

*tidades públicas, cuando no se puedan seguir las reglas de la tutela ordinaria. Siguiendo el principio de inmediatez decretará dicha tutela alterando el orden de los llamados a la tutela ordinaria, y cuando las fundaciones no tengan entre sus fines la de ejercer la tutela o carezcan de recursos económicos a tal fin.*

*ordinary guardianship cannot be applied, the court will automatically award guardianship to a public entity. Following the rule of immediate legal process, the court will alter the ordinary order of candidacy for guardianship and appoint a public entity as guardian, when foundations do not include the exercise of guardianship among their official purposes or do not have the necessary economic resources.*

## 1.2. Familia

### *LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA TUTELA. A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN, DE 17 DE ENERO DE 2011*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT  
*Profesora Contratada Doctora  
Derecho Civil UCM*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL TUTELADO Y LA ADMINISTRACIÓN DE SUS BIENES POR EL TUTOR.—III. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA REALIZACIÓN DE DETERMINADOS ACTOS O NEGOCIOS POR EL TUTOR.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

#### I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, reformó las instituciones de guarda y protección de menores e incapacitados, adaptando la regulación de la tutela contenida en el Código Civil a la Constitución Española de 1978, en la línea marcada anteriormente por otra norma como la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por el que se modifica la filiación, la patria potestad y el régimen económico-matrimonial.

Para ello, se da una nueva redacción al Libro II, Título X, Capítulo II dedicado a la tutela —arts. 222 a 285—; Capítulo III a la curatela —arts. 286 a 293 y 297—, y el Capítulo IV al defensor judicial —arts. 299 a 302—; y también contempla la guarda de hecho en el Capítulo V —arts. 303, 304 y 306—. Mas con carácter previo, en el ámbito del Capítulo I del Título X y bajo epígrafe: «Disposiciones generales», se agrupa un conjunto de preceptos que integran el régimen genérico de las instituciones tutelares —arts. 216 a 221—.

En esta nueva regulación se consagra el principio de pluralidad de guarda legal, frente al sistema anterior de unidad de guarda, enumerando como cargos tutelares, la tutela, la curatela y el defensor judicial (art. 215 del CC), lo que

posibilita el desarrollo del desdoble de la protección personal y patrimonial de la persona, llegándose a considerar que con la citada reforma tiene lugar una cierta «despatrimonialización» de las instituciones tutelares (1). Además, se instaura el sistema de tutela de autoridad o judicial que conlleva poner las instituciones tutelares bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, que entre otras cosas, las constituye y controla, abandonando el modelo de tutela de familia (tutor, prototor y Consejo de Familia); y se fija el régimen jurídico de las instituciones tutelares atendiendo a las siguientes reglas: 1) Las funciones tutelares constituyen un deber, que han de ser ejercitadas en beneficio del tutelado y están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial —art. 216 del CC—; 2) Por su naturaleza de potestad familiar, solo se admite la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos —art. 217 del CC—; 3) La autoridad judicial debe remitir sin dilación al encargado del Registro, las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela que habrán de inscribirse en el Registro Civil (arts. 218 y 219 del CC) (2); 4) Se reconoce el derecho a ser indemnizado con cargo a los bienes del tutelado, cuando la persona que en el ejercicio de la función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte (art. 220 del CC); 5) A quien desempeñe un cargo tutelar, el artículo 221 del Código Civil se le prohíbe: *a)* Representar la tutelado en los actos en que intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; *b)* Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes hasta que no se apruebe definitivamente su gestión; y *c)* Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título (3).

Aunque la doctrina valoró positivamente la reforma del Código Civil en materia de tutela, pronto se empiezan a evidenciar ciertos defectos en la misma y la necesidad de adoptar estas instituciones a los cambios sociales; de ahí, la modificación por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que atribuye por ministerio de la ley la tutela administrativa a las entidades públicas que, en el respectivo territorio tengan encomendada la protección de los menores e incapacitados, siendo esta tutela complementaria del acogimiento familiar y la adopción; por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y, finalmente, por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de «Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad» que, además, de regular de forma novedosa la figura de la autotutela, esto es, «la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación; lo que puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas» (arts. 223.2 y 234.1.<sup>º</sup> del CC); consagra

---

(1) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 672.

(2) Las Resoluciones de la DGRN, de 30 de mayo de 2006 (La Ley 325339/2006); y, de 12 de diciembre de 2007 (La Ley 356717/2007) señalan que, no es inscribible la tutela automática del artículo 172 del Código Civil.

(3) PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 759, considera estos primeros preceptos como disposiciones genéricas aplicables a los distintos órganos de guarda y protección de los menores e incapaces.

la asunción por ministerio de la ley de la tutela del incapaz o cuando este se encuentre en situación de desamparo por parte de la entidad pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la tutela de incapaces, cuando ninguna de las personas a las que hace referencia el artículo 234 del Código Civil, sea nombrada tutor (art. 239.2 del CC); y posibilita la constitución de un patrimonio protegido a favor de las personas con discapacidad (arts. 2 y 3 de la Ley 41/2003).

Con la reforma de 1983, el artículo 216 establece: «*las funciones tutelares constituyen un deber, que se ejercerá en beneficio del tutelado, y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*», lo que ha denominado ROCA TRIÁS, cláusula de salvaguarda judicial, también presente en la patria potestad (4). De este precepto se derivan tres principios básicos: 1. Los cargos tutelares representan un deber/funcióñ que se impone a las personas, que asumen la guarda y protección de los menores e incapacitados (5). Es decir, se concede un poder, unos derechos, para cumplir unos deberes. La función tutelar, por tanto, constituye un deber jurídico que incumbe a toda persona nombrada y responde a una finalidad tutiva y protectora, que se da en interés no del que la ejerce, sino del sometido a ella, siendo su contenido, un conjunto de derechos y deberes dirigidos a la realización de esta función (6). Al configurarse como deber, no es un cargo renunciable —pues, no aparece la renuncia como causa de extinción de la tutela—, y determina que únicamente se admite la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos (arts. 217 y 251 a 258 del CC con específica referencia al cargo de tutor; artículo 291 que se remite a estas normas para regir las excusas al cargo de curador; y 301, que hace lo mismo en cuanto al cargo de defensor judicial; no así para la patria potestad prorrogada y rehabilitada, que se rige por las normas relativas a la patria potestad, ni para los supuestos de tutela automática de las entidades públicas que se configura como irrenunciable —arts. 172.1 y 239 del CC—). El cargo tutelar se configura como función u oficio, pues se le concede unas determinadas facultades o atribuciones que no pueden ser entendidas como verdaderos derechos subjetivos, ni tampoco están dirigidos a la satisfacción de un interés propio de quien desempeña un cargo tutelar, sino que aquellas son atribuidas por el Derecho para satisfacer un interés ajeno, como es el que corresponde al tutelado (7); y, asimismo, representa un *officium* o cargo de Derecho privado, no teniendo quien lo desempeña el carácter de autoridad, sino que simplemente asume una función en la que no solo existe el interés del protegido, sino también un interés familiar y social o público (8), pues, tal configuración no pugna con la intromisión.

---

(4) ROCA TRIÁS, E., «Comentario a los artículos 216 y 217 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMOROS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 234.

(5) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2001 (*JUR* 2001/160834).

(6) O'CALLAGHAN X., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», en *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5.<sup>a</sup> ed., La Ley, Madrid 2005, pág. 301.

(7) PALOMINO DÍEZ, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 46-47. Sin embargo, para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, pág. 554, hay en estas figuras y características de la tutela, verdaderos derechos subjetivos, como ocurre en la patria potestad, constituyendo un ámbito de poder conferidos a la discreción del sujeto y especialmente defendidos por el ordenamiento.

