siguientes características:

a) Es subsidiario, pues solo cabe cuando no existen, o no son posibles los llamamientos legales, o el juez prescinde de las personas llamadas en beneficio del menor o incapacitado.

b) En este caso, no hay orden de llamamientos, lo que supone el máximo exponente del libre criterio judicial. La elección y nombramiento corresponde al juez.

La doctrina se cuestiona qué ocurriría si existiendo tutor nombrado, reaparece o aparece, una persona que, según el orden del art. 234 del CC, tiene preferencia. La mayoría de la doctrina, capitaneada por LETE y GIL RODRÍGUEZ, entienden que no cabe que el juez aplique el art. 235 del CC, y entonces, en beneficio del tutelado, sustituir al tutor nombrado por el nuevo (más beneficioso). Lo procedente es que el tutor de continúe en el cargo, salvo remoción o excusa.

Tutor único y pluralidad de tutores.

Voy a afrontar este tema exclusivamente en relación con una de las cuestiones que son objeto de esta ponencia, esto es, la constitución de la tutela, sin entrar en el régimen del ejercicio de la tutela plural.

Históricamente, no es nueva la posibilidad de tutela plural. Existen numerosos antecedentes, en el Fuero Viejo, en el fuero Real y en las Partidas. Concretamente en los fueros de Valencia (Libro V, titulado de la tutoría dada en testamento o sin él, Ley XIII) se decía, "ningún pupilo podrá tener más de un tutor, a no ser que sus bienes se hallaren repartidos".

Tampoco es una figura desconocida en otros sistemas Europeos, así en el Código Civil francés y en el BGB.

Actualmente, en nuestro Código Civil, la regla general es la unidad de la tutela. Esta regla general se manifiesta especialmente en el art. 240 en relación con el art. 236, ambos del Código Civil. Concretamente en el art. 240 CC, se prevé un único tutor para cuando existan pluralidad de tutelados que sean hermanos. Según OSORIO MORALES, con la tutela única se trata de conseguir unidad de criterio y reducir los

gastos; además se contribuye a su equilibrio psicológico (sentencia de la AT de Barcelona de 6 de febrero de 1984).

La excepción es la tutela plural. Como dice GARCÍA CANTERO (39), las excepciones a la regla general tienen varios orígenes, por decisión judicial (primera y tercera del art. 236 del CC), legal (82º del art. 236 CC) y por disposiciones de los padres (art. 236 nº 4 CC). Los supuestos de tutela plural son los contenidos en el art. 236 del CC, en concreto:

1.º El art. 236 2 1º del Código Civil dice: *"Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente"*. En la Legislación Catalana, debemos acudir a los arts. 15.2, 33 d) y 36 de la Ley 39/1991 (sólo se denomina tutor al que ejerce su función sobre la persona, al que gestiona el patrimonio se le designa como administrador patrimonial).

Frente a la regla general "la tutela se ejercerá por un solo tutor", para desdoblar la tutela de la persona y la de los bienes, se exige en este número del art. 236 del CC, que el juez motive la "conurrencia de circunstancias especiales"; el conocimiento le vendrá dado de la audiencia del art. 231 CC.

En el aspecto patrimonial es interesante, la enumeración que a efectos ejemplificativos, efectúa DÍAZ ALABART (40); así estará justificado nombrar tutor de la persona y tutor de los bienes, cuando en el campo de los bienes nos encontremos con un gran patrimonio, bienes en lugares distintos. Por su parte, GÓMEZ OLIVEROS y SANCHO REBULLIDA, proponen esta figura cuando se trate de bienes que tengan alguna especialidad (ejemplo: administración compleja, en el caso de que hubiera que administrar una empresa, una colección de joyas u obras de arte, etc.)

DÍAZ ALABART sostiene como presunción que, cuando el tutor deba ocuparse de un patrimonio de cierta importancia, ello implica la necesidad de nombrar tutor de la persona, por falta de tiempo de aquél.

En el aspecto personal, se justificaría la dualidad de tutores cuando, por la corta edad o enfermedad del pupilo, necesite una atención inmediata y dedicación absoluta.

La doctrina se plantea si el caso previsto en el art. 227 del CC es de pluralidad de tutores. A favor, SANCHO REBULLIDA, en contra, DÍEZ PICAZO, O'CALLAGHAN, CANO TELLO, GÓMEZ OLIVEROS Y DÍAZ ALABART y ello por:

1. El art. 236 CC fija como regla general la tutela unipersonal. La pluralidad de tutores es la excepción.

2. Claramente utiliza el término administrador.

3. El antiguo art. 207 del CC, permitía nombrar tutor; ahora solo habla de administrador, además es extraño al espíritu de la reforma de 1983, esta posibilidad.

4. Claramente, el artículo confiere con carácter subsidiario al tutor las facultades no conferidas al administrador; se refiere a las de disposición, que corresponderán al tutor de bienes.

Estas conclusiones no son válidas para la Legislación Catalana ni Aragonesa, ya que

en aquéllas, el llamado administrador es un tutor de bienes.

Por lo tanto, a la vista del Código Civil, pueden nombrarse tutor de la persona y tutor de bienes, y en el campo de los bienes varios tutores, y además, administrador (art. 227 CC).

La división de la tutela de la persona (varios tutores), o mejor dicho, de las funciones que implica dicha tutela, es inconveniente por los conflictos que pueda originar. En este sentido se pronuncia SANCHO REBULLIDA.

Sobre la relación del tutor de la persona con el ámbito patrimonial del pupilo, a la vista del núm. 4 del art. 269 del CC, que establece junto a las obligaciones del tutor, de velar y educar, la de rendir cuentas; cabe preguntarse si es posible que el tutor de la persona pueda cumplir su misión sin realizar ninguna gestión del tipo económico.

El antiguo art. 66 del CC, concretaba la actuación del tutor de la persona a los actos relativos al sostenimiento del tutelado y cosas y servicios propios de la economía doméstica. GÓMEZ OLIVEROS (41) entiende que el tutor de la persona necesita ciertas facultades de administración sobre un patrimonio (o una parte de él), que aunque pequeño le permita cumplir con su función.

En los asuntos en que se entremezclan las funciones de uno y otro tutor, las decisiones las tomaran conjuntamente (art. 237 CC, párrafo 2º del CC), en este sentido, LETE DEL RÍO (41 bis), estima que la fijación del estándar de vida del tutelado es una decisión que se tomará conjuntamente, ya que en este tema concurren elementos personales y patrimoniales. En este caso, el juez en el auto de la constitución de la tutela determinará la proporción en que cada tutor deba contribuir a los gastos.

Si existen motivos de urgencia, según DÍEZ ALABART, cabría aplicación analógica del art. 896 del CC.

Para que los tutores de un mismo pupilo tomen decisiones conjuntas, habrá que acudir a la mayoría simple, si son dos, ya no sirve, debiendo estar a lo previsto, para cuando los desacuerdos son esporádicos; precisamente, según GARCÍA CANTERO, ello constituye el talón de Aquiles de la cotutela.

En caso de desacuerdos esporádicos, el juez tras oír al tutor y al tutelado resolverá, sin embargo, si los desacuerdos son reiterados, habrá que reorganizar la tutela "o" nombrar nuevo tutor (sería mejor introducir una "y" en el art. 237.2 CC). Según LETE, en este caso antes de decidir el juez, debería oír al tutelado si tuviera suficiente juicio y en todo caso si fuere mayor de doce años. (Parece que la nueva Ley 1/1996 ha venido a darle la razón al menos en esto último).

Según el art. 237 bis del CC, en el caso de que los tutores tuvieren atribuidas las funciones conjuntamente y hubiese incompatibilidad u oposición de intereses con el pupilo en alguno de ellos para un acto o contrato, éste será realizado por el otro tutor, o por los demás de forma conjunta. Puede haber cierta contradicción con el art. 299 bis CC, que se salva, si entendemos que en el caso de que las funciones de los diferentes tutores sean separadas y el conflicto afecte a un tutor, se nombrará un defensor judicial.

El art. 238 del CC, establece un supuesto de concentración de cuota –SANCHO habla de acrecimiento de cuota–. Concretamente, el artículo dice: " en los casos de que por cualquier causa cese alguno de los tutores, la tutela subsistirá con los restantes, a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso". Este artículo no plantea problemas cuando se trata de tutela conjunta (ejemplo: padres en art. 236 núm. 2

CC) o cuando, habiendo distribución de funciones, dentro de cada una de ellas hay varios tutores. Las dificultades surgen cuando hay tutor de la persona y de los bienes, entendiéndose que la solución será o ampliar las funciones del que quede al otro campo, o bien, nombrar un nuevo tutor.

La doctrina (DÍAZ ALABART, ALBADALEJO, principalmente) entiende que se acumulan funciones en el que quede, salvo que expresamente se hubiera dicho otra cosa al hacer el nombramiento.

2.º El art. 236.2.2. CC dice: "*Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad*".

Esta descripción es un exponente claro de la voluntad del legislador de considerar la tutela un derivado de la patria potestad.

Sólo nace esta posibilidad de tutela respecto de incapacitados, viudos o solteros que no vivan con los padres o cuando el juez opte por obviar el orden del art. 234 del CC, al nº 1, esto es al cónyuge.

El artículo habla de padres sin especificar, no hace falta que estén casados.

Cuando el artículo dice que "actuarán de forma análoga a la patria potestad", hay que entender que si sólo es nombrado tutor un progenitor, las normas que regirán serán las de la tutela.

La remisión a las normas de la patria potestad implica acudir a los arts. 154 y ss. del CC, especialmente el 156 que regula el ejercicio de la patria potestad, debiendo efectuar algunas precisiones:

— El párrafo primero de dicho artículo establece la regla general de actuación conjunta. En todo caso, hay que ponerlo en relación con el párrafo 1º del art. 237 del CC, esto es, la forma de actuación puede ser solidaria, si los padres lo piden al juez competente (reglas 17, 18 y 19 art. 63 LEC, José Luis ALBÁCAR y MARTÍN GRANIZO se inclinan por la primera). La solidaridad que el CC recoge para las obligaciones no es enteramente aplicable a los supuestos de tutela; en cambio, la doctrina (CANO TELLO, ALBADALEJO) ve unas pautas de contacto entre la tutela solidaria y el albaceazgo, tema en el que no vamos a entrar porque excede en mucho a lo que es el objeto de este comentario.

— El párrafo segundo, en cuanto a los desacuerdos esporádicos, da una solución diferente que el art. 237 del CC, pues en este caso decide el juez directamente, mientras que conforme al 156.2 CC, atribuye la facultad de decidir al padre o a la madre.

Si los desacuerdos fueran reiterados, LETE, opta por acudir al art. 237 CC.

— El párrafo tercero (art. 156 CC), establece una presunción en favor de los terceros de buena fe que se puede aplicar en la tutela.

— En cuanto al párrafo cuarto, la regla general supone que si se trata de los padres, en caso de imposibilidad, incapacidad o ausencia, actúa el otro sin necesidad de especial nombramiento (LETE).

— Por último y en lo que se refiere a los párrafos quinto y sexto, no tienen porque aplicarse precisamente a la tutela, pues puede ocurrir que el juez estime más beneficioso para el tutelado no acudir a la unificación de funciones en un solo tutor, sino el nombramiento de uno nuevo, pasando al supuesto del núm. 1 del art. 236 CC.

En contra de esta postura, LETE entiende que la regla general supone que si se trata de los padres, en caso de imposibilidad, incapacidad o ausencia, actúa el otro sin necesidad de especial nombramiento.

3.º Otro supuesto de tutela plural se contiene en el núm. 3 del art. 236 del CC, que dice: *"Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela"*.

En la Ley actual Catalana (39/1991), la previsión es mucho más amplia, pues conforme al art. 33, se extiende la tutela plural no sólo al cónyuge sino también a la persona que conviva maritalmente, no siendo necesario que el nombrado tutor, sea tío del tutelado, puede ser un extraño.

En la regulación del Código Civil, cuando habla de hermano, se refiere tanto al matrimonial, como extramatrimonial, de doble vínculo o de vínculo sencillo.

En torno a este supuesto se ha planteado una importante polémica doctrinal, centrada en orden a regular la naturaleza jurídica del cargo que corresponde al cónyuge, si se trata de una verdadera tutela o simplemente es un ayudante de su cónyuge, que es el tutor.

— SANCHO REBULLIDA entiende que este caso no es de atribución conjunta e indistinta a ambos cónyuges, sino que la titularidad de la tutela se atribuye al hermano que para el ejercicio incorpora a su cónyuge. LETE DEL RÍO, en apoyo de esta tesis, recurre a la regulación anterior de la patria potestad, cuyo titular era el padre, siendo la madre un "ad latere". Según esta tesis, no estaríamos ante tutela conjunta, sino ante ejercicio conjunto de la tutela.

— Para DÍAZ ALABART (42), ambos son tutores, por ello, cuando el artículo dice "se ejercerá", se refiere a quien la ejerce porque es titular de ella; con ello se evitan los problemas de interpretación, de distinguir qué funciones corresponden al tutor y cuáles al ejerciente. Postura esta última a la que me adhiero, atendiendo al tenor literal del artículo (donde la ley no distingue...), y además por razones prácticas, pues además, separar titularidad y ejercicio de la tutela puede suponer menos garantías para el pupilo, cuestionándonos qué ocurriría en caso de desacuerdo entre el titular y el ejerciente, cómo exigir responsabilidad al que sólo es ejerciente, siendo injusto que el tutor deba responder por los actos de aquel. También se pueden producir problemas en cuanto a la rendición de cuentas, si no entendemos que el cónyuge es un verdadero tutor, pues en este caso se produciría una rendición de cuentas de una gestión ajena, pues en principio sólo el tutor está obligado.

En todo caso, decir que la finalidad de este precepto es facilitar las relaciones de afecto y convivencia entre los cónyuges y el tutelado (LETE), y también, que sea más llevadero el ejercicio del cargo de tutor (ESPÍN). En este sentido, no se ve inconveniente en que se nombre primero al hermano y a la vista de las circunstancias, se nombre posteriormente al cónyuge de aquél. El cumplimiento de estos fines, a mi entender, justifica claramente la extensión llevada a cabo en la legislación catalana, no sólo para personas distintas de los tíos, sino también en favor de la persona que de hecho convive con el tutor, formando una unión de las llamadas de hecho.

En caso de conflicto de intereses entre el menor y uno de los tutores cónyuges, se plantea la duda de si se aplicará el 237 bis del Código Civil y actuará el otro, o si conforme al 299 bis, lo procedente sería nombrar un defensor judicial. Sólo se plantea la duda, lógicamente, para el caso de que sigamos la segunda tesis. Según DÍAZ ALABART sería dudoso que actuase el tutor cónyuge, pues dada la relación conyugal, podría inclinarse a

favorecer los intereses del tutor pariente más próximo a los suyos.

En esta misma línea, entiendo que la concentración de cuota prevista en el art. 238 del CC sólo sería aplicable en este caso si seguimos la segunda tesis que, como ya dije, parece la más razonable.

4.º Por último, el 236.2.4º del CC prevé la tutela conjunta, cuando el juez nombre tutores, *"a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente"*.

En Cataluña cabe la tutela plural al amparo del art. 33 de la Ley 39/1991, recordando que conforme al art. 4º de la misma Ley, la tutela se defiere: 1º En testamento o capitulaciones matrimoniales, y 2º Por resolución judicial. Por lo tanto hay que entender que en caso de delación plural hecha por los padres, ésta sería preferente y no puede quedar sin efecto por resolución judicial.