(8) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, Edersa, Madrid,

sión de lo público en su funcionamiento; 2. Las funciones tutelares se ejercen en beneficio del tutelado (9), que actúa como principio rector de la actuación del guardador, y significa que este ha de buscar el mayor interés del tutelado, interés que debe prevalecer sobre otros, y, por supuesto, sobre el suyo propio; y que ha de entenderse desde la condición del tutelado como sujeto de derechos, operando con parámetros esencialmente objetivos o quasi objetivos (10). Este principio, por tanto, no solo va a condicionar las facultades del tutor, sino que, además, va a determinar el sentido de la propia intervención judicial cuando proceda (arts. 224, 225, 233, 234.2, 236.1 y 3, 245, 246 del CC, entre otros). 3. Las funciones tutelares se ejercerán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial mediante el establecimiento de medidas de vigilancia y control (art. 233), de remoción de la tutela (art. 248), cuando resulten necesarias; y hay que añadir, también bajo el amparo del Ministerio Fiscal (puede solicitar la remoción del tutor, intervenir en la formación de inventario, ser oído por el Juez antes de que este conceda o deniegue la autorización en los actos comprendidos en los arts. 271 y 272 del CC; el artículo 232, además, de la función de vigilancia, que, tiene tal órgano, se concreta en la facultad de exigir al tutor, en cualquier momento, que le informe de la situación del menor o incapacitado y del estado de administración de la tutela; y la especial relevancia a la tutela provisional o interina que le atribuye el art. 299 bis). En todo caso, esta vigilancia permanente de la actuación de los órganos tutelares por parte de la autoridad judicial, posibilita, asimismo, que esta pueda acordar las medidas cautelares que, enumera el artículo 158, en cuanto sean convenientes para la más adecuada protección del menor o incapaz (art. 271.2 del CC introducido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor). La adopción de estas medidas pueden ser decididas por el Juez de oficio o a petición de parte interesada, que lo serán el tutor, el curador, el defensor judicial, el guardador de hecho o cualquier persona que acredite tener interés en ellas, entre las que pueden incluirse el propio menor o incapacitado, si tiene suficiente juicio; y, tales medidas no solo tienen como finalidad la protección de la persona sometida a tutela, sino

---

1985, pág. 241. El Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.<sup>a</sup>, de 23 de abril de 1999 (AC 1999/770) dispone en su *Fundamento de Derecho* 3.<sup>º</sup> que: «Conviene resaltar al respecto, que la tutela se califica por la doctrina como un oficio de derecho privado que lleva consigo determinadas funciones: el tutor no es titular de una situación jurídica de interés propio, sino de una situación compuesta de poderes, con todos los deberes inherentes a los mismos. Ello permite afirmar que la tutela, igual que la patria potestad, tiene un carácter debido, en el sentido de imponer al tutor el deber de ejercicio del cargo en beneficio del tutelado. Por esa razón se explica el contenido del primer párrafo del artículo 216 del Código Civil».

(9) Principio al que hacen referencia también otras normas bajo la denominación de interés superior (art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero); y de mayor interés (art. 156 del Código Penal). Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.<sup>a</sup>, de 13 de febrero de 2002 (JUR 2002/148665); y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.<sup>a</sup>, de 8 de febrero de 2007 (La Ley 7489/2007).

(10) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 352; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pág. 675. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 1984 (RJ 1984/4755), y de 22 de julio de 1993 (RJ 1993/6277).

también de su patrimonio, durante el tiempo que el Juez considere oportuno. Lo cierto es que, el Juez interviene y controla las instituciones de guarda en tres órdenes: como función directa, en la constitución; como función indirecta, en el ejercicio, y como función decisoria, en la rendición de cuentas (11).

Sobre tales bases, el tutor como señala LETE DEL RÍO: «es la persona que, bajo la vigilancia y fiscalización de la autoridad judicial, y de acuerdo con las disposiciones establecidas por los padres, o en su defecto o por falta de homologación, con las impuestas por el Juez, suple la falta de capacidad de obrar y cuida de la persona y bienes o solo de la persona o solo de los bienes del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos en que este último puede obrar por sí mismo en virtud de disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación». Y, añade: «su función es esencialmente de dirección, administración, y ejecución, la cual se manifiesta en derechos, facultades, deberes y obligaciones de muy distinta especie y naturaleza». En resumen, «al tutor le corresponde la iniciativa de la gestión, pues es el representante legal del menor o incapacitado» (12). LASARTE ÁLVAREZ, por su parte, dispone que, «la tutela, al igual que la patria potestad, consiste en una función técnicamente hablando: el titular de cualesquiera órganos tutelares ostenta derechos y facultades, en relación con la persona y/o bienes de un menor o de un incapacitado, que le son atribuidos en contemplación y en beneficio del tutelado» (13). Finalmente, O'CALLAGHAN, teniendo en cuenta básicamente lo preceptuado en los artículos 215 y 216 del Código Civil, conceptualiza la función tutelar como «el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre una u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para la protección del mismo, bajo en control judicial» (14).

La tutela es, pues, una institución subsidiaria de protección y asistencia de los menores no emancipados, y de los incapacitados no sujetos a patria potestad establecida por la Ley, y que presenta los siguientes caracteres (15): 1. Subsidiariedad, al configurarse como un mecanismo paralelo y subsidiario de la patria potestad; 2. Naturaleza pública del cargo y como función u oficio de Derecho privado; 3. Generalidad, pues, la tutela se atribuye al cuidado y protección «integral» de la persona y los bienes del tutelado. Nos encontramos ante un supuesto de representación legal; 4. Obligatoriedad. Las funciones tutelares constituyen un deber que se ejercerá en beneficio del tutelado, y solo se admite excusa en los supuestos legalmente previstos. De ahí que, la tutela no sea, por su caracterización como deber, un cargo renunciable, al margen de las eventuales causas de inhabilidad para el desempeño del mismo (arts. 243 a 245 del CC); 5. Control judicial. El ejercicio de la función tutelar se realiza bajo el control y vigilancia del Juez, y del Ministerio Fiscal que, actuará de oficio o a instancia de cualquier

---

(11) O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 302.

(12) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 237-238.

(13) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», T. VI, *Derecho de Familia*, 9.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, pág. 384.

(14) O'CALLAGHAN, X., «Compendio de Derecho Civil», T. IV, *Derecho de Familia*, 7.<sup>a</sup> ed., Dijusa, Madrid, 2009, pág. 298.

(15) LEONSEGUÍ GUILLOT, R. A., «La tutela», en *Protección Jurídica del Menor*, coordinadores: María Paz Pous de la FLOR y Lourdes TEJEDOR MUÑOZ, 2.<sup>a</sup> ed., Colex, Madrid, 2009, págs. 99-100; PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad», *op. cit.*, págs. 43 a 76.

interesado (art. 234) (16). 6. La tutela como un oficio, en ocasiones, remunerado (art. 274 del CC) (17).

El tutor, como representante legal no solo ha de velar por el tutelado y, en particular, proporcionarle alimentos; educarle y procurarle una formación integral; y promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad (art. 269 del CC); sino también la administración de su patrimonio con la diligencia de un buen padre de familia (art. 270 del CC), debiendo recabar el auxilio de la autoridad judicial para los actos enumerados en los artículos 271 y 272 del citado cuerpo legal.