La disposición referida del CC necesariamente habrá que ponerla en relación con el 223 y con el 224 ambos del mismo texto, de modo que estas decisiones vincularán al juez al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo razonará, mediante decisión motivada. LETE entiende que el juez no puede nombrar co-tutores a las personas designadas por los padres cuando éstos no lo hayan previsto (43), no obstante DÍAZ ALABART considera que si el juez estima que concurren circunstancias especiales (art. 336.2.1º), puede decidir la tutela plural. Opinión esta última que comparto, pues en todo caso lo que debe primar es el beneficio del tutelado.

Si el testador lo hubiere dispuesto de modo expreso (art. 237 CC), actuarán solidariamente, en caso contrario mancomunadamente. Entendemos que la referencia hecha al testador ha de interpretarse ampliamente, dado que la designación puede hacerse también en documento público notarial. Según ALABART, no hace falta que expresamente los padres hablen de solidaridad, basta que se deduzca (44).

C) Ministerio Fiscal. Sus funciones en relación con la tutela.

El art. 3.7 del Estatuto del Ministerio Fiscal de 1981, recoge misiones que desde la época medieval corresponden a la figura del fiscal, como representante y defensor, en juicio y fuera de él, de menores y desvalidos, concretamente prevé como función específica, *"la promoción de los organismos tutelares que las leyes civiles establecen"*. Resumidamente, la intervención del fiscal en la tutela se centra en los siguientes puntos:

1.º El Ministerio Fiscal debe pedir la constitución de la tutela o curatela, en cuanto viniere en su conocimiento del hecho que lo determine (art. 228 CC).

2.º Asume la representación y defensa de aquellas personas que deban ser sometidas a tutela, en tanto no recaiga resolución que ponga fin al procedimiento (art. 299 bis CC).

3.º El fiscal interviene en la formación judicial del inventario al comienzo de la tutela (art. 264 CC).

4.º Ha de ser oído, inexcusablemente, antes de que el juez autorice los actos a que se refieren los arts. 271 y 272 del CC (refundidos por Ley 1/1996).

5.º La tutela se ejercerá bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (216 CC), que actuará de oficio o a instancia del fiscal; este último llevará a cabo la vigilancia del ejercicio de la tutela (art. 232 CC).

6.º El fiscal puede pedir la remoción del tutor.

Vemos cómo se atribuye una importante misión al fiscal en sede de tutela, no sin objeto de críticas, entendiendo la doctrina que la coordinación del art. 174.1 con el 232 ambos del CC, atribuyendo funciones de vigilancia al fiscal, implica el peligro de distorsión del sistema introducido por la Ley de 1983, concretamente ALBALADEJO dice que la reforma de 1983 ha establecido la decisiva intervención del juez en la tutela, pasando al sistema de tutela de autoridad; en este sentido DÍEZ PICAZO entiende que es el juez el órgano natural de fiscalización, por lo que critica la introducción por Ley 21/1987 del art. 232 CC.

Dejando aparte las discusiones doctrinales, lo cierto es que el legislador ha atribuido al Ministerio Fiscal tareas de vigilancia, que desde luego, a entender de esta ponente, deben ser bienvenidas, teniendo en cuenta que, precisamente, la Reforma de 1983 en materia de tutela, impone a los Jueces de Primera Instancia una carga extraordinaria para los medios con que cuentan. Por ello son positivas las sugerencias que propone MEDRANO ALMENDROS (45), que sugiere, entre otras ideas, que los fiscales adscritos a un juzgado que lleve esta materia lleven un registro de las tutelas; asimismo que los fiscales recaben información casi periódica del funcionamiento de las tutelas constituidas (a través de la policía judicial o de los directores de los centros...), elevando información al fiscal jefe respectivo que a su vez lo elevará al fiscal general del Estado.

En esta línea, la reciente Ley 1/1996 de protección jurídica del menor, ha ampliado la intervención del fiscal en esta materia, concretamente en la Disposición Adicional Tercera núm. 1, donde se reitera el principio ya recogido en el Código Civil, relativo a que el juez y el fiscal en la actuación "ad tuendum" no se hallan sometidos al principio de petición de parte " suplirán la pasividad de los particulares", y añade una novedad, al decir " les asesoraran sobre sus derechos y sobre el modo de subsanar los defectos de sus solicitudes". Debe entenderse que la labor de asesoramiento a que dicho precepto se refiere está pensada exclusivamente para el Ministerio Fiscal, porque especialmente a los jueces se lo prohíbe la LOPJ (art. 389.7º, que se refiere a todo tipo de asesoramiento, sea o no retribuido).

D) Defensa y representación.

Conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Tercera, núm. 2º, de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor y de modificación parcial del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, no será necesaria la intervención de abogado ni procurador en las actuaciones previstas en los Títulos IX y X del Libro I del Código Civil, a excepción de las declaraciones de incapacitación y prodigalidad.

5. Tramitación, fases.

El procedimiento, como específicamente se estableció en la Ley 13/1983 de 24 de octubre y ahora se recoge en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 1/1996, es el de la jurisdicción voluntaria. Deben distinguirse las siguientes fases:

- *Iniciación.* Excitación y promoción de la tutela. Medidas previas.
- *Investigación.*
- *Resolución mediante auto.* Contenido y recursos.

A) Iniciación.

a) Promoción/excitación de la tutela.

Las Partidas, inspiradas en el Derecho romano, se plantearon el tema considerando especialmente la necesidad de dar guardador al huérfano desamparado, e imponiendo a los parientes el deber de pedir al juez el nombramiento de guardador. El texto Alfonsino

preveía incluso que los parientes "fueren negligentes en demandar guardador al huérfano" (Partida 6ª, Título XVI, Ley XII).

En el proyecto de Código Civil de 1851, el art. 176 imponía a los parientes la obligación de comunicar al alcalde la noticia de "orfandad" o vacante de la tutela, y si fuesen negligentes, quedaban sujetos al art. 20.2.9º, esto es, inhábiles para ser tutor, protutor o vocal del Consejo de Familia.

En la LEC de 1881 y en el Código Civil de 1889, se recogen iguales obligaciones.

Con la reforma del CC 1983, se establece una nueva regulación de la materia, concretamente en los arts. 228 a 231, artículos no modificados por Ley 1/1996.

Como dice ALBALADEJO, en el camino al establecimiento de la tutela hay que distinguir dos periodos: el de promoción y el de su constitución, distinción sumamente didáctica, aunque en la práctica el primero sea parte integrante del segundo.

El presupuesto que hace falta para que tenga lugar la promoción de la tutela, es que concurra un hecho que dé lugar a la misma, y que el legislador establece de forma tasada en el art. 222 del CC, esto es: que nos hallemos ante un menor no emancipado y no sometido a patria potestad; ante un incapacitado, cuando la sentencia establezca que queda sometido a tutela, o cuando cese una patria potestad prorrogada y no proceda la curatela, y en el caso de que se trate de un menor desamparado.

En la ordenación de los sujetos promoventes, y atendiendo al criterio de la obligatoriedad, se puede distinguir entre:

— *Sujetos obligados*. El juez y el fiscal, también los parientes llamados a la tutela y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado. (arts. 228 y 229 CC).

En cuanto al juez competente, si se trata de menores, con arreglo al art. 63.17 de la LEC, es el domicilio de los padres o en su defecto donde se hallaren. En caso de incapacidad, será competente el juez que dictó la previa sentencia de incapacitación.

La función del fiscal al respecto ya fue analizada.

Por lo que se refiere a los "parientes llamados a la tutela", se plantean dos problemas de interpretación, a saber: si el término pariente incluye al cónyuge y al tutor nombrado por los padres en testamento o documento público, y si hay un orden de prelación.

En cuanto a si el cónyuge está o no incluido en el término parientes, según CANO el art. 229 del CC comprende no solo a los colaterales hasta el tercer grado y sucesivos sino también al cónyuge. LETE, por el contrario, entiende que el art. 229 del CC no incluye al cónyuge ni al tutor designado en testamento, salvo que tuviera conocimiento del nombramiento; estoy de acuerdo con la segunda precisión de LETE, porque otra solución parece excesiva, pero no en cuanto a la exclusión del cónyuge, pues considero que ello es más acorde con el espíritu de la ley en materia de tutela; por ello, los parientes a que se refiere el art. 229 estimo serán los del art. 234, ambos del CC.

Sobre el planteamiento acerca de si existe un orden de prelación entre los llamados a promover la tutela, entiendo con LETE que no hay orden de preferencia entre los llamados, porque el legislador nada dice, y además, ello sería contradictorio con la responsabilidad solidaria que impone dicho art. 229 CC.

También está obligado a promover la tutela según dicho artículo: "la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapaz". Según CANO, hay que incluir no sólo al guardador de hecho, sino también a los que ejerzan la guarda con carácter funcional o

administrativo.

ROGEL VIDE, amparándose en que este art. 229 CC es de distinto contenido que el 203 del CC, que en sede de incapacidad expresamente obliga a instar la declaración de incapacidad a autoridades y funcionarios, entiende que debe ser interpretado muy restrictivamente. Alega este autor que el hecho de que no hayan instando, las más de las veces por ignorancia, una tutela formal, se compensa con que se hayan ocupado de hecho del menor o incapaz.

En esta línea, DÍEZ PICAZO opina que para que a las autoridades y funcionarios se les exija responsabilidad, se requiere que conozcan los hechos y que este conocimiento derive del ejercicio del cargo.

En cuanto a la responsabilidad y a la hora de determinar a partir de qué momento surge, el art. 229 del CC dice "desde el momento en que concurra el hecho que la motivare". Antes el artículo decía "desde el momento en que lo supieren".

Según LETE DEL RÍO, en todo caso el deber de comunicación hay que cumplirlo con prontitud y urgencia. En esta misma línea algunas antiguas sentencias, como la de 1 de mayo de 1849 interpreta "ya se atiende al sentido adverbial de la ley, ya al fundamento legal que la dictó, el espacio que media entre el momento en que las indicadas personas tengan conocimiento del hecho que determine la tutela y el que cumplan el precepto de la ley, ha de ser tan próximo e inmediato, como aconseja la prudencia del hombre más escrupulosamente exacto en el cumplimiento de sus obligaciones".

A las personas obligadas del art. 229 del Código Civil, se les impone en caso de incumplimiento, una responsabilidad solidaria de indemnización de los daños y perjuicios causados.

Se trata de una responsabilidad de naturaleza objetiva, siendo ciertamente una novedad su introducción en el campo extra contractual; quizá ello responda a razones de seguridad, sencillez y celeridad. Para que nazca, será presupuesto que se haya producido el daño y que concurra el hecho causante, con omisión de acción (promoción de la tutela) por parte del obligado.

IZQUIERDO entiende que estamos ante una responsabilidad objetiva, al margen de la culpa: "basta" que se haya producido el daño y que se aprecie la existencia de una causa que dé lugar a la tutela, para que se entienda que el motivo de mayor peso, por el cual el daño se produjo, fue el de no haber instando la oportuna declaración... En esta misma línea, LETE habla de responsabilidad por no cumplimiento de una obligación legal, siendo suficiente que se haya producido el daño y que exista el hecho causante de la tutela. Para este autor, no se trata de una simple presunción de culpa que admita prueba en contra.

En cuanto al contenido o extensión de la responsabilidad que impone el art. 229 del CC, se extiende a los perjuicios directos e indirectos, los que sean consecuencia de la omisión de acción (ej. imposibilidad de celebrar un contrato por falta de representación adecuada).

Parece que en caso de actuación de buena fe, según GÓMEZ OLIVEROS, sólo se responderá de los perjuicios directos. Además este autor exime de responsabilidad a estas personas, cuando haya habido un previo conocimiento judicial o fiscal del asunto, pues parece que, de los arts. 228, 229 y 230 del CC, se deduce una cierta intención de prelación por parte del legislador (autoridades, parientes próximos y cualquier persona), orden lógico si tenemos en cuenta que estamos ante un sistema de tutela de autoridad. En contra de esta postura ROGEL VIDE.

La mejor forma de comprobar los hechos es mediante audiencia al guardador de hecho para que informe ex art. 303 CC.

La acción la ejercerá el tutor que resulte designado ex art. 271.6° del CC (según reforma operada por Ley 1/1996), a menos que concurriera urgencia por razones de prescripción. También podría ejercitar la acción el tutelado alcanzada la mayoría de edad o recuperada la capacidad.

En cuanto a la concreción del plazo de prescripción, es difícil determinar si se aplicará el del art. 279 CC, de cinco años concedido al tutor para que rinda cuentas o el del 1968.2 CC, esto es, de un año. Me inclino por la postura de MARTÍN GRANIZO, que opta por la segunda solución, añadiendo que con base en el art. 1.969 del CC, el plazo empezará a contar siendo menor, desde que cumpla la mayoría de edad o tenga lugar la emancipación, para el caso de que no la ejercite el tutor nombrado que es el representante.

Por último decir que no estoy de acuerdo con la proposición de algunos autores como LETE DEL RÍO, de extender la responsabilidad solidaria al juez y al fiscal ya que, si el legislador así lo hubiere querido, lo habría previsto expresamente en el art. 228 del CC, para ellos regirán sus propias reglas de responsabilidad, contenidas en la LOPJ y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

— *Cualquier persona* podrá poner en conocimiento del juez y del fiscal el hecho determinante de la tutela, art. 230 del CC. Este artículo muestra un paralelismo evidente con el art. 203 del CC en sede de incapacitación.

Cualquier persona, implica que puede ser una persona mayor o menor de edad, nacional o extranjero, capaz o incapaz. Tan amplias son las posibilidades que ofrece el artículo, que por la doctrina se ha venido hablando de una acción popular o pública en esta materia, concretamente CAPEROCHIPÍ admite la legitimación pública, por su parte GÓMEZ OLIVEROS no está de acuerdo, diciendo que "la legitimación, no corresponde a cualquier persona, sino sólo la posibilidad de comunicar", por ello LETE habla de acción pública de denuncia. En esta misma línea DÍEZ PICAZO.

En definitiva, en atención a los intereses que se pretenden proteger, el legislador amplía el cauce o vía de comunicación entre las personas que conozcan el hecho y el juez o fiscal, ello al igual que ocurre en el proceso de incapacitación. Se trata del reconocimiento o plasmación legal de un deber moral o de solidaridad.

Plantea dudas la aplicación de lo dispuesto en los arts. 228, 229 y 230, todos del CC, a los curadores, ello conforme a lo que establece el art. 291 del CC; pues aquellas normas no se encuentran bajo la rúbrica de la delación de la tutela y el nombramiento. Con este mismo argumento, tampoco resultan aplicables al defensor judicial ex art. 301 del CC.

Cuando existe previa sentencia de incapacitación, a fin de evitar dilaciones en perjuicio del incapaz, es conveniente que en la propia sentencia se acuerde la incoación de oficio del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, a los efectos del nombramiento de tutor o de curador.

b) Medidas previas.

La tutela no funciona de inmediato, nada más producirse el hecho que dé lugar a ella. Normalmente, desde que se tiene conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela hasta que el juez dé posesión al tutor designado, como se deduce indirectamente del art. 252 del CC, hay un interregno durante el cual el menor o incapacitado no puede ni debe quedar sin protección y amparo. La previsión legal se encuentra en el art. 299 bis del CC.

El ámbito de aplicación es el de todos aquellos casos en que una persona debe ser sometida a tutela, concretamente a ellos se refiere el art. 222 CC, mientras se nombra al tutor.

Las medidas que prevé el art. 299 bis CC son:

— Tutela provisional a cargo del Ministerio Fiscal. El Ministerio Fiscal asume la tutela (representación y defensa), desde que se tiene conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y hasta que el tutor nombrado toma posesión de su cargo, GETE ALONSO entiende que también es aplicable cuando lo que se haya de nombrar sea un curador y cuando existió una tutela previa, pues, extinguida esta, se produce igual situación (46).