Sobre tales bases, una vez producido el nombramiento del tutor en el auto de constitución de la tutela, resulta necesaria la toma de posesión del cargo por aquel, para que pueda comenzar a ejercer sus funciones. A diferencia de la regulación anterior a la reforma de 1983, cuyo artículo 261 del Código Civil establecía que «el Consejo de Familia pondrá en posesión a los tutores y prototutores», y en consonancia con la instauración del principio de tutela de autoridad, corresponde al Juez dar posesión de su cargo al tutor nombrado. En este acto, aquel otorgará al tutor el título legal de su representación, así como los medios adecuados para que puedan desempeñar sus funciones. Como precisa LETE DEL RÍO: «en cierto modo se ha vuelto a lo que en el Derecho anterior al Código Civil se denominaba discernimiento del cargo de tutor, que era el acto por el cual la autoridad judicial 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. Dicho acto se consignaba en un acta o diligencia, de la que se daba testimonio al tutor para que así pudiera acreditar su representación (art. 1868.2 de la LEC de 1881)». Y, añade que, «la toma de posesión de cargo no habilita al tutor sin más para el ejercicio de sus funciones, sino que es preciso con carácter previo la formación de inventario que, debe llevarse a cabo dentro del plazo de sesenta

---

(16) Señala LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 232 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 293, con buen criterio que la expresión «cualquier interesado» hay que entender que legítima a cualquier persona para instar la intervención judicial, en cuanto que la tutela, como institución, trasciende a la sociedad entera y, por tanto, la ley interesa de todos los ciudadanos el cumplimiento de un deber general de solidaridad. En contra, SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 232 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. 2, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 591, para quien la expresión a instancia de cualquier interesado, se limita a quien acredite tener un interés directo en el buen ejercicio de la tutela, o por quien acredite poder resultar afectado por una actuación desafortunada por parte del tutor.

Por su parte, la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil y de la Ley de Protección patrimonial de las personas con discapacidad (*BOE*, núm. 73, de 26 de marzo de 2009, págs. 29137 a 29142), en su Disposición Adicional única, legitima al Ministerio Fiscal para solicitar y obtener información jurídica y económica de relevancia patrimonial y contable que resulte de interés, a fin de poder fundamentar su criterio en relación con el trámite de aprobación de las cuentas anuales y de la cuenta general justificadora de la administración que presente el tutor al extinguirse la tutela, así como en cualquier otro caso en que resulte necesario o conveniente a fin de permitir el cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que se hayan acordado judicialmente respecto del ejercicio de la tutela o guarda de hecho.

(17) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 27 de julio de 2004 (*JUR* 2004/217363), señala que en la definición del rendimiento líquido de los bienes que debe tenerse en cuenta para fijar la retribución del tutor, es la diferencia entre los ingresos íntegros menos los gastos necesarios para alcanzar dichos ingresos, entre los que no se encuentran los impuestos sobre la renta y patrimonio que son tributos de carácter personal.

días a contar desde que aquel hubiese tomado posesión de su cargo (art. 262)»; pues, antes de la formación de inventario, «el tutor no puede ser considerado investido del pleno ejercicio de sus funciones y su administración de los bienes y cuidado de la persona del menor o incapacitado debe limitarse a los asuntos más necesarios y urgentes, que no admitan demora» (18). En esta línea GÓMEZ LAPLAZA señala que, «podría parecer que con la toma de posesión del cargo comienza realmente el ejercicio del mismo y que, por tanto, es también en este momento cuando tendrán que proporcionársele los medios adecuados para lograr aquella finalidad. Esta idea se vería abonada por el propio Título de la sección en que se ubica el precepto que comenta, y también por lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 1879 que «hecho el discernimiento, se hará entrega del caudal del menor o incapacitado al tutor o curador, por inventario, que se unirá al expediente, si ya no obrara en él, a cuyo pie constará el recibo del expresado tutor o curador. Igual entrega, y con la misma formalidad, se hará de los títulos y documentos que se refieren a dichos bienes». Con todo, considera la autora «ha de observarse que, aun cuando el discernimiento a que alude la LEC y la toma de posesión venga a coincidir, es lo cierto que así como en aquella Ley la entrega del caudal ha de hacerse «por inventario», en el actual sistema del Código Civil la realización del mismo es posterior a la toma de posesión (art. 262). Esto nos lleva a pensar que, en base a lo establecido en el Código Civil, no coinciden necesariamente la toma de posesión del cargo y la entrega de todo lo necesario para ejercerlo». En esta línea de cosas, concluye «pudiera pensarse que realmente el tutor no comienza a ejercer sus funciones como tal, aunque haya tomado posesión hasta que realice el inventario y, en su caso, las medidas precautorias a que alude el artículo 265» (19).

De todas formas, el hecho que el legislador haya optado por exigir la realización del inventario con posterioridad a la toma de posesión del cargo, esto no constituye obstáculo para que el tutor comience a ejercer sus funciones, adoptando para ello el Juez las medidas oportunas tendentes a proteger el patrimonio del menor o incapaz, hasta que el tutor lleve a cabo el inventario de los bienes en el propio auto de constitución de la tutela, pues, supeditar la entrada en funciones del tutor a que realice el correspondiente inventario de los bienes exigiría el nombramiento de defensor o de un administrador provisional, si no se quiere crear una situación de inseguridad que afecte directamente al tutelado; un periodo de desgobierno del patrimonio del menor, como los califica Matilde CUENA, que no parece deseable (20). En este sentido, HUALDE SÁNCHEZ pone de manifiesto que «si el Juez no decide otra cosa, parece prudente que desde la toma de posesión del tutor entre a ejercer sus funciones con total plenitud de poderes, pues, al fin y al cabo, ese tutor al que se pone en posesión de los bienes del tutelado y en su administración antes de hacer inventario, ha surgido tras todo un previo proceso de constitución de la tutela (con audiencia de todos los interesados incluido, en su

---

(18) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios a los artículos 259 y 262 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, 2.<sup>a</sup> ed., Edersa, Madrid, 1985, págs. 354 y 359.

(19) GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del C., «Comentario al artículo 259 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA, y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 452 y 453.

(20) CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinadores: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, T. II, vol. 2.<sup>o</sup>, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 1942.

caso, el propio tutelado) que ha conducido a la selección de la persona en la que el juez ha depositado su confianza para el ejercicio de las funciones tutelares» (21).

En todo caso, aunque el Código Civil no establezca expresamente que el acto de toma de posesión del cargo tenga lugar quince días después del nombramiento, parece razonable esperar ese plazo —que representa el periodo que el Código Civil concede al tutor para excusarse del cargo (art. 252)—, para evitar dar posesión del cargo a tutores «provisionales», esto es, a quienes van a alegar (o pudieran aún alegar) su no sujeción al deber de ejercer la función tutelar (22). Todo ello, como bien sabemos, sin perjuicio de que, es posible que el tutor alegue causa de excusa sobrevenida.

Si el tutor nombrado se niega a tomar posesión del cargo, una vez transcurrido el plazo para alegar excusa, o siendo esta alegada, ha sido desestimada por el Juez, habida cuenta que el ejercicio de la tutela constituye un deber (art. 26 del CC), se podría proceder a promover la remoción del tutor, pues, efectivamente, no hay mayor incumplimiento de los deberes propios del cargo que la negativa a observar el requisito legal imprescindible para poder cumplirlos, lo que le inhabilitará para el ulterior desempeño de cualquier cargo tutelar, al tratarse de una remoción con carácter de sanción (art. 243.2 del CC) (23).

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la función de administrador de los bienes que corresponde al tutor, una vez que toma posesión del cargo, más en concreto en las obligaciones del tutor durante el ejercicio de la tutela, que se materializa en los actos patrimoniales a llevar a cabo por el mismo en relación con los bienes del tutelado, que han de estar sometidos a la correspondiente autorización judicial. Para ello, tendremos presente las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes sobre la materia. Asimismo, constataremos en la línea con la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de enero de 2011 (24), la necesidad de flexibilizar y adaptar a la nueva realidad social los supuestos para los

---

(21) HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario a los artículos 262-263 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 779.

(22) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 252 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA, y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 217-218.

(23) HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario al artículo 259 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 772.

Por su parte, GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup>. del C., «Comentario al artículo 259 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 454, dejando aparte la posible responsabilidad penal o la responsabilidad general del artículo 1902 (si pudiera estimarse que el tutor nombrado, con su conducta omisiva ha causado un daño), cree, en esta línea, que pudiera pensarse en la aplicación analógica del artículo 247, pues «conducirse mal en el desempeño de la tutela», «incumplir los deberes propios del cargo» o su «notoria ineptitud» se encuentra en la base de esta conducta previa del nombrado tutor, aunque aún no se haya deferido la tutela. Y, añade, «la amplitud con que se recoge el artículo 251 las posibles causas de excusa («o por cualquier otra causa»), parecen suficiente garantía para que no se dé posesión del cargo a quien, de hecho y manifestándolo ya al no querer tomar posesión, no va a querer tampoco desempeñar la misma o va a conducirse posiblemente mal en su ejercicio».

(24) BOE, núm. 88, de 13 de abril de 2011, págs. 38155 a 38162.

que se exige autorización judicial; y la concesión de un margen suficiente de autonomía al tutor, pues, es la única forma de responder a las necesidades de la práctica diaria, y de alcanzar los fines atribuidos a la institución tutelar (25). El título cuya calificación se impugna y se sustancia esta Resolución, es una escritura pública de compraventa por la que se transmite una finca urbana a una menor de edad, representada por su tutora, con pago del precio pactado que se recibe íntegramente en el mismo acto por el vendedor. La Registradora suspende la inscripción por no haberse acreditado la obtención de la previa autorización judicial, requisito que —a su juicio— es necesario porque se trata de un acto dispositivo susceptible de inscripción, e implica un gasto extraordinario; y añade que, no se acompaña el testimonio del auto del nombramiento de la tutora.

## II. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL TUTELADO Y LA ADMINISTRACIÓN DE SUS BIENES POR EL TUTOR

El artículo 267 del Código Civil atribuye al tutor la condición de representante legal del tutelado, al igual que el artículo 162 del citado cuerpo legal lo hace para los padres que ostentan la patria potestad respecto de sus hijos menores de edad no emancipados. El tutor suple al tutelado en todos aquellos actos que no puede realizar por sí solo dada la limitación de su capacidad de obrar. Al margen de la patria potestad, solo el tutor tiene atribuida la condición de representante legal del tutelado con carácter duradero y estable. No la ostenta ni el curador que solo asiste al sometido a curatela (art. 289 del CC), ni el defensor judicial que en caso de conflicto de intereses, ostenta la guarda del menor o incapacitado con carácter provisional (art. 302 del Código Civil). Como tal representante, tiene, igualmente, encomendadas otras funciones como la administración del patrimonio del tutelado como así lo establece el artículo 270 del Código Civil, pues, como precisa GÓMEZ LAPLAZA: «la representación constituye el medio técnico indispensable para una mejor explicación de tal poder de administración, en el cual se compendia toda la función tutelar en su aspecto patrimonial»; si bien, añade que «sin negar esta conexión, pueden establecerse diferencias entre ambas. Ciertamente existe un denominador común entre ellas: lo que se ha llamado la función sustitutiva que en ambos supuestos se da y que desempeña el tutor. Pero, mientras que, la administración se refiere al ámbito estrictamente patrimonial, la representación no se agota en esta órbita, sino que se extiende al campo personal». Por tanto, concluye «el tutor, como administrador, sustituye en la gestión de sus bienes. Como representante le sustituye al pupilo en la gestión de sus intereses, tanto de carácter personal como extrapatrimonial» (26).

Esta representación, como el cargo mismo de tutor, es personalísima, pues, se impide su delegación a un tercero, aunque pueda apoderarse a determinada

---

(25) No podemos olvidar que la intervención judicial se produce únicamente en calidad de órgano de control y se materializa a través de diversos instrumentos en el Código Civil, como la exigencia anual de cuentas e informes contenida en el artículo 269.4 del mismo, la rendición de cuentas ante el Juez al cesar el tutor en sus funciones (art. 279), las medidas que pueden adoptar el Juez conforme al artículo 233, y el establecimiento de la responsabilidad en exclusiva por sus actos a través del juego conjunto de los artículos 270 y 285 del Código Civil.

(26) GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del C., «Comentario al artículo 267 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA, y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 489-490.

persona para que ejecute actos determinados, si bien, corresponde al Juez en virtud de las facultades que le otorga el artículo 233, valorar la procedencia o no de tal delegación. Como dice acertadamente, LETE DEL RÍO: «lo que no puede hacer el tutor es desentenderse de sus funciones, de ahí que en aquellos asuntos que requieran su decisión personal no procede que se haga representar» (27). Asimismo, esta representación, al igual que los titulares de la patria potestad, es subsidiaria, como así hemos señalado en líneas precedentes.

Tal labor representativa puede ser realizada por el tutor único o por una pluralidad de tutores. Si estos, tienen distribuidas sus funciones, uno de la persona y otro del patrimonio, cada uno representará al menor o incapacitado en su ámbito competencial de actuación (uno a la persona del tutelado y el otro a su patrimonio) (28); si bien, las decisiones que conciernen a ambos se deberán tomar de forma conjunta; si no hay especificación de funciones todos actuarán de forma conjunta —con régimen de mayoría—, o solidaria, según los casos, y en la forma que determinan los artículos 237 y 237.bis del Código Civil. No obstante, la actuación del tutor como representante legal de un incapacitado se ha de determinar en función de lo que disponga la sentencia de incapacitación (art. 210 del CC). Asimismo, respecto de los menores e incapacitados el artículo 267 excluye de la representación los actos que estos pueden realizar por sí mismos y para ello, el citado precepto se remite a las normas que así lo dispongan expresamente, y al contenido de la sentencia de incapacidad; esto es, como precisa LETE DEL RÍO: «se regulan los supuestos de actuación propia del tutelado por vía de remisión a otras normas y, por tanto, cuando se trate de aplicar esos otros preceptos no será por analogía, sino directamente» (29). Así se citan por la doctrina como actos que el menor o incapacitado puede realizar por sí solos (30): adquirir la posesión de bienes (art. 443); prestación de consentimiento matrimonial con dispensa a partir de los catorce años (art. 48); otorgar testamento los mayores de catorce años, salvo el ólógrafo (arts. 663 y 688); aceptar donaciones puras (arts. 625 y 626); otorgar capitulaciones matrimoniales con el asentimiento del tutor, salvo que se limite a pactar el régimen de separación de bienes o el de participación; actuar como testigos (art. 1246); los actos relativos a los derechos de la personalidad, siempre

---

(27) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios al artículo 267 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, 2.<sup>a</sup> ed., Edersa, Madrid, 1985, pág. 367.

(28) GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del C., «Comentario al artículo 267 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 490, si bien en este supuesto, señala que, en la práctica se producirá una frecuente ósmosis entre ambas representaciones, por lo que aunque la actuación pueda producirse independientemente, muchas de las decisiones habrán de tomarlas conjuntamente.

(29) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios al artículo 267 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 368.

Por su parte, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 318, precisa que, el tutor «representa al tutelado en los actos que no puede realizar por sí, y que en los que actúe por sí el pupilo, pero no pueda realizar por sí solo, el tutor le complementa la capacidad incompleta que tiene».

En estos casos, como señala GÓMEZ-OLIVEROS, J. M.<sup>a</sup>, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T. LVII, 1984, pág. 1429, «la actuación del tutor se asemeja a la del curador que asiste al pupilo mediante un complemento de capacidad; no hay sustitución de la persona del pupilo».