Las funciones del Ministerio Fiscal son las que afectan a la esfera personal, la representación y defensa del menor o incapacitado. PUIG FERRIOL (47) sostiene que se trata de una actuación intermitente, que sólo ejercerá cuando en esa fase provisional surja alguna controversia que afecte a los intereses del tutelado y deba ventilarse en juicio.

La función protectora del Ministerio Fiscal coexistirá con la de otras personas que cuiden al menor o incapacitado, de entre las que destaca el guardador de hecho. Según PUIG FERRIOL, sólo cuando el menor o incapacitado estén abandonados, deberá el fiscal proveer el cuidado de la persona del menor o incapacitado, encomendándola a una persona o institución adecuada. (internamiento 271.1 CC)

En esta línea, LETE DEL RÍO (48) dice que las características de esta tutela son la excepcionalidad y la interinidad. No se le imponen las mismas obligaciones que al tutor normal, sólo el cuidado de la persona, y permanece sólo hasta que el tutor tome posesión de su cargo.

Para GETE ALONSO, sin embargo, el fiscal tiene las funciones que corresponderán al tutor.

— Nombramiento de un administrador. Cuando además del cuidado de la persona sea preciso proveer para el cuidado de los bienes, el juez nombrará un administrador. Si el juez no lo estima procedente, no es obligatorio nombrarlo; en caso de que no se le nombre, actuará el Ministerio Fiscal.

Para nombrarle, no es preciso seguir las reglas de la tutela, pero sí elegir a la persona más beneficiosa para el menor o incapacitado. Según PUIG FERRIOL, se podría nombrar a más de uno. El designado no tiene obligación de aceptar.

El término "cuidado de los bienes" lleva a entender que sólo podrá realizar actos de administración ordinaria y de conservación. En este punto, cabe recordar que el precedente de este artículo, el derogado art. 203 CC, atribuía a los jueces municipales el cuidado de los bienes muebles, hasta el nombramiento de tutor. Para los actos que excedan de éstas facultades, precisará autorización judicial; no entrando aquí en juego las reglas de los arts. 271 y 272 CC, pues en esta fase de tutela provisional, el administrador solo podrá disponer de los bienes del futuro tutelado si concurre alguna circunstancia excepcional, que deberá ser apreciada por el juez (art. 216 y 232 CC).

Al final de su gestión el administrador, deberá rendir cuentas al juez, aplicando analógicamente y con las adaptaciones oportunas las reglas de la tutela (arts. 279 a 285 CC), salvo en cuanto a los plazos, ya que aquí será inmediatamente.

En el caso de que antes o coetáneamente a la demanda de incapacidad, el juez, en

amparo al art. 209 del CC adoptase una medida cautelar consistente en el nombramiento de un administrador de los bienes del presunto incapaz, es conveniente, a fin de que no se produzca ningún vacío o desatención, que en el fallo de la sentencia se diga que se prorroga su función hasta que el tutor que en su caso se nombre, tome posesión de su cargo.

B) Investigación.

Es en esta fase en la que el juez debe reunir todos los datos posibles para la constitución de una "buena" tutela.

— En primer lugar, deberá cerciorarse de que existe un supuesto del art. 222 del CC. A estos efectos, en el caso de los números 1º y 3º, habrá que aportar al expediente el certificado del Registro Civil acreditativo del fallecimiento de los padres, así como el demostrativo de la filiación del hijo, o en su caso, la sentencia declaratoria de la ausencia o fallecimiento de los padres. Tratándose de acreditar la privación de la patria potestad, se aportará la resolución en que se acuerde (civil o penal), o la resolución del Juzgado de Menores privativa de la guarda.

Si se trata del supuesto del número 2 del art. 222 del CC, se aportará la sentencia de incapacitación, lo que como hemos dicho se hará de oficio.

En el caso de menores en situación de desamparo, es conveniente oficiar al ente público que en el respectivo territorio tenga competencia en materia de menores, ello a fin de que aporte datos en relación con los mismos, si los tiene, o en otro caso que informe inmediatamente de su situación. Mediante esta vía se consigue, por una parte, incentivar el mecanismo del art. 172 del CC, y por otra, obtener información sobre la aptitud o características del que pueda ser elegido tutor, ya que normalmente el guardador de hecho solicita ser nombrado.

— Mediante esta fase de instrucción será sumamente interesante averiguar la situación personal, patrimonial y familiar del tutelado, así como si existen parientes llamados o no por ley, y la existencia de posibles causas de inhabilidad. Para conseguir estos datos, además de la ayuda que nos puede prestar la administración, se puede oficiar a la policía para que nos informe de la situación del menor o incapaz, se pedirán antecedentes penales del candidato a tutor, requiriéndose a éste para que aporte un certificado de buena conducta.

Es fundamental a estos efectos, tanto la audiencia de los parientes más próximos, como de las personas que el juez considere oportuno, y del tutelado si tuviere suficiente juicio y más de doce años (231 CC).

— También en esta momento previo, el juez averiguará la existencia de disposiciones paternas y/o maternas, ya sea en testamento o en documento público notarial art. 223 CC (en Cataluña, se admite en capitulaciones matrimoniales, expresamente) o la existencia de disposiciones efectuadas por el tercero que dispuso de bienes a título gratuito (art. 227 CC). Si se trata de disposiciones de última voluntad, es sencillo, pues basta oficiar al Registro de Actos de Última Voluntad; en otro caso, esta información solo se puede obtener por los medios previstos en el art. 231 del CC.

Tanto el Código Civil en el art. 231, como la Ley Catalana, art. 18 L 39/1991, regulan las audiencias que se pueden o deben llevar a cabo en esta fase de instrucción, arts. que hay que poner en relación con el 1.813 y ss. de la LECivil; en concreto, el juez constituirá la tutela, "previa audiencia de los parientes más próximos" (requisito constitutivo). No se determina grado de parentesco, y ello es lógico y correcto, pues dada la subjetividad y complejidad de las relaciones familiares, podría ocurrir que el pariente excluido fuera el

que mayores relaciones tuviera con el sometido a tutela, a lo que LETE (49) objeta que este inconveniente se solventa con la audiencia de las personas que el juez "considere oportuno". Por ello, este autor entiende que habría que acudir a los órdenes de parientes que prevé el Código; orden de suceder, para contraer matrimonio o de los obligados a prestarse alimentos, inclinándose por el orden de suceder, pues parte del concepto de familia en sentido jurídico amplio, ya que en la inmensa mayoría de los casos de tutela, los padres habrán fallecido y por ley natural también los abuelos... siendo posible que no haya hermanos y carezca de descendientes. Según este orden, serán oídos los ascendientes, descendientes y los colaterales hasta el cuarto grado.

Como se ha dicho, el juez otorgará audiencia a las "personas que considere oportuno", lo que incluye a los allegados y también a los profesionales que rodean al menor o incapaz, psicólogos, psiquiatras, cuidadores...

"Se oirá al tutelado si tuviere suficiente juicio y siempre si fuere mayor de doce años". El artículo habla de tutelado, debería referirse a tutelando, pues aún no se ha constituido la tutela, así opinan VENTOSO, SANCHO.

El término suficiente juicio del Código Civil o suficientemente conocimiento de la legislación catalana, es objeto de crítica, dado que es muy impreciso, de modo que si se quiere evitar el arbitrio judicial, lo mejor es pedir dictamen previo a expertos.

Recientemente, con la reforma operada por Ley 1/1996 de protección jurídica del menor, se reconoce expresamente el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social (art. 9).

C) Resolución por auto. Contenido y recursos.

La resolución que ponga fin al expediente tendrá la forma de auto (arts. 369 de la LEC y 245 de la LOGPJ). Dicha resolución tendrá el siguiente *contenido*:

— El pronunciamiento principal es el nombramiento de tutor o curador, debiendo seguirse el orden de llamamientos del art. 234 del CC o del art. 12 de la Ley Catalana; en caso de no hacerlo, se deberá justificar el porqué de las variaciones en el orden legal (art. 235 CC y 12, L 39/1991). Puede contener el auto el nombramiento de una pluralidad de tutores (arts. 236 CC y 34 LC), debiendo especificar si éstos actuarán en todos los campos (persona y bienes) o sólo en uno de ellos. En caso de pluralidad de tutores de los números 2º y 4º del art. 236 CC, se deberá especificar (previa petición) que los tutores puedan actuar con carácter solidario.

— Si el juez opta por nombrar tutores a los excluidos por el padre o la madre en testamento o documento público notarial (art. 245 CC), deberá razonarlo en el auto, ello en beneficio del menor o incapaz. Igualmente, cuando se trate de valorar las dispensas a que hace referencia el art. 246 CC (las de los núms. 4º de los arts. 243 y 244 CC), si el juez las acepta, es interesante que haga constar en el auto, que ha quedado acreditado a lo largo del procedimiento que los padres, al hacer la dispensa conocían la causa de inhabilidad; si no acepta las dispensas propuestas por los padres, deberá motivar la negativa en la resolución.

— El auto puede establecer órganos de fiscalización designados por los padres con el nombramiento de las personas que hayan de integrarlos. Además podrá contener cualquier disposición sobre la persona o bienes del tutelado, ello, en caso de que el juez acoja la previsión de los padres al respecto (ex art. 223 CC). Si el juez entiende que no debe aceptar esas disposiciones por el beneficio del menor o incapacitado, deberá exponer en el auto las

razones para el rechazo (art. 224 CC). En caso de contradicción entre las disposiciones paternas y maternas, el juez en el auto puede optar por no acoger ninguna o alguna, razonándolo (art. 225 CC).

También podrá regular el juez en el auto o en otra resolución posterior, las medidas de vigilancia que considere oportunas en beneficio del tutelado (art. 233 CC).

En Cataluña y Aragón puede ser necesario nombrar protutor, salvo que los padres los excluyan o el tutelado no tenga bienes (art. 70, L 39/1991).

— En la resolución que ponga fin al procedimiento, se puede proceder al nombramiento del administrador al amparo del art. 227 del CC y se fijaran las reglas de administración impuestas por el que dispuso de bienes a favor del menor o incapacitado, y si el beneficio del menor o incapaz obliga a hacer caso omiso de las disposiciones, ello deberá motivarse en el auto.

— Además puede contener el auto la aprobación de la previsión paterna-materna de que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del pupilo, a cambio de prestarle alimentos.

Entiendo que no resulta muy práctico recordar en este momento al tutor sus obligaciones, como la de hacer inventario, de prestar fianza, de rendir cuentas e informar al juez, de pedir autorización judicial para determinados actos, etc., ya que puede excusarse, siendo más lógico recordar estas obligaciones a posteriori, en el acto de toma de posesión.

En cuanto a los *recursos*; son los generales de la jurisdicción voluntaria (art. 1.819 y ss. LEC), quedando sin efecto para esta materia el art. 1.817 de la LEC, ello en virtud de la Disposición Adicional Tercera 3º de la Ley Orgánica 1/1996, que dispone que en caso de oposición de algún interesado, se ventilará en el mismo procedimiento sin tornarlo en contencioso.

Se trata de una resolución que cuando devenga firme, y con el complemento del acta de toma de posesión del tutor, adquiere eficacia constitutiva. No produce cosa juzgada, siempre cabría acudir al declarativo correspondiente.

D) Notificación del auto conteniendo el nombramiento de tutor.

En este apartado se van a estudiar los siguientes puntos:

- Obligación legal de aceptar el cargo.
- Excusas.
- Toma de posesión del cargo, previo juramento o promesa.

a) Obligación legal de aceptar el cargo.

El art. 216 del Código Civil dice que "Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial", disposición que constituye el marco general de las funciones tutelares, y que se desarrolla en otras disposiciones de la Ley relativas al cargo de tutor (arts. 246 y ss. del CC) y al ejercicio de la tutela (arts. 259 y ss. del CC).

Según ROCA TRÍAS (50), la tutela constituye un oficio de Derecho privado creado a imagen y semejanza de la patria potestad. Con base en esta concepción, se puede decir que la tutela, al igual de la patria potestad, tiene un carácter "debido", por ello, efectuado el llamamiento judicial, es irrenunciable la asunción del cargo por el tutor

(51).

Esta concepción de oficio de Derecho privado se manifiesta en que, si no se llega a ejercer el cargo, se prevé una sanción en el art. 257 del CC, perdiendo el tutor lo que le dejó el testador en consideración a su nombramiento.

El carácter obligatorio de la tutela ha llevado a algunos autores a pensar que se trata de una institución de Derecho público, lo cual es rechazado por LETE DEL RÍO (52), que entiende que con dicha concepción se confunde el interés público con la peculiar estructura de las relaciones de Derecho público, afirmando que la tutela constituye un "officium" de Derecho privado, por lo tanto, el que la desempeña no tiene carácter de autoridad ni es funcionario del Estado.

PERLINGIERI concreta muy bien el significado del derecho-deber del tutor, cuando dice "el tutor no es titular de una situación subjetiva de interés propio, sino de una situación compuesta de poderes y de todos los deberes inherentes a ellos".

Por lo tanto, estamos ante una institución cuasi familiar, como ocurre con la patria-potestad, al igual que en aquélla, se trata de un deber que se ejerce en beneficio, en este caso del tutelado, lo que según BERCOVITZ, constituye un límite general que condiciona no sólo las facultades del tutor, sin también la intervención judicial. Ambas instituciones están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (arts. 158, 167 y 216, todos del CC).

Este beneficio o interés del tutelado, menor o incapacitado, al no poder ser defendido por él mismo se eleva, según CICU, a un interés familiar y social.

Entiendo que esta concepción de la tutela, como officium de Derecho privado, es igualmente predicable de la curatela y del defensor judicial, pues en ambos casos son de aplicación las normas sobre excusas de los tutores, ello según lo dispuesto en los arts. 291 y 301 del CC (respectivamente).

b) Excusas.

Aquí, vamos a estudiar:

a) Concepto-regulación.

b) Causas de excusa, según se trate de personas físicas o jurídicas.

c) Plazo para alegar la excusa, distinguiendo causas de excusa originarias o sobrevenidas.

d) Procedimiento

e) Efectos-sanción

a) Concepto-regulación.

La excusa es una excepción al principio de obligatoriedad que rige en materia de tutela. LETE DEL RÍO la define como aquella "causa legítima que debidamente alegada y justificada, exime de la obligación de ejercer el cargo de tutor".

Se trata de una facultad discrecional a ejercer por la persona llamada al cargo. Este carácter facultativo o discrecional, lleva a GARCÍA GOYENA a entender que a diferencia de las inhabilidades-incapacidades, que atienden al interés del tutelado, las excusas (es potestativo acogerse o no), benefician al que puede alegarlas. GIL RODRÍGUEZ opina que esta tesis debe ser sometida a revisión, que viene impuesta por

atender al principio básico y determinante del beneficio del tutelado en la aplicación-interpretación de todos los preceptos relativos a la tutela, incluidos los configuradores de las causas de excusa. Precisamente, la admisión de causas de excusa, en tanto en cuanto se trata de razones que dificultan el buen desempeño del cargo, redundan en beneficio de la persona sometida a tutela, hasta el punto que este autor se remite a la opinión de SANCHO REBULLIDA que considera que "los llamamientos de parientes debían tener, por parte de estos, una respuesta libre y voluntaria, como mejor garantía de interés y afecto".

La regulación del Código Civil viene contenida en los arts. 217, 251 a 258. En la Ley Catalana 39/1991, art. 21.

b) Causas de excusa. Distinguiendo según se trate de personas físicas o jurídicas.

En realidad es difícil hablar de causas de excusa, pues estamos ante un *numerus apertus*. Frente a la legislación anterior que recogía una lista rígida, ahora el juez puede actuar con flexibilidad y amplitud interpretativa, ya que el artículo que regula las causas (art. 251 CC) dice "o por cualquier otra causa resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo".

Queda por lo tanto, al arbitrio judicial la concreción de los supuestos de excusa, ya que la enumeración del Código es *ad exemplum*; ciertamente ello contrasta con el carácter tajante del art. 217 del CC que dice "Sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos".

En todo caso, parece que el legislador quiere separar las causas de excusa que pueden alegar las personas físicas y las jurídicas, ello en el art. 251 del Código Civil.

En cuanto a las *personas físicas*, será excusable el desempeño de la tutela, cuando "por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, o por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado y por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo" (art. 259 párr. 1º CC). Estas causas son idénticas en la legislación catalana. Examinadas aisladamente:

— Edad o enfermedad, según GIL RODRÍGUEZ, si el llamado alega razones de edad, habrá que valorar también la edad del sujeto a guarda (no es lo mismo que se trate de un niño de meses ó que tenga quince años) y la específica clase de guarda (no es igual que se trate de tutela que de curatela).

— Ocupaciones personales o profesionales. Entre las primeras se incluiría la patria potestad (gran número de hijos) o el ministerio eclesiástico, o por ejemplo, hacerse cargo de ascendientes. En las ocupaciones profesionales, habría que acudir a la antigua regulación, que en el art. 244 del CC enumeraba una serie de cargos públicos que excusaban de la tutela y que ahora se podrían utilizar a título de ejemplo, y son ministros del Gobierno de la nación, presidente de las Cortes, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Consejo Supremo de Justicia Militar, del Tribunal de Cuentas del Reino, y del Consejo de Economía Nacional, magistrados, jueces, y fiscales así como militares en activo. Algunos de estos cargos no tienen actualmente la misma denominación, ahora habría que añadir cargos similares de las Comunidades autónomas o de las Corporaciones locales. También habría que incluir algunas ocupaciones privadas; por ejemplo: viajantes o artistas.

— Falta de vínculos de cualquier clase. Es significativo que el legislador de 1889, a

imitación del modelo francés, no introdujera en el Código Civil un precepto similar al contenido en el art. 423 del Código de Napoleón que decía "aquel que no es pariente o afín del menor o incapacitado, no puede ser compelido a aceptar la tutela", se limitó a establecer en el art. 254 "los que no fuesen parientes del menor o incapacitado, no estarán obligados a aceptar la tutela, si en el territorio del tribunal que lo defiere, existen parientes dentro del sexto grado que puedan desempeñar aquel cargo".

La previsión del actual art. 251, hay que ponerla en contacto con los arts. 234 último párrafo y 235 todos del CC, pues aunque el legislador establece una cierta preferencia por los parientes, siempre prima el interés del tutelado, que determina una prelación absoluta para el ejercicio del cargo de tutor, en favor de la persona que mejor se acomode al beneficio del tutelado, la más idónea, sea o no pariente.

— Cualquier otra causa por la que resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo o como dice la Ley Catalana, que haga excesivamente pesado o ineficaz la tutela (art. 21.1, Ley 39/1991). GIL RODRÍGUEZ señala que aquí cabría incluir el alejamiento geográfico, por la importancia de que el tutelado conserve su entorno, la cuantía y situación del patrimonio del tutelado, e incluso los medios con que cuenta el que pretende excusarse.

A las causas que pueden alegar las *personas jurídicas*, se refiere el segundo párrafo del art. 251 CC, que dice "Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela".

Esta causa de excusa debe ser interpretada con flexibilidad, distinguiendo, según se trate de personas jurídicas privadas o públicas. Tratándose de las primeras, habrá que entender que carecen de medios cuando, aun teniéndolos, se podrían perjudicar otros tutelados. Por ello entiendo que el juez debe hacer una valoración de las circunstancias, y que nunca se debe forzar la asunción de tutelas por parte de los entes privados, porque se correría el riesgo de hacer ineficaces otras tutelas. Se debe partir de una cierta presunción de honestidad, pues se trata de personas jurídicas sin finalidad lucrativa, que sólo se excusarán cuando sea imposible realmente hacerse cargo.

Tratándose de personas jurídicas públicas, según BERCOVITZ, LETE y GIL RODRÍGUEZ, no se podrán excusar por carecer de medios.

A la vista de lo dispuesto en el art. 251.II CC, la persona jurídica no podría excusarse respecto de una tutela, aun cuando entre sus fines tuviera la guarda y protección de otro tipo de personas, sólo menores o sólo incapacitados, o dentro de éstos, para una específica clase de patologías (enfermedades mentales, deficientes, ancianos); otra cosa es que fuera realmente eficaz el nombramiento, por lo que me inclino por una interpretación flexible, al menos, respecto de las personas jurídicas privadas.

A veces, dada la dificultad para encontrar a una persona que ejerza el cargo de tutor, se interpreta restrictivamente la excusa; entiendo, por el contrario, que habrá que ponderar la conveniencia para el tutelado de que tenga un tutor con tales condicionamientos (causa de excusa) o que, sin tenerlos, por el solo hecho de alegar la excusa, muestra una actitud que, sin lugar a dudas, afecta a su idoneidad.

c) Tiempo o plazo para alegar la excusa. Excusas originarias o sobrevenidas. Cómputo del plazo.

El legislador distingue, según se trate de que la causa de excusa sea originaria o sobrevenida, y por lo tanto aparece con posterioridad al nombramiento.

— Cuando se trata de una causa de *excusa originaria* o que concurre en el momento del nombramiento, el plazo para alegarla es de 15 días contados desde la notificación del auto conteniendo el nombramiento (art. 252 CC). Según la legislación anterior, el plazo contaba desde que el tutor tuvo conocimiento de su nombramiento.

Conforme a la regulación actual, autores como LETE DEL RÍO y GÓMEZ OLIVEROS entienden que es indiferente que el tutor haya participado en el procedimiento de constitución de la tutela. Para ello invocan el art. 231 CC, ya que puede ser que en la audiencia de parientes, éstos manifiesten al juez la concurrencia de causa de excusa en el futuro tutor; esto no basta, deberá alegarlo él, no sería correcto llamarle en ese momento previo para que aclare, ya que tiene un plazo de reflexión (15 días).

El cómputo del plazo, para unos autores, se efectuara con arreglo al art. 5 del Código Civil (cuentan los días inhábiles), para otros, se llevará a cabo conforme a las arts. 303 y 304 de la LEC, con lo cual no contarán los días inhábiles (LETE). Para la mayoría de la doctrina es un plazo de caducidad.

— Si la causa de *excusa es sobrevenida*, podrá ser alegada en cualquier momento (arts. 255 CC, 21.1, L 39/1991).

Plantea problemas aquella causa subsistente en el momento del nombramiento, pero que el tutor ignoraba que existiera; Con arreglo a la legislación derogada, la doctrina entendía que "la ignorancia de hecho propio o de derecho, no es alegable", MANRESA se pronunciaba en contra. Actualmente LETE apuesta por la admisión de la excusa, ello en beneficio del tutelado, entendiendo que en todo caso, lo fundamental es probar la excusa. Este autor acepta también la alegación de que se ha agravado o que no fue debidamente valorada; opinión que comparto.

El Código Civil impone una obligación al tutor que se excusa por causa sobrevenida, así en el art. 253 dice, que podrá excusarse "siempre que haya persona de parecidas condiciones para sustituirle". Si esta disposición la interpretamos literalmente y de forma estricta y, si realmente concurre causa sobrevenida, se puede perjudicar el beneficio del pupilo por el mal comportamiento del tutor, que no puede hacer valer la excusa mientras no encuentra persona de parecidas condiciones para sustituirle.

La razón de este precepto es que la tutela es un deber que se establece en beneficio del tutelado, y por ello se entiende que el interés del tutor (excusa) no puede nunca perjudicar ese desenvolvimiento.

LETE Y SANCHO REBULLIDA proponen que si la situación del tutor es grave, cabría nombrar un defensor judicial con arreglo al párrafo 2º art. 299 Código Civil, en esta línea GÓMEZ OLIVEROS.

En todo caso, con lo que está de acuerdo la mayoría de la doctrina, es con que el artículo debe interpretarse de forma flexible, en el sentido de que no será necesario designar un sustituto nominalmente y contando con su aprobación, bastarán designaciones genéricas y no será imprescindible contar con su aprobación.

Importantes problemas de interpretación plantea el art. 254 CC que establece "lo dispuesto en el artículo anterior no se aplicará a la tutela encomendada a las personas jurídicas". Esta disposición ha dado lugar a tres posibles interpretaciones:

* La más estricta, que entiende que las personas jurídicas solo podrán excusarse por causas originarias, concretamente por carencia de medios y en el plazo de 15 días a

contar desde la notificación del nombramiento (arts. 251.II y 252 CC). Esta postura implicaría, en caso de concurrir posteriormente carencia de medios, un perjuicio para el tutelado o para otros tutelados.

* Otra solución, sería la de acudir a las causas de remoción, concretamente sustituir el supuesto en el nº 1 del art. 244 CC (excusa), por incumplimiento de los deberes propios del cargo, ex art. 247 del Código Civil. El problema de esta interpretación es que entonces, la persona jurídica quedará inhabitada para otras tutelas, aun en el caso de que se recupere económicamente arts. 243.2º y 247 Código Civil.

* LETE del RÍO propone según las reglas de la lógica, aquellas que excluyen la contradicción y los resultados absurdos, que las personas jurídicas puedan excusarse durante el ejercicio de la tutela cuando carezcan de medios, aunque no haya persona de parecidas condiciones para sustituirlas. Este autor, entiende así la remisión que hace el art. 254 del Código Civil al artículo anterior. Interpretación que entiendo se acomoda mejor a los fines perseguidos por el legislador en esta materia, y que además es más práctica, lo que no es obstáculo para, siguiendo a BERCOVITZ, excluir a las personas jurídicas públicas. Entiendo que estas siempre deberán garantizar una sustitución.

d) Procedimiento para hacer valer las excusas.

El procedimiento se inicia por medio de solicitud del tutor, alegando la causa de excusa, con acompañamiento de documentos acreditativos de su concurrencia (ejemplo: informes médicos). También contendrá la proposición de un nuevo tutor, que puede hacerse de un modo genérico (ejemplo: ascendentes), sin necesidad de que justifique la aceptación del cargo por parte del posible tutor.

En este punto, plantea problemas la interpretación del art. 256 del CC "mientras se resuelve acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer la función". Por lo tanto, mientras se resuelve acerca de la excusa, la regla general es que el tutor continúe ejerciendo su cargo. Entendemos que no es adecuada esta solución, porque mal guardador será el que está deseoso o necesitado de abandonar el cargo, con peligro de "daño moral" para el pupilo, además, no hay por que pensar que se excusa por mero egoísmo o capricho. Lo más coherente es que, mientras se resuelve la excusa, si el tutor no pueda continuar ejerciendo su función, lo ponga en conocimiento del juez, para que nombre un defensor que le sustituya (art. 299 CC).

Cabe preguntarse si lo dispuesto en este art. 256 del CC, es de aplicación, además de a las excusas por causas sobrevenidas, a las originarias, en concreto si el tutor alega la excusa dentro del plazo de quince días (art. 252 CC), y no obstante debe tomar posesión mientras se resuelve la excusa. Distinguiamos:

— Por lo que se refiere al tutor ejerciente (excusa sobrevenida), éste debe continuar en el desempeño de su función, desde que alega la excusa hasta tanto no sea firme la resolución que en su caso lo estime. Ello porque las funciones tutelares constituyen un derecho-deber (arts. 216 y 217 CC).

No obstante, si el tutor que alega la excusa continúa ejerciendo sus funciones, puede el juez apreciar falta de diligencia, o cuando la causa alegada es de auténtica imposibilidad, entiendo, siguiendo a GIL RODRÍGUEZ, que el juez podrá "suspender" al tutor y nombrar un defensor judicial, conforme a los arts. 249, 256 y 299, todos del CC. El sustituido será responsable de todos los gastos ocasionados si la excusa fuese rechazada. Esta prevención hay que entenderla como una sanción por incumplimiento de la obligación que impone al tutor el párrafo primero, y como medio de no gravar el

patrimonio del pupilo con la excusa que no prosperó.

La responsabilidad que se deduce para el tutor es directa, pues comprende los gastos judiciales y también, según LETE DEL RÍO, indirecta, comprendiendo el desempeño doloso o negligente por parte del defensor judicial. Para GÓMEZ OLIVEROS, esto último no es lógico, pues el tutor no intervino en su nombramiento, y además el defensor no está libre de responsabilidad (art. 302 CC). Se trata de una responsabilidad objetivada, que puede empujar al tutor, para evitar sus consecuencias, a continuar "aparentemente" ejercitando la función tutelar, aunque sea en perjuicio del pupilo.

— Si la excusa es originaria y se alegó por el nombrado en el plazo de 15 días, es absurdo dar posesión al tutor que alegó excusa dentro de plazo, para quizá pocos días después, admitir la excusa, exigiéndole rendición de cuentas, cese en la posesión de bienes, etc.

Además, piénsese que mientras se resuelve acerca de la excusa, y antes de la toma de posesión por el tutor, la representación y defensa del menor o incapaz se ejercerá por el Ministerio Fiscal, pudiéndose nombrar un administrador para el patrimonio (art. 299 bis CC).

Antes de resolver acerca de la excusa, se dará audiencia al Ministerio Fiscal según preceptúa el art. 1.815. Será conveniente oír a los parientes próximos art. 231 CC y al tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de 12 años. Esto último viene ya impuesto por la Ley 1/1996.

La resolución tiene forma de auto y puede contener uno de estos pronunciamientos:

* La *estimación de la excusa*. En ese caso, en la misma resolución se ordenará que inmediatamente el tutor rinda cuentas de su gestión, ello en el plazo de tres meses, prorrogables por justa causa, art. 279 CC.

Además, con la resolución estimatoria de la excusa, procede nombrar un nuevo tutor, ex art. 258 CC; por ello, en el auto aprobando la excusa se ordenará incoar pieza separada para proceder a la constitución de la nueva tutela, mediante tramites idénticos que en la anterior (ejemplo: nueva audiencia de parientes), con la ventaja de que conforme al art. 253 del CC, el tutor cesante habrá sugerido alguien para sustituirle. Para ello se procederá a abrir pieza separada y ello por una doble razón: porque se trata de constituir una nueva tutela, y además es más práctico para el supuesto, por ejemplo, de que el fiscal impugne el auto aceptando la excusa en un efecto (art. 1.820 LEC). Para evitar complicaciones, creo conveniente que no se nombre nuevo tutor, hasta que no se resuelva de forma definitiva la excusa del anterior.

Si, al alegar la excusa, el tutor no continúa desempeñando el cargo (art. 256 CC) y se nombró un defensor, o cuando continuó desempeñando su función pero en beneficio del tutelado, el juez optó por nombrar un defensor judicial, según art. 299.2 CC en el auto se ratificará esta decisión, acordando que el defensor continúe en su cargo hasta que se nombre nuevo tutor.

Es interesante oír al defensor judicial, para valorar la rendición de cuentas del tutor (art. 280 CC).

Conforme el art. 283.1 del RRC, deberá remitirse al Registro Civil testimonio de esta resolución estimando la excusa del tutor.