(30) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios al artículo 267 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 368-369; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1954-1955; SANCHO REBULLIDA, Francisco, y cols., *El nuevo régimen de la familia, III, Tutela e instituciones afines*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 117.

que el menor posea las condiciones de madurez necesarias para poder realizar el acto por sí mismo (art. 162.1); y como supuestos susceptibles también de ser valorados como excepciones a la potestad tuitiva general del tutor: los actos en que exista conflicto de intereses entre el tutor y el tutelado, en cuyo caso, deberá nombrarse un defensor judicial que los represente, cuando sea tutor único, o el conflicto se plantea con todos, cuando existe una pluralidad de tutores (arts. 162.2 y 299.1) (31); los contratos que obliguen al menor a realizar prestaciones personales, para cuya celebración se requiere el previo consentimiento de este, si tuviera suficiente juicio (art. 162.3) (32); y, los actos referentes a bienes que se encuentren excluidos de la administración del tutor (arts. 227 del CC; y art. 5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en caso de existencia de un matrimonio protegido). Al lado de aquellos casos que habilitan al menor o incapacitado para actuar por sí solos, existen otros también contemplados por la Ley, en los que el tutelado actúa por sí, si bien requiere la intervención del representante legal como complemento. Así el artículo 20.2.b) del Código Civil establece que el menor mayor de catorce años y el incapacitado, cuando así lo disponga la sentencia de incapacidad, pueden efectuar la declaración de opción por la nacionalidad española, con la asistencia de su representante legal; el artículo 21 del citado cuerpo legal permite al mayor de catorce años solicitar la nacionalidad española por carta de naturaleza, también asistido por su tutor; el artículo 121 de tal Código exige para su validez la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, y para su eficacia el artículo 124 requiere el consentimiento de su representante legal; el artículo 1329, por su parte, requiere la asistencia del tutor para el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por el menor no emancipado que, con arreglo a la Ley pueda casarse, salvo que pacte un régimen de separación de bienes, en cuyo caso no será precisa la asistencia del representante legal; y, finalmente, el artículo 1330 se refiere al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales por el incapacitado que, requieren en todo caso la asistencia de sus padres, tutor o curador.

En cualquier caso, cuando el menor o incapacitado no puede actuar por sí sus derechos de la personalidad por carecer de condiciones de madurez suficientes, el tutor actúa en tales supuestos en calidad de representante legal, bajo control judicial. Como pone de manifiesto JORDANO FRAGA el representante del menor o incapaz «recupera para la actuación de sus funciones tutelares el ámbito de la personalidad del menor» (33).

---

(31) Vid., las Resoluciones de la DGRN, de 9 de enero de 2004 (La Ley 11358/2004); y de 2 de junio de 2010 (La Ley 12940/2010).

(32) GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del C., «Comentario al artículo 267 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 495, que aunque señala que, realmente este último caso no está previsto en sede de tutela, a su modo de ver, no cabe duda de su aplicación a los supuestos de tutela de menores. El tutor podrá celebrar estos contratos, pero con el previo consentimiento del menor «si tuviera suficiente juicio»; y no parece que, en principio, sea necesaria la autorización judicial, pues, no prevé este supuesto los artículos 271 y 272. Si bien, añade la autora, que al igual que el artículo 162 se contiene una remisión al artículo 158, aquí habrá que acudirse al 233 para que el Juez pueda dictar las medidas oportunas en el caso de que esas prestaciones personales del menor supongan o puedan suponer un peligro, o perjuicios de cualquier tipo para aquél.

(33) JORDANO FRAGA, Francisco, «La capacidad general del menor», en *Revista de Derecho Privado*, enero-diciembre de 1984, pág. 895; en esta línea, PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidades», *op. cit.*, pág. 69; GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del C., *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 2.<sup>a</sup> ed., 1992, pág. 52. Sin embargo, para DÍEZ PICAZO, L., «Notas sobre la reforma del Código

Sin embargo, la jurisprudencia ante determinados actos o negocios de Derecho de Familia por su carácter personalísimo, como es la solicitud de separación matrimonial —salvo que lo puede realizar el propio incapacitado—, ha reaccionado negando legitimación al tutor para interponer demanda de separación matrimonial en nombre de la tutelada, como la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de febrero de 1999 (34); aunque, no faltan resoluciones, que admiten tal legitimación (35). En el mismo sentido, en relación con el reco-

---

Civil en materia de patria potestad», en *Anuario de Derecho Civil*, enero-marzo de 1982, pág. 16, más que de una representación en estos casos, debe pensarse que se trata del ejercicio por parte del tutor de obligaciones que le son propias, concretamente, su deber de velar por el tutelado, y sobre todo de actuar siempre en su beneficio. En esta línea, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ C., «La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de los menores en nuestro Derecho)», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre de 1992, pág. 1440, precisa que la actuación del guardador respecto a la esfera personal del menor puede venir autorizada (y aún exigida), no por su condición de representante legal, sino en cumplimiento de su función de velar por él. Por su parte, matiza GÓMEZ-OLIVEROS, J. M.<sup>a</sup>, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 1425, que en la medida que la defensa de estos derechos no puede ser verificada por el pupilo, correrá a cargo del tutor, quien deberá atenderse a las directrices dictadas por los padres, o a las condiciones personales, creencias y medios económicos del tutelado.

Una manifestación legal lo tenemos en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen que, al regular el consentimiento que autoriza una intromisión en los derechos a que se refiere esta Ley, establece que: «el consentimiento de menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil»; en el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, al disponer que: «se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen o nombre en los medios de comunicación que pueda implicar un menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales»; y en el artículo 9.3.c) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica que dispone que «cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión, si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados, o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 28 de octubre de 1994 (AC 1994/1763); y el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.<sup>a</sup>, de 12 de julio de 1999 (AC 1999/1820), exigen autorización judicial para la interrupción del embarazo del menor, siendo insuficiente el simple consentimiento del organismo tutelar.

(34) *RJ* 1999/1418. Vid., asimismo, en esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 6.<sup>a</sup>, de 23 de febrero de 1998 (AC 1998/248); y sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.<sup>a</sup>, de 31 de diciembre de 2001 (AC 2002/1320).

(35) Vid., la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, de 18 de diciembre de 2000 (RTC 2000/311); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.<sup>a</sup>, de 4 de febrero de 1998 (AC 1998/3516); de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.<sup>a</sup>, de 24 de noviembre de 2006 (JUR 2007/94634); y de la misma Audiencia y Sección, de 5 de junio de 2008 (JUR 2009/6736).

nocimiento de un hijo, pues, a la misma no se extiende la representación legal del tutor (36).

Por otra parte, el artículo 270 del Código Civil señala que «el tutor único, y en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados (...).» Se trata de otra de las importantes funciones atribuidas al tutor, como es la administración del patrimonio del tutelado (37). Con anterioridad a la reforma de 1983, esta obligación del tutor se regulaba en el artículo 264.4, que disponía que: «el tutor está obligado a administrar el caudal de los menores o incapacitados con la diligencia de un buen padre de familia». Como precisa al respecto LETE DEL RÍO: «el cambio del tenor literal y de posición sistemática del nuevo precepto indica que no cabe confundir la guarda de la persona del menor o incapacitado con la de sus bienes, ni tampoco situarlas en el mismo plano; y, de otra parte, se ha pasado de una concreta concepción de la administración como deber, a otra más amplia y abstracta como función, recibiendo una primera determinación dicha función con el deber de ejercerla con la diligencia de un buen padre de familia» (38).

La expresión tutor único que se emplea en el citado precepto, supone como indica mayoritariamente, una expresión poco afortunada, y equivoca en cuanto a su significado (39). No olvidemos que, una de las novedades de la reforma de 1983 es la posibilidad de una pluralidad de tutores contemplada en el artículo 236 del Código Civil, lo que respecto a esta situación pude plantear dificultades la mencionada expresión. Lo cierto es que, en el Proyecto de Ley de reforma del Código Civil en materia de tutela, se hacía una atribución genérica de la administración por referencia solo «al tutor», en la línea con el principio de unidad legal de tutela (40). Se planteó la enmienda número 36 presentada por el Grupo Comunista en la que se pretendía adicionar a la palabra «tutor», la expresión «de los bienes», para referir solo a este la administración. Tal enmienda se aceptó en el Informe de la Ponencia y Dictamen de la Comisión (41), y aprobada en el Pleno del Congreso, la redacción del actual artículo 270, sin que se propusiese ninguna enmienda al citado precepto y a su redacción en su tramitación en el Senado (42). En la II Legislatura se

---

(36) Vid., las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 9 de enero de 2007 (La Ley 357002/2007 y la Ley 1231/2007). Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1<sup>a</sup>, de lo Civil, de 23 de marzo de 2010 (La Ley 16961/2010), impide la impugnación de un testamento por el tutor.

(37) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4<sup>a</sup>, de 9 de enero de 2004 (*JUR* 2004/116997).

(38) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 382.

(39) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 383; GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 527. Sin embargo, para SANCHO REBULLIDA, Francisco, «El nuevo régimen de la familia», *op. cit.*, pág. 118, la redacción del precepto es clara.

(40) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 202-I, 24 de junio de 1981, pág. 2315 (I Legislatura). El artículo 270 disponía que «el tutor es el administrador legal del patrimonio de los menores e incapacitados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia».

(41) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 202-I 2, de 30 de abril de 1982, pág. 2376, I Legislatura); y BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, número 202-II, de 30 de abril de 1982, pág. 2393, I Legislatura).

(42) La Ponencia propone se mantenga la redacción que figura en el proyecto. BOCG, Senado, serie II, núm. 258 (d), de 22 de junio de 1982, pág. 2488 (I Legislatura).

dispone en la enmienda número 85 del Grupo Popular, sustituir la mención de «menores o incapacitados», por la de «tutelados», que fue rechazada en el Informe de la Ponencia, manteniéndose la redacción del proyecto (43). Se puso, asimismo, de relieve lo equívoco de la expresión «tutor único», y se propuso en la Comisión de Justicia e Interior, en la sesión celebrada el 18 de mayo de 1983, por parte del señor Durán Corsanego, como enmienda *in voce* la supresión de la expresión «único» en el inicio del artículo, estableciendo como redacción posible del precepto por parte del Grupo Popular lo siguiente: «el tutor de la persona y bienes, o, en su caso, el de los bienes es el administrador legal...». En la votación se rechaza este texto, y, ante lo equivoco de la expresión, que podía ser excluyente de los supuestos de tutela «múltiple pluripersonal», se dispone como posible interpretación de la misma por parte de la diputada socialista la señora Pelayo Duque que «lo que trata de regular este precepto es la existencia de un tutor único, para contraponerlo a la regulación pertinente en caso de que concurran en la administración de los bienes varios tutores, cuyo desarrollo está ya contemplado en los artículos 236 y 237 del dictamen de la Comisión». Es decir, a lo que se entiende «por tutor único de la persona y bienes del tutelado cuando existe nada más que un solo tutor, y para contraponerlo a las diferentes funciones que pueda desempeñar una pluralidad de personas es por lo que existe la expresión tutor único». En todo caso, «un solo tutor para la persona y bienes, o en el caso de que exista un tutor para los bienes, este es el administrador» (44).

En este contexto, para el caso de tutor único no parece existir problema alguno, ya que este será el representante legal del tutelado en la esfera personal y patrimonial (administrador de sus bienes). Sin embargo, en los términos apuntados, la cuestión se complica cuando hay una pluralidad de tutores, pues, cabe preguntarse a quién corresponde la administración sobre la base de lo dispuesto en el artículo 270. Para LETE DEL RÍO la expresión «tutor único» tanto se puede referir a la unidad de cargos tutelares, como a la unidad en cuanto al número de personas que desempeñan el cargo tutelar (45). De forma que, en el caso de una pluralidad de tutores sin especificación de funciones a todos ellos corresponde la administración, pues, son tutores de la persona y de los bienes del tutelado; por el contrario, si se han especificado las funciones, atribuyendo a uno la condición de tutor de los bienes y al otro tutor de la persona, solo a aquel le corresponde la función del patrimonio del tutelado. De ahí que, se pueda deducir que la expresión «tutor único» alcanza tanto al supuesto de un solo tutor, como al de pluralidad de tutores sin especificación de funciones, pues, todos ellos tienen la condición de administradores legales del patrimonio del tutelado que llevará a cabo conforme a lo dispuesto en los artículos 237 y 238 del Código Civil; como también al supuesto que, GÓMEZ LAPLAZA, en relación con los casos de tutela pluripersonal, califica de tutores «parciarios» de bienes, es decir, «con atribución de esferas de actuación separadas por relación a distintos sectores del patrimonio sometido a administración; en este caso, cada uno de ellos actuará independientemente en su propio ámbito, ciñéndose, igualmente,

---

(43) BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 4-1.1, de 26 de abril de 1983, pág. 2640.

(44) BOCG, Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Justicia e Interior, sesión celebrada el miércoles 18 de mayo de 1983, núm. 29, págs. 2707-2707.

(45) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 383.

sus responsabilidades al mismo» (46); o, finalmente, cabe entender incluidos en tal expresión, el supuesto de que sean nombrados varios tutores respecto de los bienes, pues, a todos ellos corresponderá la administración, bien sea de forma conjunta, bien en forma solidaria (47).

Con una posición divergente, GARCÍA CANTERO, señala que «habiendo pluralidad de tutores, fuera del supuesto de un tutor *ad hoc* para los bienes, han de ponerse de acuerdo sobre quién ejerce la función de administrador legal del patrimonio. A falta de acuerdo sobre tal extremo, la designación del tutor-administrador corresponde al Juez sin ulterior recurso (art. 237, párrafo segundo)». En contra de lo anterior, considera acertadamente SANCHO REBULLIDA que «el artículo 270 no excluye la hipótesis de varios administradores actuando solidaria o conjuntamente; en el segundo caso, mediante acuerdos mayoritarios, o resolución dirimente del Juez; tampoco la excluye la conveniencia de corresponder a un solo administrador a cada patrimonio unitario, porque los problemas de gestión ordinaria requieren unidad de dirección; es, efectivamente, una cuestión de mera conveniencia, que debió ponderar el legislador, y en base a la cual, se puede criticar el sistema, más no interpretarlo en sentido corrector» (48); igualmente, LACRUZ BERDEJO manifiesta que «la expresión “tutor único” no puede entenderse exclusivamente de la concurrencia de varios tutores para la persona y los bienes, ya lo sean testamentarios (arts. 223 y 236.4), legítimos (arts. 234.2 y 236.2), o dativos (art. 235)» (49).

Sobre tales bases, el tutor del patrimonio será, por tanto, el administrador del patrimonio del tutelado, sea tutor único, sean una pluralidad de tutores, cuyo ejercicio se sujetará a lo dispuesto en los artículos 237 a 238 del Código Civil, pudiendo ser tanto mancomunado como solidario, y al margen de que al tutor de la persona se le puedan haber atribuido unas rentas o unos bienes concretos, para que con sus frutos hagan frente a las necesidades personales del menor o incapacitado, sin que, pese a ello se le considere propiamente administrador del patrimonio del tutelado.

En otro orden de cosas, procede determinar qué actos puede realizar el tutor en el ejercicio de su función de administrador, y concretamente, si solo puede realizar actos de administración en sentido estricto o meramente conservativos, excluyendo los actos dispositivos, o si, por el contrario, su ámbito de actuación solo encuentra el límite que se derivan de los artículos 271 y 272 del Código Civil, que se refiere a los actos que el tutor precisa autorización judicial. Mayoritariamente la doctrina se decanta por esta última opción, de forma que el tutor puede realizar sin limitación todo tipo de actos, incluidos los dispositivos que, no estén recogidos en el ejercicio de los citados artículos 271 y 272, ni estén

---

(46) GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 527.