* Si, por el contrario se *deniega la excusa*, se producen varias consecuencias:

- El tutor continuará desempeñando su cargo o se reincorporará al mismo.
- En el caso de que se hubiera nombrado un defensor judicial, concluida su misión, deberá rendir cuentas de su gestión, según el art. 302 del CC.
- Es el momento de exigir responsabilidad al tutor, fundada en que dió primacía a su comodidad e interés, antes que al beneficio del tutelado. Su responsabilidad será directa (todos los gastos derivados de la excusa) e indirecta (todos los daños que se deriven del desempeño doloso o negligente por parte del defensor nombrado). Es más práctico aperturar pieza separada para este fin.
- El código establece una sanción específica en el art. 257 CC, que dice "el tutor designado en testamento que se excusa de la tutela al tiempo de su delación, perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador". Algunos autores como PEÑA entienden que no es sanción, sino un efecto ordinario de la condición, "en consideración, " dice el artículo.

Para LETE, el olvido del documento Público Notarial en el citado artículo es un lapsus del legislador. GIL RODRÍGUEZ opina lo contrario, porque el legislador reincide, habla de "testamento y de testador". Además es una norma sancionadora o restrictiva de derechos que debe interpretarse restrictivamente.

Con carácter general en relación con lo previsto en el art. 257 del CC, decir que la disposición hecha en testamento mejorando a una persona, para el supuesto de que tenga que asumir la carga que la tutela implica, no supere un plus para que el juez elija a esa persona. Si se pueden plantear algunos problemas por el hecho de que se trate de una atribución patrimonial sub conditione o sub modo. Si el juez nombra a una persona "mejorada" pero sin que el disponente haya condicionado esa mejora al ejercicio de la tutela, y se excusa, no perderá la ventaja patrimonial. Distinta solución merece el supuesto en el que el juez nombre tutor a persona distinta de la designada por los padres y en cuyo favor se hizo la designación condicionada, GÓMEZ OLIVEROS (53) entiende que perderá la atribución patrimonial, ya que el art. 257 CC incluye, además de los casos en que no tenga lugar el nombramiento en consideración al cual se efectuó la disposición y aquellos en que el nombrado, alegando excusa, no llegue a desempeñar su cargo.

El problema fundamental que plantea el nombramiento condicional, es que puede facilitar el fraude, si se interpreta estrictamente. Esto es así si entendemos que sólo se refiere al supuesto de excusa originaria, esto es, cuando el tutor nombrado se excusa en el plazo de 15 días del art. 252 CC. En este sentido, GÓMEZ OLIVEROS extiende la aplicación del supuesto a cuando el candidato manifiesta, en audiencia previa del 231.CC, que por razones de edad, profesión... no va poder ejercer el cargo y el juez opta por no designarlo.

Para evitar que el nombrado acceda al cargo y se excuse a posteriori, o se deje remover, LETE propone que si se demuestran estas maniobras, se aplique 6.4 CC y si no se demuestra el fraude, se acuda a lo previsto con carácter general para las disposiciones modales y/o remuneratorias.

Por último, nos planteamos si, cesada la excusa, podría ser requerido el excusado de nuevo a aceptar el cargo. GIL RODRÍGUEZ (54) se remite al antiguo art. 246 del CC, que decía "el tutor podrá ser obligado a admitir la tutela, luego que hubiese cesado la causa de exención. Pero el tutor podía pedir la sustitución dentro de los 10 días siguientes a que hubiese tenido conocimiento de cesación de la excusa"; y no descarta

que el nuevo art. 253 CC, por no acoger razón objetiva de exoneración, puede acabar ocupando el lugar del derogado 246 CC.

c) Toma de posesión del cargo por el tutor.

El art. 259 del CC y 18.2 de la Ley Catalana 39/1991, exponen de forma idéntica que "la autoridad judicial dará posesión de su cargo al tutor nombrado". Anteriormente se hablaba de discernimiento, concretamente en la sección 5ª, título III de la primera parte del libro III de la LEC (art. 1.861 a 1.872). El título era "del discernimiento de las cargas del tutor y curador".

Para algunos autores como LETE DEL RÍO, se ha vuelto a lo que el Derecho anterior denominaba discernimiento del cargo, entendido como acto por el cual el juez confería al tutor las facultades necesarias para representar al menor o incapacitado con arreglo a las leyes y para cuidar de su persona y bienes.

A la vista del art. 259 CC, la profesora ROCA TRÍAS plantea cierto paralelismo entre el acceso del nombrado al cargo de tutor, con el acceso de cualquier ciudadano a la función pública, así, tras un proceso selectivo, que culmina con la obtención de la persona más idónea, se produce el nombramiento, tras lo cual el nombrado será puesto en posesión del cargo. La única diferencia sería que en esta materia todo el proceso se encomienda al juez.

Por lo tanto, conforme con la regulación actual, se puede distinguir claramente el nombramiento, que se puede definir como "designación de la persona que ha de desempeñar la tutela" (ALBADALEJO), de la toma de posesión, entendida como acto formal constitutivo del nombramiento de tutor, en virtud del cual se le otorga el título legal de su representación y se le da posesión de los medios necesarios para comenzar a partir de ese momento a ejercer su función. Esta definición, nos introduce de lleno en la polémica doctrinal existente a la hora de concretar el momento en el que el tutor puede comenzar a ejercer su cargo.

Autores como GÓMEZ OLIVEROS, LETE y GÓMEZ LAPLAZA, entendieron que como en la LEC se prevé que la entrega del caudal ha de hacerse por inventario, y éste, según el Código Civil es posterior a la toma de posesión, hasta que no se haga el inventario el tutor no ejercerá sus funciones. En línea con la tesis expuesta, deben considerarse las palabras de ANDREOLI "antes de la realización del inventario, ni la autoridad judicial ni el tutor conocen con precisión cual es la efectiva consistencia del patrimonio tutelar, conocimiento que es indispensable precisar para trazar las directivas de la gestión"; por otra parte, LAPLAZA entiende que si se adoptase un criterio diferente, el inventario no cumpliría un fin que le es propio, entonces el tutor podría fácilmente perjudicar los intereses del menor y ocultar después la propia responsabilidad, amparándose en una falta de fijación de los bienes del patrimonio del tutelado.

La postura contraria, esto es, entender que la toma de posesión es a todos los efectos, ha sido defendida, además de ALBALADEJO, por HUALDE (55), quien afirma que el inventario no resulta imprescindible para la fijación de fianza, y por lo tanto para que el tutor empiece a ejercer plenamente su función. Un segundo argumento es que si el tutor nombrado no entra en la posesión de los bienes hasta la finalización del inventario, tendrá que nombrarse a otra persona para que administre (art. 299 bis CC).

La tercera razón que ofrece este autor es que el tutor ha sido elegido tras un importante proceso de constitución de la tutela, tras el cual el juez ha seleccionado a la persona idónea y depositado en ella su confianza.

A estos argumentos cabría añadir que la formación de inventario está dentro de la sección dedicada al ejercicio de la tutela, ello a diferencia de la legislación anterior que imponía la obligación, previa a la toma de posesión, de hacer inventario.

Además, no olvidemos que en la práctica "el peso" de la realización del inventario corresponde al tutor, y que una vez hecho, goza de una presunción de veracidad. No es lógico confiar en el tutor para este acto tan trascendente y desconfiar en un momento anterior.

Por otra parte, de seguir la primera tesis, entraríamos en el campo de la imprecisión e inseguridad jurídica, pues no está previsto en la Ley ningún acto posterior al inventario, ni es práctica judicial se lleva a cabo tras el inventario una segunda acta de toma de posesión de los bienes o un acto de aprobación judicial de aquel, a partir del cual, el tutor adquiere plenos poderes.

Quizá la postura más equilibrada, la que respeta la pureza técnico-jurídica de la primera y el carácter práctico de la segunda, es la propuesta por LETE, esto es, entender que la toma de posesión es para los asuntos urgentes o de escasa cuantía, hasta el inventario, a partir del cual, el tutor operará con plenitud de facultades.

Además de lo ya referido, en relación con la toma de posesión del cargo de tutor, pueden plantearse en la práctica dos situaciones conflictivas:

— Si entre el nombramiento y la toma de posesión se produce una causa de inhabilidad o de remoción, HUALDE (56) entiende que basta con el nombramiento para iniciar la remoción sin necesidad de toma de posesión. En este punto creo que debe seguirse la tesis de GONZÁLEZ POVEDA (57), y entender que el cauce legal es el de la toma de posesión, y si el tutor nombrado no puede desempeñar su misión, se le nombraría un defensor judicial (arts. 249 y 299 CC). No obstante, siempre quedaría la solución de HUALDE para casos límite, por ej. candidato a tutor incurso en la causa de inhabilidad prevista el n° 1 del 244 del CC, porque antes de tomar posesión, tuvo un accidente por el que quedó en estado vegetativo; lógicamente no puede tomar posesión, ni tampoco es justo que se equiparare esta situación con la que el que niega o no comparece a tomar posesión, como ahora veremos.

— En caso de que el tutor no comparezca o se niegue a tomar posesión (sin alegar excusa), tratándose de obligaciones de hacer, es prácticamente imposible imponer coactivamente al obligado el deber de actuar (PUIG FERRIOL). Se deducen las siguientes consecuencias:

a) Responsabilidad civil del art. 1.902 CC, según GÓMEZ LAPLAZA. El defensor judicial, o el fiscal en su defecto, instaran el correspondiente procedimiento.

b) Incurre en causa de remoción, según HUALDE, tesis que no comparto, pues no ha llegado a tomar posesión.

c) Asimismo, puede incurrir en responsabilidad penal, por delito de abandono de familia, o de faltas contra las personas, o al menos por desobediencia a la autoridad judicial. A estos efectos, se deducirá testimonio y se remitirá al Juzgado de Instrucción correspondiente.

En cuanto a la *forma*. La toma de posesión se llevará a cabo mediante comparecencia ante el juez, con asistencia del secretario judicial. En este acto es muy importante que el juez informe al tutor de sus derechos y obligaciones, ello a efectos prácticos, aunque la ley no lo exija, incluso resulta interesante hacerlo constar en el título que se expida

conteniendo el nombramiento y la acreditación de la toma de posesión, pues suelen ser personas profanas en Derecho y en el ejercicio de un cargo de este tipo.

El objeto de la diligencia es dar posesión al tutor nombrado y que no se haya excusado. No se trata de que acepte el cargo, ya que eso no depende de él, es una obligación legal, en art. 216 CC

El art. 259 CC no exige juramento o promesa, luego no hace falta exigirlo, en ese sentido, HUALDE lo considera una mera tradición, en contra GONZÁLEZ POVEDA que lo considera aún vigente.

Una vez se ha llevado a cabo la toma de posesión, se expenderá el correspondiente título de nombramiento, consistente en el auto por el que se nombra tutor al que se adjuntara el acta de toma de posesión.

Si son varios tutores, todos deberán tomar posesión. Si se trata de una persona jurídica, lo hará a través de su representante (HUALDE).

El título de toma de posesión será objeto de inscripción en el Registro Civil, mediante comunicación que se remitirá sin dilación por la autoridad judicial al encargado del Registro Civil (arts. 218 y 219 del CC).

Concretamente, en la sección cuarta del Registro Civil, serán objeto de *inscripción* "los cargos tutelares o de la curatela, sus modificaciones y las medidas judiciales sobre guarda o administración, o sobre vigilancia o control de aquellos cargos" llevándose a cabo esta inscripción mediante "testimonio judicial u otro documento público suficiente que acredite la toma de posesión". Esta primera remisión se efectuará al Registro Civil correspondiente al domicilio del tutelado (art. 89 LRC).

Una vez conste que se ha efectuado la inscripción dicha, se mandará llevar *nota de referencia* a la inscripción de nacimiento del tutelado, para lo cual se remitirá al Registro Civil correspondiente lo siguiente: testimonio del auto firme de nombramiento, testimonio de la aceptación del cargo por el tutor, datos relativos a tutor y a pupilo (datos relativos a la inscripción de nacimiento) y datos de la inscripción de la tutela en la Sección IV del Registro competente en el lugar del domicilio del tutelado (art. 39 LRC).

A partir de ese momento la constitución de la tutela, será oponible frente a terceros. Igualmente, tendrá constancia registral la remoción o el cese del tutor, así como la extinción de la tutela.

En cuanto al *plazo*, la Ley no fija plazo alguno, aunque parece que con fines tuitivos debe mediar un corto espacio de tiempo desde el nombramiento hasta la toma de posesión. BERCOVITZ opina, en buen lógica, que hay que agotar el plazo de 15 días para excusarse.

En cuanto a los *efectos*, a partir de ese momento el tutor comienza a ejercer su officium, estrena sus facultades de representación y defensa del menor o incapacitado, su cuidado, y la administración de su patrimonio con o sin medidas de control (art. 233 CC), ello conforme a la tesis que defiende. Además, desde ese momento comienza el plazo (60 días) para hacer inventario, haciéndose constar esta fecha en el Registro Civil (art. 289 RRC).

En lo que se refiere al curador y defensor judicial, no será necesaria la toma de posesión, y ello porque el art. 259 CC está situado bajo el título del ejercicio de la tutela, no existiendo remisión expresa a esa materia, ni en sede de curatela (art. 291 CC) ni respecto del defensor judicial (art. 301 CC), ya que la remisión legal es a las normas de "nombramiento, inhabilidad, excusas y remoción" establecidas para el tutor. Además, en

uno y otro caso, no parece necesaria una toma de posesión en el ámbito patrimonial, ya que en el caso del curador, éste es un mero asistente que no tiene la posesión de los bienes del asistido (art. 289 CC), y en el supuesto del defensor, por su propia naturaleza, es un cargo cuya función es sólo "representar y amparar", además para casos muy puntuales y esporádicos.

VII. INVENTARIO

1. Consideraciones generales. Concepto y finalidad.

El art. 262 del Código Civil y el art. 24 de la Ley Catalana 39/1991, obligan al tutor o al administrador de bienes a hacer inventario del tutelado dentro del plazo de 60 días, a contar desde aquel en que hubiere tomado posesión del cargo.

El inventario se puede definir como relación ordenada donde se incluyen y descubren los distintos elementos de un patrimonio en un momento determinado; en esta línea, la Ley Catalana lo define en el art. 25.1 como elemento descriptivo de los elementos que componen la situación activa y pasiva del patrimonio del tutelado, incluyendo los bienes cuya administración haya sido encomendado a un administrador especial.

El inventario, según HERNÁNDEZ GIL (58), cubre los siguientes fines: 1) Manifiesta la situación patrimonial del tutelado, acreditando todo aquello que el tutor recibe y el estado en que lo recibe. 2) Restringe la libertad del tutor en su poder de administración. 3) Precisa la esfera de la eventual responsabilidad del tutor, y 4) por lo tanto, se aumentan las garantías del tutelado.

A estas notas deberíamos añadir que el inventario ayuda para la concreción de la fianza y de la retribución; asimismo, informa al juez de datos relevantes para acordar medidas de vigilancia y control (art. 233 del Código Civil y 28 de la Ley Catalana); en suma da una visión general de la situación patrimonial del tutelado.

Como ya expusimos en el apartado dedicado a la toma de posesión del cargo por el tutor, para la mayoría de la doctrina el tutor no está revestido de sus funciones hasta que no elabora el inventario. Sin atreverme a negar que quizá esta postura en puridad técnico legal sea la más correcta, también deben considerarse razonables algunos argumentos en favor de la tesis opuesta formulada por HUALDE, llegando, a efectos prácticos a la solución intermedia que propone LETE DEL RÍO, esto es, que el tutor, antes del inventario, puede actuar en asuntos urgentes o de escasa cuantía.

Son características generales del inventario, que goza de presunción de veracidad y es dinámico.