(47) SANCHO REBULLIDA, Francisco, «El nuevo régimen de la familia», *op. cit.*, pág. 118, para quien solo en este sentido cabe interpretar la expresión legal «el tutor de los bienes»: cada uno de ellos, en su caso.

(48) SANCHO REBULLIDA, Francisco, «El nuevo régimen de la familia», *op. cit.*, pág. 78.

En esta línea, GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 795, si fueran varios los nombrados —sea en general, sea dentro del propio ámbito patrimonial—, la concurrencia en la administración o, en su caso, la actuación individual vendrá impuesta o autorizada por los términos de la resolución judicial del nombramiento. De ello no se ocupa el artículo 270, sino que queda tratado en los artículos 236-238.

(49) LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil», IV, *Familia*, 4.<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 438.

prohibidos por el artículo 221 (50). En este sentido, GIL RODRÍGUEZ señala que: «en cualquier caso, la administración del tutor es general y expansiva por lo que atraerá a su ámbito todo tipo de bienes patrimoniales, de titularidad pura o condicionada, definitiva o temporal, del pupilo, y todas aquellas facultades que no hayan sido explícitamente excluidas, o que, por cualquier causa, queden ulteriormente vacantes» (51). Por su parte, para SANCHO REBULLIDA: «parece más práctico partir del régimen positivo en cuestión y distinguir: actos que puede realizar el tutor por sí solo, y actos para los que precisa autorización judicial, añadiendo que aquella es la regla y esta es la excepción, con lo que resulta que, para los actos no enumerados en los artículos 271 y 272, no necesita autorización judicial» (52). Si bien, como matiza LETE DEL RÍO, en todo caso, «los límites impuestos por la necesidad de autorización judicial (así como las prohibiciones) son tan amplios que las facultades dispositivas del tutor quedan reducidas a bienes de muy poca importancia económica y a la venta del derecho de suscripción preferente de acciones» (53).

Ahora bien, en el ejercicio de la facultad de administrar los bienes del tutelado, el tutor ha de actuar con la diligencia de un buen padre de familia. Se trata de un modelo de conducta objetivo, en el que se hace referencia a la diligencia media que, las personas normales suelen adoptar en este tipo de asuntos, y que difiere del criterio subjetivo al que como norma queda sujeta la administración de los padres (art. 164.1) (54); un modelo legal de diligencia exigible y de responsabilidad en la administración observable por cualquier tutor, que facilita la intervención y el control judicial (arts. 216 y 233 del CC); y permite graduar aquella en caso de incumplimiento, con arreglo al criterio de culpa leve *in abstracto*. Se trata, como señala PALOMINO DÍEZ, de «un concepto jurídico indeterminado, de un criterio abstracto establecido con independencia de la obligación de que se trate que, pese a su carácter objetivo, debe aplicarse y concretarse en virtud

---

(50) GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup>, del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 531; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985, pág. 95; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1963.

(51) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 797.

(52) SANCHO REBULLIDA, Francisco, «El nuevo régimen de la familia», *op. cit.*, pág. 120.

(53) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 388-389.

(54) Esta divergencia entre ambas funciones protectoras se explica por la doctrina desde posiciones diferentes. Así, para algunos autores, como GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 536, reside en el mayor control que existe en la materia de la tutela; para otros, como SANCHO REBULLIDA, Francisco, «El nuevo régimen de la familia», *op. cit.*, pág. 122, el módulo legal de diligencia exigible al tutor se aparta, formalmente al menos de la que el artículo 164 impone a los padres: la diligencia puesta en la administración de sus propios bienes; y, es que, en esta norma, su destinatario es, literalmente, un padre de familia, finalmente, para LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 383, parece acertado el criterio del legislador manteniendo el módulo de la culpa leve *in abstracto*, que curiosamente no se corresponde con el que ahora rige para los padres con respecto a la administración de los bienes del hijo menor sometido a la patria potestad, pues para este caso el artículo 164 remite a la culpa leve *in concreto*, con los graves inconvenientes que de ello puede derivarse en la práctica.

de las características del supuesto particular y por las circunstancias reseñadas en el párrafo primero del artículo 1104 del Código Civil» (55).

Esta diligencia media resulta exigible, como hemos apuntado, a todos los tutores, incluidas la entidad pública tutora sobre el patrimonio de los menores desamparados, y tiene reflejo en todas las actuaciones de los tutores en la esfera patrimonial, abarcando también la gestión que realizan los auxiliares, y, asimismo, constituye la medida de su incumplimiento y responsabilidad (56). A modo de síntesis, LETE DEL RÍO entiende que «la referencia a la diligencia de un buen padre de familia puede entenderse en dos aspectos complementarios: como módulo legal para graduar la responsabilidad en caso de incumplimiento, con arreglo al criterio tradicional de la culpa leve in abstracto, y como medida para graduar el contenido positivo de la actuación del tutor en caso de cumplimiento normal de sus deberes» (57).

Este modulo de diligencia objetivo ha de ajustarse en cada caso a las concretas circunstancias de las personas, del acto, del tiempo y del lugar (art. 1104 del CC); y está en línea con lo previsto en el apartado 2 del mencionado artículo 1104 —solo cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, para lo que se exigirá la que corresponda a un buen padre de familia—; y del apartado segundo del artículo 1716 del Código Civil.

Sobre la responsabilidad del mandatario y su evaluación con más o menos rigor, según el mandato sea o no retribuido, que establece el artículo 1726 del Código Civil, cabe preguntarse si puede aplicarse en sede de tutela y agravar la responsabilidad del tutor que perciba una retribución (art. 274 del CC). Para GÓMEZ LAPLAZA la respuesta debe ser afirmativa, «ya sea por la aplicación analógica del citado artículo 1726, ya, como dice ALBALADEJO, porque según el artículo 1104, han de apreciarse las circunstancias, y esta será una de ellas, ya, por último, porque quien recibe un beneficio en atención a las molestias que el cargo implica, tiene más motivos para cumplirlo con una diligencia más cuidadosa» (58). Igualmente, señala LETE DEL RÍO el citado artículo 1726 autoriza a convertir en administrador más puntilloso y exigente al que corresponde al tutor retribuido, sin rebajar el nivel de diligencia del no remunerado, que es la hipótesis normal tenida en cuenta en el artículo 270 (59).

Resulta de gran interés en esta línea, la cuestión planteada por GÓMEZ LAPLAZA acerca de la posibilidad para los padres o el tercero —en relación con la autotu-

---

(55) PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad, *op. cit.*, pág. 405.

(56) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 797; GUILARTE ZAPATERO, V., «De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapaces realizados por sus representantes legales (I) y (II)», en *Actualidad Civil*, 1992-3, pág. 491, apunta que, aunque no existe en el articulado actual del Código precepto alguno que expresamente establezca la responsabilidad del tutor por los actos que efectúe y sean lesivos para el pupilo, esta se deduce sin duda del artículo 270 del Código Civil, que impone al tutor la diligencia de un buen padre de familia, de donde deriva que, omitida por el tutor tal diligencia y resultando el acto perjudicial para el tutelado, deberá aquel responder del daño, no solo en los casos de dolo o culpa grave, sino en todos aquellos en los que surge lesión para el pupilo por no haber puesto el cuidado exigible, valorado este desde la pauta de la diligencia media.

(57) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 382-383.

(58) GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 536.