2. Sujetos obligados a hacer inventario. Intervinientes.

Es preceptivo para el tutor elaborar el inventario, art. 262 del Código Civil. En la Legislación Catalana el tutor o el administrador patrimonial están obligados a hacer inventario de todos los bienes del menor o incapacitado. Para confeccionarlo, será llamado el protutor, el cual se corresponsabilizará del mismo y lo firmará junto con el tutor (art. 24, Ley 39/1991).

El juez no puede dispensar de esta obligación al tutor, aunque lo hayan hecho los padres (art. 223 del Código Civil) o el que dispuso de bienes a título gratuito en favor del tutelado (art. 227 del Código Civil). La razón es que se trata de un interés de orden público, concretado en la protección de las personas sometidas a tutela, que los particulares no pueden denegar.

En caso de pluralidad de tutores, habrá un solo inventario, planteando problemas el supuesto del número 1 del art. 236 del Código Civil, pues se cuestiona si el tutor de la persona debe o no realizar inventario; a estos efectos, GÓMEZ LAPLAZA y HUALDE entienden que no es necesario que efectúe inventario, e invocan la mayor claridad del antiguo art. 264.3º del CC, que extendía la obligación de hacer inventario a "los bienes a que se extiende la tutela".

Lo expuesto respecto del inventario único es válido para el caso de que actúen todos los tutores en todos los campos; si se trata de varios tutores, designados con atribución de partes determinadas del patrimonio o varios administradores (tutores de bienes), cada tutor efectuará un inventario de los bienes a administrar.

Si el supuesto es de pluralidad de tutelados (varios hermanos) y un tutor único (art. 240 del Código Civil) lo más conveniente es que el tutor haga tantos inventarios como tutelados haya, ello para mayor claridad y por razones prácticas, ya que pueden tener diferentes situaciones patrimoniales, (ejemplo: uno tiene en su favor una mejora testamentaria) o personales, (por ejemplo: alcanzan la mayoría de edad en diferentes momentos). A estas razones añade GONZÁLEZ POVEDA que la gestión de los bienes debe ser individualizada, y consecuentemente la responsabilidad.

Plantea diferentes interpretaciones el hecho de que exista un administrador nombrado por el que dispuso de bienes a título gratuito en favor del menor o incapaz (art. 227 del Código Civil), surgiendo la cuestión de si debe elaborar inventario, o lo hará el tutor de bienes. GÓMEZ LAPLAZA entiende que el administrador, por el hecho de serlo, debe hacer inventario, pero el tutor también incluirá estos bienes en el inventario, dadas las funciones residuales que le corresponden por el art. 227 del Código Civil. En la misma línea HUALDE, opinión que comparto además, pues en definitiva, de lo que se trata es de obtener una visión global del patrimonio y, por ello un mayor control. Esta es precisamente la línea seguida por el art. 25 de la Ley Catalana, que prevé expresamente que el administrador especial dé una copia al tutor a fin de que la adjunte al inventario general.

Las personas jurídicas efectuarán el inventario a través de su representante.

Si el tutor se sustituye por otro, el nuevo deberá ser citado, para exhibírsele el inventario elaborado por el anterior tutor, dándole traslado, a fin de que se ratifique en el mismo o introduzca las variaciones que crea oportunas; ello es lógico, pues el inventario va a delimitar los márgenes de su responsabilidad. Lógicamente, si el anterior tutor no hizo inventario y por ello fue removido, art. 347 del Código Civil, el nuevo tutor deberá hacer inventario.

La única excepción posible frente a esta obligación del tutor, sería que el tutelado no tuviera patrimonio. En todo caso se ha de decir expresamente por el tutor que el tutelado carece de bienes que referir; si el patrimonio es exiguu, entiendo que se debe hacer constar lo poco que tenga. La obligación del tutor no se extingue, de modo que si el tutelado deviene a mayor fortuna, hará inventario o ampliará el anterior.

En cuanto a los *intervenientes*, el art. 264 del Código Civil exige la intervención del Ministerio Fiscal y la citación de las personas que el juez estime convenientes. Esto último es facultativo, pero debemos interpretarlo, dada la finalidad perseguida, en el sentido de que deberán ser citados los parientes próximos, o aquellas personas físicas o representantes de entidades (ejemplo: empleados de bancos, gerentes de la empresa propiedad del tutelado, etc.), que nos puedan ilustrar, no sólo acerca de la veracidad del inventario, sino también sobre otros datos que entiendo son relevantes de cara a organizar la tutela (ej.

marcha de la empresa, liquidez...).

Puede ser objeto de crítica que este art. 264 del CC, no contenga una previsión igual a la del art. 231 del mismo texto, en el que para la constitución de la tutela se dispone que se oirá al tutelado, cuando tenga suficiente juicio y siempre si fuere mayor de doce años. Ahora, con arreglo a la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor que en su art. 9, establece con carácter general, la audiencia de los menores en todos aquellos asuntos que les afecten, ya no tiene sentido la crítica referida. En cuanto a los incapacitados, si tienen suficiente juicio, igualmente estimo la conveniencia de oírlos.

3. Formación.

En el art. 264 del Código se dice que el inventario se formará judicialmente con la intervención del Ministerio Fiscal y la posible audiencia de las personas que el juez estime convenientes; nada dice el Código (ni creo es el lugar para hacerlo) sobre el modo de redactar el mismo. La expresión "judicialmente", significa forma pública no notarial, OGAYAR (com. edersa IV, pág. 57); según este autor con la intervención del juez y del fiscal se otorga una importante garantía y además se disminuyen gastos. Antes, lo más frecuente era la formación notarial (con intervención del protutor y de dos testigos, elegidos por el Consejo de Familia).

Por otro lado, el art. 262 del Código Civil, utiliza una cláusula genérica, el inventario comprende "los bienes del tutelado", debería entender que se refiere a los inmuebles y a los muebles, o estos últimos especialmente, dada la mayor facilidad de distracción.

La Legislación Catalana es más explícita; concretamente, en el art. 25.1 expone que el inventario describirá los elementos que componen la situación activa y pasiva del patrimonio del tutelado, incluyendo los bienes cuya administración haya sido encomendada a un administrador especial. Además, junto con la intervención del Ministerio Fiscal y la audiencia de las personas que el juez estime conveniente, la Ley 39/1991 prevé expresamente la audiencia del tutelado cuando tenga más de doce años y tenga suficiente conocimiento (números 3 y 4, art. 15.1, Ley 39/1991). En dicha legislación foral también se establecen, a diferencia del Derecho común, dos actuaciones coetáneas al inventario, que considero tan interesantes que incluso propongo su importación a Derecho común, a saber:

— **Que con el inventario, el tutor debe presentar una propuesta de administración (art. 26.1, Ley 39/1991).**

— Además el tutor, tendrá que aportar una previsión de gastos ordinarios (art. 26.2, Ley 39/1991).

Las ventajas de estas obligaciones accesorias al inventario impuestas al tutor, se ponen de manifiesto en relación con el art. 233 del Código Civil sobre todo, de cara a que el juez pueda organizar el aspecto patrimonial de la tutela y especialmente para la concreción de la fianza, como veremos en el apartado correspondiente bajo el título "alternativas a la fianza".

Ante la poca previsión que sobre la forma de realizar el inventario ofrece en Derecho común el Código Civil, acudimos orientativamente a los arts. 1.066 y 1.067 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ello a pesar de lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera nº 1 de la Ley 1/1996.

Pues bien, siguiendo el orden del art. 1.066 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se relacionaran sucesivamente:

1. Metálico: Especificando si se encuentra en poder del tutelado o depositado en una entidad bancaria, indicando el tipo de depósito (en cuenta corriente, a plazo), siendo interesante conocer las condiciones bancarias de la imposición, fundamentalmente el plazo, si es una imposición a plazo, y el interés.

2. Efectos públicos: Se describirán por su valor nominal, emisión, serie y número; es importante que se indique el valor medio de mercado en el último año (su fluctuación), incluido el valor en el día en que el tutor tomó posesión de su cargo. Aquí se incluyen las acciones bancarias y de sociedades que cotizan en Bolsa, además de los títulos de deuda pública, etc.

3. Alhajas: Se consignarán en general todos los elementos de metal precioso, joyas, cuberterías, vajillas...

4. Semovientes: Según GÓMEZ LAPLAZA, se incluirá una clasificación por especies, consignando el número de cabezas (ganados) y la edad, alzada y pelo, nombre, marca y demás señas individualizadoras. Se debe acompañar una referencia media del valor del mercado, tomando como indicador el momento de toma de posesión del tutor.

5. Frutos: Se incluyen los percibidos, no los pendientes que forman parte integrante (del valor) del inmueble en el que se encuentran.

6. Muebles: Habrá que individualizarlos y tasarlos.

7. Inmuebles: Se describirán según su naturaleza, sucintamente, individualizándolos, expresando su cabida y número de catastro. Es conveniente que se acredite su valor mediante el dictamen pericial correspondiente (informe de API), aunque como ello supone un gasto y en consecuencia, un empobrecimiento para el patrimonio del tutelado, subsidiariamente propongo acudir al valor catastral del bien, aunque teniendo en cuenta que será muy inferior al real de mercado.

Entre los inmuebles habría que incluir las empresas. En la Legislación Catalana, se prevé expresamente en el art. 27.2 de la L 39/1991, estableciendo que en este caso se presentarán los libros y justificaciones que exige la legislación vigente.

8. Derechos y acciones: De empresas y sociedades, créditos pignoratícios, hipotecarios y personales, rentas, pensiones, etc.

Según GONZÁLEZ POVEDA, es conveniente formar inventario de escrituras, documentos y papeles de importancia.

Se deberán incluir los bienes materiales susceptibles de valoración económica (ejemplo: propiedad intelectual).

GÓMEZ LAPLAZA insiste en que es preciso la tasación de los bienes, acudiendo incluso al juicio de peritos.

A continuación de los bienes, deberán incluirse las obligaciones del tutelado pendientes de cumplimiento.

De todo ello se extenderá acta por el secretario judicial.

4. Depósitos.

El art. 265 CC dice: "El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio de la autoridad judicial, no deban quedar en poder del tutor, serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto. Los gastos que las anteriores medidas ocasionen correrán a cargo de los bienes del tutelado". Igual norma se contiene en

la Ley 39/1991, en el art. 26.1.

La justificación de esta medida es la de evitar perjuicios para el patrimonio del tutelado, de quedar estos valiosos bienes en manos del tutor, dada su facilidad de circulación, y, por lo tanto, de distracción. El depósito puede acordarse antes o después del inventario. Concretamente, el artículo establece el depósito de:

— Dinero: Concepto genérico comprensivo de la moneda extranjera y de la nacional. El dinero debe depositarse en un Banco si estuviera en manos del tutor o del tutelado, salvo el dinero que haya de gastarse inmediatamente. Es importante a estos efectos, que en la formación judicial del inventario, el tutor refiera al juez los gastos anuales del tutelado y haga una propuesta de administración, pues como veremos al hablar de la fianza, si el tutelado tiene depósitos en el Banco que no necesita utilizar para cubrir sus necesidades, lo mejor de cara a evitar posibles abusos por parte del tutor, es "congelar" esas imposiciones, de modo que el tutor tenga vedado acceder a las mismas. A estos efectos, se deben dar las oportunas órdenes al Banco, ello con apoyo en el art. 233 CC.

— Alhajas: Si el juez tiene duda acerca de su naturaleza, puede acudir al juicio de peritos.

— Objetos preciosos: Éstos han de enmarcarse en una doble coordenada, por una parte su valor, ya sea histórico, artístico o económico (peritos), y por otra el valor en proporción al patrimonio del tutelado (LETE).

— Valores mobiliarios: Especie del género de títulos valores, tendrían que considerarse incluidas las acciones y obligaciones de las sociedades anónimas, con exclusión de las participaciones en sociedades limitadas. Con arreglo a la Ley del Mercado de Valores, obtendrían esta calificación los títulos no emitidos en serie, como certificados de depósito, pagarés de empresas y letras de cambio bursátiles (VICENT CHULIÁ); en suma, los llamados "activos financieros" (VENTOSO).

Plantean problemas la inclusión de los títulos al portador, ya que según SANCHO, el peligro estriba en su fácil realización, inclinándose con GÓMEZ LAPLAZA por su inclusión.

— Documentos: Aquí estarán incluidos proyectos o estudios, manuscritos de obras literarias, o simplemente documentos relevantes o con trascendencia tanto en el ámbito civil (escrituras de propiedad, contratos...), como en el mercantil (ejemplo: escrituras de constitución de sociedad, de fusión...).

O'CALLAGHAN (59) sugiere el lugar donde hayan de depositarse estos bienes, interpretando el término "establecimiento destinado al efecto", utilizado en el art. 265 CC y así dice:

— El dinero será depositado en Bancos o Cajas de Ahorro, Caja General de Depósitos o invertido en deuda pública.

— Las joyas, en caja fuerte de un Banco o Caja de Ahorros.

— Propone el museo para los cuadros.

— Y los documentos en una notaría.

5. Plazo y prórroga.

En la nueva redacción de los arts. 262 y 263 del Código Civil se establece el plazo de 60 días para que el tutor elabore el inventario, prorrogable mediante resolución motivada si

hubiera causa para ello.

El plazo contará por días naturales sin exclusión de los inhábiles (arts. 5.1 del Código Civil y 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

GÓMEZ LAPLAZA distingue causas objetivas y subjetivas de prórroga, enumerando a título de ejemplo, entre las primeras, la enfermedad, un viaje inaplazable y entre las segundas, la entidad del patrimonio, la dispersión y lejanía del mismo.

La prórroga ha de acordarse mediante resolución motivada.

El inventario es dinámico, de modo que durante la vida de la tutela puede ser necesario efectuar actualizaciones en el mismo, porque desaparezcan bienes (ejemplo: ventas para cubrir gastos), o bien porque ingresen nuevos bienes en el patrimonio del tutelado, ya sea por adquisiciones a título oneroso o gratuito (ejemplo: donación), o mortis causa, aunque en ese caso, quedará a salvo la identificación del bien, gracias al inventario que se haga tras la apertura de la sucesión correspondiente.

6. *Gastos.*

Lo dispuesto en el art. 265 del Código Civil "los gastos que las anteriores medidas ocasionen, correrán a cargo del patrimonio del tutelado", plantea problemas de interpretación, en concreto si se refiere a las medidas del párrafo primero, esto es, el depósito de dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios exclusivamente, o también incluye los gastos del inventario en general. Creo que los gastos derivados del inventario deben entenderse comprendidos en la previsión amplia del art. 265 del Código Civil, y ello porque en ambos casos la ratio es la misma, garantizar el patrimonio del tutelado. Si no hay líquido suficiente en el patrimonio del pupilo, el juez, a instancia del tutor, podrá acordar la venta de algún bien para satisfacer la deuda con el tutor.

Estos gastos se incluirán en la rendición de cuentas que efectúa el tutor al juez.

7. *Incumplimiento o inadecuado cumplimiento*

de la obligación de hacer el inventario.

En el título se equiparan al incumplimiento de la obligación de hacer inventario y las situaciones en que se elabora el inventario, pero se entrega fuera de plazo (incluida prórroga si la hubiere) o se realiza de forma incorrecta. En todos los casos la consecuencia inmediata es la misma, a saber, la *remoción* del tutor, ello conforme al art. 247 del Código Civil, porque el tutor se ha conducido mal en el desempeño de la tutela.

Además, en el caso de que el tutor elabore incorrectamente el inventario (ejemplo: no incluya algún bien), si con ello pretende obtener un lucro injusto, puede incurrir en responsabilidad penal además de la civil, por los daños y perjuicios causados por dolo o negligencia (arts. 285, 1.902 del Código Civil).

En el Código Civil se contiene una norma concreta, mejor dicho, una sanción específica para cuando el inventario es impreciso, porque el tutor no incluye en él los créditos que tenga contra el pupilo, en ese caso, se entenderá que los renuncia (art. 266 del Código Civil). El fundamento de esta norma es conseguir la máxima transparencia de las relaciones entre tutor y tutelado. La claridad se busca desde el principio, en la Constitución (art. 244.4º del Código Civil), también en el ejercicio, prohibiendo relaciones económicas entre tutor y tutelado (art. 221 del Código Civil) o exigiendo que se nombre un defensor judicial cuando exista un conflicto de intereses tutor-pupilo, ex art. 299 del Código Civil, etc.

Serias dudas plantea la naturaleza jurídica de la norma que comentamos (art. 266 CC), se habla de condenación tácita (SANCHO) o de presunción de renuncia, también de sanción civil. Concretamente, GIL RODRÍGUEZ (60) entiende que se trata de una sanción al tutor que no despliega la diligencia debida; el tutor pierde su derecho por no respetar las condiciones que la Ley le impuso para su ejercicio, para la realización de su derecho (cobro de la deuda), debe cumplir la condición consistente en la inclusión del crédito en el inventario.

GÓMEZ LAPLAZA y Díez PICAZO Y GULLÓN, en la misma línea, entienden que no estamos ante condonación tácita, que lo que se presume es un canon de diligencia del tutor. Este, como buen administrador, ha de incluir los créditos que tenga contra el tutelado, y si no hace, su comportamiento negligente tiene el valor de una renuncia. Se trata de una sanción impuesta al tutor. Debe entenderse que esta renuncia, nunca afectaría a los terceros, art. 3, nº 2 del Código Civil.

Los créditos a que se refiere el art. 266 CC son los anteriores al inventario, no los que surjan durante toda la vida de la tutela, que se pueden incluir en inventarios posteriores, posibles como ya se expuso. Respecto de los créditos anteriores, entiendo que si el tutor no los incluyó porque ignoraba su existencia, éste deberá tener la posibilidad de probar que desconocía que estuvieran vivos, entendiéndose que el art. 266 del Código Civil se limita a establecer una presunción iuris tantum de que los conocía y no los incluyó, presunción que admite prueba en contra, en este sentido LETE, LA CRUZ, SANCHO, GÓMEZ LA PLAZA.

Si el crédito no es líquido, o bien se lleva a cabo la evaluación, o bien se hace reserva de crédito, haciendo constar en el inventario la circunstancia de su iliquidez, ello a fin de evitar la pérdida de este crédito.

Algunos autores como BERCOVITZ y HUALDE entienden que no será aplicable el art. 266 el Código Civil cuando el tutor sea una Administración Pública con respecto a las deudas tributarias, suponemos que dados los intereses superiores que concurren, añadiendo además estos autores, que la entidad pública, aunque no los incluya en el inventario, no perderá los gastos derivados del cuidado del pupilo en un establecimiento público.

VIII. FIANZA

1. Consideraciones generales, concepto y finalidad.

La fianza, como obligación del tutor, viene regulada en los arts. 260 y 261 del CC En la Compilación Catalana en el art. 23 de la Ley 39/1991. En la Compilación de Aragón se prevé en el art. 12.3 y en la Ley 65 de la Compilación Navarra.

Puede definirse con carácter general como garantía que asegura el cumplimiento de las obligaciones del tutor, tanto las obligaciones personales como las patrimoniales (GÓMEZ LAPLAZA). En un sentido más patrimonialista, LETE la define como medio para asegurar los eventuales o futuros créditos que puedan surgir a favor del menor o incapaz, durante la vida de la tutela.

De lo expuesto se deduce que el legislador utiliza en sede de tutela el término fianza en un sentido técnico amplio, no en el sentido estricto del art. 1822 del CC.

En esta materia, el legislador sigue la teoría implantada en la Reforma de 1983, concediendo grandes poderes al juez "el juez podrá exigir fianza al tutor...". Por lo tanto, no es obligatorio exigirla, criterio este plausible, dado por una parte lo oneroso y generalmente gratuito del cargo de tutor y por otra, los amplios poderes del juez, que puede establecer las

medidas de vigilancia y/o control que estime oportunas (art. 233 CC).

Es difícil, dada la variedad de supuestos que pueden plantearse, estimar casos en los que no sea necesario exigir fianza:

— En principio, la carencia de patrimonio por parte del tutelado no es obstáculo para la imposición de fianza, dado que este medio de garantía asegura, no solo el cumplimiento de las obligaciones patrimoniales, sino también las personales del tutor. No obstante puede ser indicativo para el juez.

— Tampoco faculta el Código para la no imposición de fianza en el caso de que los padres, con arreglo al art. 223 CC, hubiesen dispuesto la exención para el tutor que ellos propongan; ello es práctica notarial habitual. En este caso podrá el juez dejar sin efecto éstas disposiciones si el beneficio del menor o incapaz lo exige, ex art. 224 CC. No obstante, deberá hacerlo en resolución motivada. No podemos desconocer que las disposiciones de los padres condicionarán la decisión judicial.

— Hay otras circunstancias que deberán ponderarse, como el grado de parentesco. Parece que al tutor pariente próximo, dado los mayores vínculos afectivos existentes, debería exigirse una menor caución, aunque esto no es regla a generalizar, dependerá de las circunstancias del caso. Entre estas circunstancias, deberá valorarse la situación patrimonial del tutor (ejemplo: mediante la declaración de renta y patrimonio) y hechos como por ejemplo, que el tutor sea el único heredero del tutelado, lo cual da garantías en la esfera patrimonial, ya que en definitiva, sobre él va a repercutir la mejor o peor gestión del patrimonio del pupilo.

— El único caso claro de exención previsto expresamente por el legislador se contiene en la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor, que ha introducido un segundo párrafo del art. 260 CC, eximiendo a la entidad pública que asume la tutela de un menor por ley o por resolución judicial.

2. Procedimiento para la fijación de la fianza.

Tras la Ley 1/1996, especialmente su Disposición Adicional Tercera, todo lo relativo a esta materia, Títulos IX y X del Libro I del CC, se regirá por las normas de la jurisdicción voluntaria. Por lo tanto, aun entendiendo que no están vigentes los arts. 1.865 y 1.868 LEC, éstos van a darnos algunas pautas interesantes.

El juez no sólo decide si el tutor ha de prestar fianza, sino también el momento, antes o después de la toma de posesión, o después de que haya sido elaborado el inventario, postura esta última que parece la más práctica, habida cuenta de las facultades que otorga al juez el art. 233 CC.

Requerido el tutor para que preste fianza, éste deberá hacerlo en la cuantía que señale el juez, siendo recomendable que en la providencia en que se acuerde, se fije un plazo perentorio para llevarla a cabo.

Presentada la fianza, el juez oirá al fiscal (art. 1.815 LEC) y a las personas que considere oportunas. Dada la tecnicidad de los conceptos a manejar, y el fin perseguido por la fianza, entendemos inútil, a diferencia de lo que ocurre con el inventario, que se oiga al tutelado, salvo supuestos muy excepcionales.

Se dictará auto aprobando la fianza, y se acordará (art. 1.867 LEC): 1) La inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes en que consista la fianza, conforme a la Ley y Reglamento Hipotecarios. 2) El depósito de valores o efectos en que consista la fianza, y 3)

la práctica de cualquier otra diligencia que el juez considere necesaria para la conservación de los bienes en que consista la fianza o para proteger el patrimonio del tutelado.

La citada resolución se anotará en el Registro Civil (art. 290.2 RRC). Están obligados a promover la inscripción, el juez, el tutor y en su caso el Ministerio Fiscal. Se trata de hacer constar la clase de bienes y, si es personal, la identidad de los fiadores (art. 292.1 RRC).

3. *Cuantía. Modalidad. Gastos.*

En cuanto a la cuantía, entendiéndose derogado el art. 1.865 de LEC, el juez no está constreñido por el valor y rentabilidad del patrimonio a administrar por el tutor. No obstante, ya se expuso que en la práctica es interesante considerar el patrimonio del tutelado y hasta la posición económica del tutor.

LETE cree conveniente utilizar los criterios del derogado art. 254 del CC, en concreto: 1) valor de los muebles que queden en poder del tutor, excluidos los depositados conforme el 265 CC; 2) importe de un año de rentas o productos de los bienes del menor, y 3) utilidades que en un año percibe el menor de una empresa mercantil o industrial.

Respecto a la modalidad, parece que se admiten las tres modalidades de garantías: personal, pignoraticia e hipotecaria.

— *Personal.* En pura técnica jurídica, sólo la garantía personal es propiamente fianza del art. 1.822 del Código Civil; es la más frecuente y la forma corriente de prestarla es mediante aval bancario, con expresa renuncia a los beneficios de orden, división y exclusión. Lo más recomendable es que se eleve a escritura pública, a fin de que el crédito goce de preferencia por razón de la fecha (art.1.924.3 CC), y para que pueda hacer prueba sin reconocimiento de firma.

La fianza personal también se puede constituir mediante comparecencia ante el juzgado.

— *Pignoraticia.* Sobre bienes del tutor o de un tercero. Se constituye mediante el depósito de bienes o valores mobiliarios en establecimiento destinado a este fin, pudiéndose llevar a cabo mediante acta en el expediente; a estos efectos téngase en cuenta el RD 34/1988 de 21 de enero, donde se regulan los pagos, depósitos y consignaciones judiciales.

— *Hipotecaria.* Sobre bienes inmuebles del tutor o de un tercero. La referencia legal está contenida en el art. 192 de la Ley Hipotecaria, profundamente modificada por la Ley 24/1983, debiéndose poner este artículo en relación con el 168 de la misma Ley. El desarrollo reglamentario de estas disposiciones viene dado por los arts. 268 y 269 del RH.

Estas normas han de actualizarse, en el sentido de que es el juez, y no el Consejo de Familia, quien acuerda la fianza y su cuantía.

La constitución de la hipoteca se debe hacer mediante escritura pública, título en sentido formal (art. 3 LH) y título en sentido material (art. 2 de la LH) que además constituye título inscribible en el doble sentido, de documento y de fundamento de derecho (art. 33 del RH).

Según ROLLO MARTÍNEZ, se debe constituir una hipoteca del tipo de las llamadas de máximo y de seguridad, lo que quiere decir que la finca hipotecada queda afectada hasta la cifra máxima por la que se haya constituido, y sólo para el caso de que, al rendir cuentas, resulte el tutor deudor del tutelado.

Gastos.—Interpretando extensivamente lo dispuesto en el art. 265 párrafo 2º CC "los gastos que las anteriores medidas ocasionen correrán a cargo de los bienes del tutelado", se deberá entender que los gastos que ocasionen todas las medidas de garantía se harán efectivos con cargo al patrimonio del tutelado, incluidos los relativos a la fianza.

4. Momento en que se ha de prestar. Modificación. Extinción.

En la regulación anterior a la Ley de 24 de octubre de 1983, el art. 252 del CC, establecía que la fianza había de constituirse "antes de que se defiera el cargo". En la regulación actual, se reconoce al juez facultad, no sólo para decidir si exige o no fianza, sino también para determinar el momento en que debe exigirse la garantía.

El problema que se plantea doctrinalmente es si es conveniente exigirla antes o después de tomar posesión. HUALDE, se inclina por exigirla antes de tomar posesión. Esta opinión parece coherente con otra del citado autor, que sigue el criterio de que a partir de ese momento empieza el tutor a ejercer sus funciones.

Si se estima la teoría contraria, esto es, que el tutor empieza a ejercer sus funciones a partir del inventario, no habría inconveniente en exigirla desde que éste se haya llevado a cabo, lo cual tiene la ventaja de que se tienen más criterios para cuantificarla. Recordando esta tesis, habría que nombrar un defensor judicial, desde la toma de posesión hasta el inventario (299 CC), produciéndose la contradicción de que a éste defensor no se le exigiría fianza.

Siguiendo la tesis intermedia de LETE en el sentido de que el tutor, desde la toma de posesión hasta el inventario sólo podrá realizar actos urgentes o de escasa cuantía, no veo inconveniente en que la fianza se exija tras el inventario, máxime si contamos, como veremos, con las medidas del art. 233 del CC. Ésta es la solución a mi juicio más práctica.

La fianza, al igual que el inventario es dinámica, se puede modificar. Si el juez la puede exigir en cualquier momento, es lógico que la pueda modificar, así, según GÓMEZ LAPLAZA (61) el juez puede: a) liberar al tutor de la garantía prestada; b) liberarle en parte o disminuir esa garantía; c) exigir una modalidad diferente a aquélla en que estuviere prestada, y d) incrementar la garantía. Se exige que concurra justa causa, luego el juez habrá de motivarlo.

El procedimiento para la modificación de la fianza se iniciará a instancia del fiscal, del tutelado o del propio tutor exponiendo los hechos en que funden su petición, y aportando los documentos acreditativos de los mismos o las pruebas que estimen pertinentes (generalmente, la pericial). El juez, oyendo al tutor, al tutelado si lo estima oportuno y en su caso, pidiendo los informes que crea oportunos, resolverá mediante auto.

También podrá iniciarse el procedimiento de modificación de oficio por el juez, normalmente a la vista de la rendición de cuentas que el tutor realice anualmente o cuando se lo exija el juez.

La fianza se puede extinguir durante la vida de la tutela, al amparo de lo dispuesto en el art. 261 del CC, siempre que exista "justa causa", se acordará mediante auto que deberá ser motivado en forma suficiente para desvirtuar la bondad de la primitiva resolución.

Al finalizar la tutela, habrá que esperar la rendición de cuentas del tutor, distinguiendo, con arreglo a los arts. 282 a 289 del CC si el saldo es favorable al tutor, en cuyo caso se acordará por el juez la extinción en la fianza; si el saldo, por el contrario es favorable al tutelado, y por lo tanto el tutor es deudor frente a éste, no se extinguirá la fianza hasta la cancelación de la deuda.

La extinción se acordará mediante auto, en el que se ordenará la devolución del metálico o de los valores depositados, o la cancelación de la hipoteca. Este auto, por medio de testimonio, deberá remitirse al Registro Civil para anotación.

5. Consecuencias de la no prestación de fianza.

En la regulación anterior, la no prestación de fianza estaba prevista como causa de remoción (art. 238. 2º CC), impidiendo al tutor tomar posesión del cargo (art. 255 CC).

Actualmente no está previsto directamente. Considerando que hoy el juez puede pedir la fianza en cualquier momento según el art. 260 CC, si la petición se efectúa antes de la toma de posesión, no se dará posesión al tutor nombrado (HUALDE), aunque en este caso quizá lo más correcto fuera darle posesión y luego iniciar un procedimiento de remoción, conforme al art. 247 CC.

Si la fianza se exige tras la toma de posesión, sin lugar a dudas la solución es la remoción ex art. 247 CC, por conducirse el tutor mal en el desempeño del cargo. Si la causa de no prestar fianza es la imposibilidad, en este caso se aplicaría el nº 1 del art. 244 CC, que si se alegara como excusa evitaría que el sujeto quedara inhabilitado para futuras tutelas (243.2 CC). En caso de que se aplique la remoción, se inhabilitaría al tutor para futuras tutelas, según el nº 2 del art. 244.3 del CC.

Iguals soluciones se pueden predicar para el caso de modificación de la fianza, cuando se pide al tutor un incremento de la garantía o cambio a una modalidad de garantía más gravosa.

En todo caso, sin duda, estos supuestos pueden colocar al juez en la tesitura de no exigir fianza o de no modificarla en un sentido más gravoso para el tutor, ante el temor de no encontrar otro tutor. Además, la no prestación de fianza o el no acceder a la modificación, es una vía de "escape" para el tutor.

Por lo expuesto, y aun cuando el tutor acepte prestar la fianza, sin duda es una carga más a las innumerables que sobre él penden (personales y patrimoniales), sin que lo alivie el hecho de que los gastos sean a cargo del pupilo (ejemplo: pensemos en una hipoteca sobre la vivienda del tutor). Por ello propongo otras alternativas.

6. Alternativas a la fianza.

Quizá el título utilizado no es del todo acertado. De lo que se trata en este apartado es de ofrecer, o más bien resaltar las posibilidades que como alternativa a la fianza permite el art. 233 del CC.

La fianza entendida de un modo genérico, supone inconvenientes tanto para el pupilo (gastos), como para el tutor; por ello, para evitar estas desventajas se buscan soluciones alternativas con las que se consigue un equilibrio entre la finalidad última de garantizar el cumplimiento por parte del tutor de sus obligaciones, con el mínimo coste posible para éste y para el pupilo.

La solución, quizá, la ofrece el art. 233 CC dice: "El juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela, o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado. Asimismo podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración." Partimos de que la imposición de fianza constituye decisión discrecional del juzgador.

Con el fin de acordar las medidas a que dicho artículo hace referencia, es imprescindible

que en la comparecencia para la formación judicial del inventario, se exija al tutor lo que la legislación catalana llama *propuesta inicial de administración* (art. 26.1, L 39/1991) que incluya, la inversión previsible de capital dinerario. Junto a la administración provisional, que se deduce tácitamente del inventario, el tutor propondrá una *previsión de gastos ordinarios* para el mantenimiento y educación del tutelado, lo mejor es una previsión anual.

En concreto el tutor habrá de especificar sobre el metálico inventariado, las fuentes que utiliza para cubrir gastos ordinarios anuales (ejemplo: anualmente el pupilo tiene unos gastos de mantenimiento de dos millones de pesetas y esa cantidad el tutor la detrae de la cuenta X del Banco X, donde precisamente el pupilo ingresa la pensión y tiene además alguna cantidad de dinero sobrante); entonces el juez, al amparo del art. 233 CC, sólo deja a la libre administración del tutor dicha/as cuenta/cuentas con las que cubrir gastos ordinarios, acordando el bloqueo del resto de las cuentas y depósitos, remitiendo a esos efectos el correspondiente oficio a las entidades bancarias y advirtiendo al tutor de que si por cualquier circunstancia necesitara cantidades superiores a la fijada a tanto alzado (ejemplo: para una operación del pupilo), bastará con pedir autorización judicial.

Con ello queda garantizado suficientemente, a mi entender, *el metálico* existente en el patrimonio del tutelado.

Los *objetos muebles y documentos valiosos*, aquéllos a que hace referencia el art. 265 del CC, quedarán suficientemente protegidos con el depósito al que dicho artículo hace referencia.

El resto de los bienes, especialmente *los inmuebles*, estarán garantizados y bajo control judicial en virtud de lo previsto en el art. 271 del CC.

Visto todo lo cual, parece que no sólo contamos con la fianza como medio para garantizar correctamente el patrimonio de los sometidos a tutela.

A efectos de salvaguardar el cumplimiento de las obligaciones del tutor para con *la persona del pupilo*, al amparo del art. 233 CC, el juez también puede adoptar medidas que garanticen su cuidado y educación, como por ejemplo: que el tutelado ingrese en un centro psiquiátrico o de educación especial (de oficio, no sólo en virtud de petición del tutor ex art. 271.1 CC), que con la pensión que perciba el tutelado, se abone directamente su estancia en el centro o que se invierta en el pago a una persona para que lo atienda (con conocimientos especializados), o por ejemplo, se pueden acordar servicios médicos periódicos al tutelado que informen al juez sobre si está bien atendido por parte del tutor, etc.

Como vemos, las posibilidades del art. 233 del CC son amplísimas, en la línea de la reforma operada en el CC por Ley de 24 de octubre de 1983, convirtiendo al juez en piedra angular del sistema de tutela.

IX. BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano: *"La tutela y demás instituciones de protección del menor en Derecho internacional privado"*. Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1766.

ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis, y MARTÍN GRANIZO, Mariano: *"Código Civil, doctrina y jurisprudencia"*. Editorial Trivium, 1991.

ALBADALEJO, Manuel: *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Revista de Derecho Privado, 1983.

- AMORÓS GUARDIOLA, M., y BERKOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*. Ed. TECNOS, 1986.
- CARRERAS MARAÑA, José Miguel: *"La constitución de la tutela y la designación de tutor: Su determinación en la propia sentencia de incapacitación"*. La Ley, 1994-1, pág. 1.161.
- FERNÁNDEZ SOLA, Natividad: *"El Derecho internacional privado español de la tutela"*. Revista de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ), núm. 2, agosto 1985, pág. 233.
- FERRER I RIBA, Josep: *"El nou regim de les institucions tutelars a Catalunya"*. La Llei, 1992, vol. 2.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *"El nuevo régimen jurídico de la tutela"*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ), octubre 1984, pág. 465.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *"El nuevo régimen jurídico de la tutela"*. Revista de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ), 1985.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: *"Los principios de la nueva normativa de la tutela"*. Revista de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ), julio 1985, núm. 1.
- GARCÍA MERCADAL, Fernando, y LOYGORRI, Gloria: *"La tutela regia"*. Revista de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ), julio 1985.
- GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido: *"La jurisdicción voluntaria"*. Editorial Aranzadi, 1989.
- HERNÁNDEZ GIL, Félix: *"Inventario inexistente o irregular en la tutela: Sus efectos"*. Revista La Ley, 1982-1, pág. 1.764.
- MARTÍ, Nicolás: *"La Ley de Reforma del Código Civil en materia de tutela y la Legislación Mercantil"*. Revista La Ley, 1984-3, pág. 804.
- MEDRANO ALMENDROS, Francisco Javier: *"Las funciones del Ministerio Fiscal en relación con la tutela a la vista de la modificación del Código Civil por Ley 13/1983 de 24 de octubre"*. Revista de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ), agosto 1985.
- MORENO LUQUE CASARIEGO, Carmen: *"¿Tutela de familia o tutela de autoridad?"*. Revista La Ley, 1985-2, 1927.
- MUÑOZ ESPADA, Esther: *"Las personas jurídico-privadas tutoras"*. J. M. Bosch Editor, S. A., 1994.
- PAZ ARES, Cándido; BERKOVITZ, Rodrigo; DÍEZ PICAZO, Luis, y PABLO SALVADOR: *Comentario del Código Civil*. Editorial Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, 1991.
- SAURA MARTÍNEZ, Luis Fernando: *"Incapacitación y tuición"*. Editorial Tecnos, 1986.
- SERRANO ALONSO, Eduardo: *"Relevancia de la intervención del juez en la incapacitación, tutela y curatela"*. La Ley, 1984-2, págs. 1.117 a 1.122.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio: *"Ley aplicable en Aragón en materia de tutela"*. Revista de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ), agosto 1985, núm. 2, pág. 181.
- SESMA URZÁIZ, M.^a Victoria: *"La estructura de la tutela. Su evolución histórica"*. Revista de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ), julio 1985, núm. 1.
- USERO MILLÁN, Juan Carlos: *"Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983"*

de 24 de octubre". Revista General de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ), núm. 1, julio.

USERO MILLÁN, Juan Carlos: *"La tutela de autoridad en algunos derechos continentales europeos y la reforma española de 1983 en materia de tutela"*. Revista de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ), julio 1985.

ZAPATERO GONZÁLEZ, Rafael: *"Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983"*. Revista de Legislación y Jurisprudencia (RGLJ), julio 1985.

NOTAS:

(1 y 2) Citados por ZAPATERO GONZÁLEZ: *"Antecedentes y trámite parlamentario de la Ley 13/1983"*. Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1985-2, págs. 63 y ss.

(3) SESMA URZAIZ, María Victoria: *"Estructura de la tutela, su evolución histórica"*, Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1985-2, pág. 29.

(4) Citados por SAURA MARTÍNEZ, Luis Fernando: *"Incapacitación y tuición"*. TECNOS, 1986, págs. 16 y 17.

(5) Citados por SAURA MARTÍNEZ, Luis Fernando: *"Incapacitación y tuición"*. TECNOS, 1986, págs. 16 y 17.

(6) MORENO LUQUE CASARIEGO, Carmen: *"¿Tutela de familia o tutela de autoridad?"*. La Ley, 1985-2, 1927.

(7) SAURA MARTÍNEZ, Luis Fernando: *"Incapacitación y tuición"*. TECNOS, 1986, pág. 19.

(8) USERO MILLÁN, Carlos: *"La tutela de autoridad en algunos derechos continentales europeos y la reforma española de 1983 en materia de tutela"*. RLJ. 1985, págs. 42 y ss.

(9) GARCÍA CANTERO, Gabriel: *"Principios de la nueva normativa de la tutela"*, RLJ, 1985, pág. 100.

(10) LETE DEL RÍO, José Manuel: *"Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales"* (RDP), dirigido por Manuel Albaladejo, págs. 264 a 265.

(11) GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido: *"Jurisdicción voluntaria. Formularios"*, Aranzadi, 1989. Apartado 427.

(12) GARCÍA CANTERO, Gabriel: *"Nuevo régimen jurídico de la tutela"*, RGL y J, 1984, pág. 471.

(13) CASTÁN VÁZQUEZ: *Comentario a los arts. 223 a 227 del Código Civil. "Comentario, nacionalidad y tutela"*. 2ª Edición. TECNOS, pág. 284.

(14) LETE DEL RÍO, José Manuel: Ob. cit. (10), pág. 268.

(15) Cita obtenida de GONZÁLEZ POVEDA: Ob. cit. (11). Aranzadi, 1989. página apartado 427.

(16) Ob.cit. (10), pág. 267.

(17) Ob. cit. (11), pág. 473.

(18) Notas extraídas de *"Antecedentes y trámites parlamentarios de la Ley 13/1983"*. Ob. cit. en notas (1 y 2).

(19) Manifestaciones de la senadora SAHUQUILLO PÉREZ DEL ARCO, en el pleno del Senado. Diario de sesiones del Senado BOCG, núm. 10-1, de 21 al 22 de septiembre de 1983.

(20) GARCÍA CANTERO, Gabriel: Ob. cit. (12), pág. 420.

(21) SERRANO GARCÍA: *"Ley aplicable en Aragón en materia de tutela"*. RGL y J, 1985, pág. 183.

(22) SERRANO ALONSO, Eduardo: *"Relevancia de la intervención del juez en la tutela y en la curatela"*. La Ley, 1984-2, 1117.

- (23) FERRER I RIBA, Joseb: *"El nou regim de las instituccions tutelars a Catalunya"*. La Llei-1992. Vol. 2, pág. 721, traducido al castellano por la ponente.
- (24) FERNÁNDEZ SOLA, Natividad: *"Derecho Internacional Privado Español de la Tutela"*. RGL y J. 1985. Pto. VIII, págs. 234 y ss.
- (25) GARCÍA MERCAVAL y GARCÍA LOYGARRI, Fernando: *"La tutela regia"*. RGL y J. 1985, págs. 269 y ss.
- (26) STS de 22 de julio de 1993. La Ley. 1993-4, pág. 362. Ponente Sr. Burgos Pérez Andrade.
- (27) S del TS de 21 de junio de 1991. La Ley. 1991-4, pág. 930. Ponente Sr. Barcala Trillo-Figueroa.
- (28) CARRERAS MARA, Miguel: *"La constitución de la tutela y la designación de tutor: Su determinación es la propia sentencia de incapacitación"*. La Ley. 1994-1, págs. 1161 y ss.
- (29) CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Español, Común y Foral T.V.* Vol. 2º, 7ª edición. Madrid, 1958, pág. 283.
- (30) HUALDE, José Javier: *Comentarios a la nacionalidad y tutela.* Dirigidos por Manuel Albadalejo, ed. Tecnos, 1986, págs. 268 a 369.
- (31) CANO TELLO: *"Nueva regulación de la tutela e instituciones afines"*. Madrid, 1984, pág. 33. Cit. Ob. cit. (13), pág. 375.
- (32) Ob. cit. (13), pág. 374.
- (33) GARCÍA CANTERO, Gabriel: *"Nuevo Régimen Jurídico de la tutela"* RGDL y J. 1985, pág. 486.
- (34) BERCOVIZ: Ob. cit. (13), pág. 361, nota a pie de página núm. 4.
- (35) MUÑIZ ESPADA, Esther: *"Las personas jurídicas tutoras"*, Boch, 1994, pág. 96.
- (36) GIL RODRÍGUEZ: Ob. cit. (13), pág. 310, pág. 581.
- (37) GONZÁLEZ POVEDA, Bienvenido: Op. cit.(11), pág. 581.
- (38) GÓMEZ OLIVEROS: Op. cit. (13), pág. 315.
- (39) GARCÍA CANTERO, Gabriel: Op. cit. (12).
- (40) DÍAZ ALBALART, Silvia: Op. cit.(13), págs. 322 y 323.
- (41) Citas obtenidas de B. GONZÁLEZ POVEDA: Ob. cit. (11), pág. 584.
- (41 bis) Citas obtenidas de B. GONZÁLEZ POVEDA: Ob. cit. (11), pág. 584.
- (42) Ob. cit. (13), págs. 228 y 229.
- (43) LETE DEL RÍO, José Manuel: *Comentarios al Código Civil, Sec. Gral. Técnica.* Centro de Publicaciones. Madrid, 1990. Tomo I.
- (44) DÍAZ ALABART, Silvia: Op. cit. (13), pág. 336.
- (45) MEDRANO ALMENDROS, Francisco Javier: *"Las funciones del Ministerio Fiscal en relación con la tutela, a la vista de las modificación del Código Civil por Ley 13/1983 de 24 de octubre"*. RGLD. Tomo 1985-2, págs. 168 y ss.
- (46) GETE ALONSO. Ob. cit. (43), pág. 856.
- (47) PUIG FERRÍOL. Ob. cit. (13), pág. 775.
- (48) LETE DEL RÍO, José Manuel: Ob. cit. (10), pág. 477.
- (49) LETE DEL RÍO, José Manuel: Ob. cit. (10), pág. 288.
- (50) ROCA TRÍAS: Ob. cit. (13), pág. 227.
- (51) Sentencia del TS 23 de noviembre de 1981. Ponente Sr. Beltrán de Heredia y Castaño. La Ley, 1982-1, 540. RAD. 1981, 4543.
- (52) LETE DEL RÍO: Ob. cit. (10), pág. 240.

- (53) GÓMEZ OLIVEROS: Ob. cit. (13), pág. 444.
- (54) CIT. por. GÓMEZ OLIVEROS: Ob. cit. (13), pág. 410.
- (55) GÓMEZ LAPLAZA: Ob. Cita, pág. 470.
- (56) HUALDE, José Javier: Ob. cit. (43), pág. 771.
- (57) GONZÁLEZ POVEDA: Ob. cit.(11), pág. 261.
- (58) HERNÁNDEZ GIL, Félix: *"Inventario inexistente e irregular en la tutela, sus efectos"*. La Ley. 1982-1, 764, ésta a ORTEGA PARDO (pág. 771): *"La tutela de hecho"* RGLJ. 1947. Tomo II, pag. 94.
- (59) O'CALLAGHAN: *Compendio de Derecho Civil*. Tomo IV. Madrid, 1993, pág. 360.
- (60) GIL RODRÍGUEZ: Ob. cit. (43), pág. 754.
- (61) GÓMEZ LAPLAZA: Op. cit. (13), pág. 460.