(59) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 797.

tela (art. 223 del Código Civil)—, de disponer de gradación de esta responsabilidad. A su juicio, no parece haber inconveniente, pero con dos salvedades. «Una, procedente de esos mismos criterios generales. La otra de la propia regulación de la tutela. En base a la primera, desde luego no podrá eximirse al tutor de la responsabilidad procedente del dolo (art. 1102). De acuerdo con la segunda, tanto la agravación, como, especialmente, la atenuación y la exención en caso de culpa solo vincularán al Juez en la medida en que no se estimen contrarias al interés del tutelado, a la adecuación de la gestión del patrimonio y no contravengan obligaciones inexcusables para el tutor (exención de hacer inventario). Además, en caso de agravación habrá de ser conocida por el tutor al aceptar el cargo. De no conocerla, se le exigirá la establecida en general esto es, la de buen padre de familia. Si cuando llegara a conocerla le resultara excesivamente gravoso el cargo, podrá alegar excusa, en virtud de lo establecido en el artículo 251» (60). Parcialmente coincidente con tal parecer, GIL RODRÍGUEZ, cuando afirma que, tal nivel de diligencia podrá ser no solo elevado, sino también rebajado por el disponente a título gratuito del artículo 227, con los límites genéricos de la exención por dolo (art. 1102), y no estando la atribución condicionada de forma expresa y tajante, más que a lo que razonablemente aprecie el juez en beneficio del pupilo. Sin embargo, a juicio del mentado autor, a los padres no les es dado flexibilizar las garantías o exigencias que la ley previene para la administración por el tutor de los bienes de sus hijos; pueden estos sí, fijar un módulo de diligencia más exigente. Es más, si el tutor es extremadamente cuidadoso en los asuntos propios y aquellos hubieran fijado la diligencia *quam in suis*, considera el autor, que debe exigírselle y sin posibilidad de excusarse solo por esto (61).

En este contexto, la actuación del tutor en el ámbito de la administración legal del patrimonio del tutelado viene limitada objetivamente por el hecho de que no todos los bienes de aquél son administrados por el tutor, al poder ser encomendada la administración de determinados bienes a una tercera persona. Así puede ocurrir: 1) En el caso del administrador, ex artículo 227 del Código Civil, designado por el disponente de bienes a título gratuito a favor de un menor o incapacitado, quien puede establecer las reglas de la administración de los mismos, así, como nombrar a la persona o personas que han de ejercitárla; 2) Cuando los padres hayan designado en testamento o documento público notarial un administrador para la gestión de los bienes de sus hijos menores de edad, señalando, además, las reglas por las que se debe regir (art. 223 del CC) (62); 3) Ante la existencia de conflicto de intereses entre tutor y tutelado, se podrá nombrar un defensor judicial (arts. 221 y 299.1 del CC); 4) La administración del tutor puede excluirse respecto de aquellos bienes o actos de gestión patrimonial que la ley o la sentencia de incapacitación permitan al pupilo realizar por sí mismo. Lo que supone aplicar analógicamente a la tutela, lo previsto en sede de patria potestad en el artículo 164, quedando excluidos de la gestión patrimonial del tutor los bienes que el menor mayor de diecisésis años haya adquirido con su

---

(60) GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 536-537.

(61) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 797.

(62) GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 534, precisa que «si los padres se limitan a nombrar no tutor pero sí una persona con el encargo de administrar todos los bienes del tutelado, el juez, si lo estima conveniente, podrá bien conferirle a él el nombramiento de tutor (también de la persona), bien nombrar únicamente tutor de la persona, siendo él tutor de los bienes».

trabajo o industria y aquellos que hayan pasado a ocupar su lugar (63); 5) En caso de constitución de un patrimonio protegido, la administración del mismo se puede encomendar a un tercero distinto del tutor.

Finalmente, a esta obligación del tutor de administrar el patrimonio pupilar con diligencia, se une el hecho que debe hacerlo con exactitud y fidelidad, lo que implica, que no debe llevar a cabo una ejecución incompleta, ni tampoco excederse en los límites de sus atribuciones, y siempre operando en beneficio del tutelado (64).

### III. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA REALIZACIÓN DE DETERMINADOS ACTOS O NEGOCIOS POR EL TUTOR

La actuación del tutor en la esfera personal y patrimonial del tutelado exige en algunos supuestos la preceptiva autorización judicial, y en otros, la aprobación judicial. A tales se refieren los artículos 271, 272 y 273 del Código Civil, que tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se ha refundido en un solo precepto los actos que el tutor necesita autorización judicial, concretándose en un total de diez (art. 271)—unos estrictamente personales que afectan a la libertad del tutelado, otros de naturaleza procesal, y la mayoría con un contenido patrimonial o económico—, al igual que, ocurría en la regulación existente en el Código Civil anterior a la reforma de 1983, que se contenía en un solo artículo la enumeración de tales actos, si bien, con la aprobación del Consejo de Familia (art. 269); y, asimismo, con tal reforma se ha suprimido la necesaria autorización judicial para la partición de la herencia o división de la cosa común, manteniéndose el requisito de la aprobación judicial, una vez practicadas (art. 272) (65).

---

(63) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 796; GÓMEZ LAPLAZA, M.<sup>a</sup> del C., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 533; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1962; PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad», *op. cit.*, pág. 409. Por su parte, SANCHO REBULLIDA, Francisco, «El nuevo régimen de la tutela», *op. cit.*, pág. 121, observando un diferente trato para este supuesto entre los menores de edad sometidos a tutela y los incapacitados en esta misma situación, pone de manifiesto que «si se trata de administrar bienes de un incapacitado capaz de desarrollar por sí mismo un trabajo o industria, lo probable es que goce de tal grado de discernimiento, que la sentencia de incapacidad lo haya sometido a curatela, y no a tutela, con lo cual tendrá capacidad para realizar los actos de administración y disposición de sus bienes, con asistencia, en su caso, del curador (art. 289); si, por el grado de su discernimiento es equiparable al de un menor de edad mayor de diecisésí años, y le habrá concedido la administración ordinaria de los bienes adquiridos con su trabajo e industria, recabando o no el consentimiento del tutor para los actos que excedan de ella (art. 267)». Finalmente, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 270 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 389, precisa que «el ámbito de poderes de administración conferidos al tutor, aunque solo sea aparentemente, es más amplio que el atribuido a los padres; y correlativamente las posibilidad de actuación que corresponden al menor sometido a patria potestad son mayores que las concedidas por la ley al menor sometido a tutela. Pero, si la razón de ser de estas instituciones es la falta de capacidad de obrar del menor (o, si se prefiere, su limitada capacidad de obrar), cabe preguntarse ¿qué sentido tiene esta diferencia?, ¿presume la ley menor capacidad en el tutelado que en el hijo sometido a patria potestad?».

(64) PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad», *op. cit.*, pág. 408.

(65) El Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.<sup>a</sup>, de 4 de octubre de 1999 (AC 1999/7739), señala que «la exigencia de autorización judicial para la enajenación de los

El fundamento de la necesidad de autorización judicial por parte del tutor para la realización de determinados actos o negocios jurídicos reside en el principio de salvaguarda judicial del artículo 216, que se traduce en un control ordinario y casi continuo de la actuación del tutor, y en el beneficio del tutelado (66), pues, presupone un juicio de valor sobre la conveniencia o beneficio o, al menos, sobre la falta de perjuicio que la realización del acto puede reportar al tutelado, dada la especial gravedad o riesgo que, por su propia naturaleza aquél puede implicar para el propio patrimonio o la persona del tutelado (67).

Esta autorización judicial deberá exigirse con carácter previo, y ser concreta y determinada, lo que es una exigencia lógica y coherente con el propio fundamento de su existencia (68). En consecuencia, el Juez no debe autorizar en abstracto o con carácter general, sino en concreto con expresa referencia a los diversos elementos y circunstancias concurrentes en el negocio jurídico (69). Aunque no es preciso, como en el supuesto del artículo 166 del Código Civil en sede de patria potestad, justificar la utilidad o necesidad del acto por parte del tutor, no es menos cierto que, el Juez tendrá presente tales circunstancias a la hora de autorizar judicialmente el acto (70).

---

bienes del incapacitado tiene su fundamento en el deseo de dotar de la máxima protección al que no puede valerse por sí mismo, y, así, y después de proclamar el artículo 216 del Código Civil que las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del menor, el legislador extrema esa actitud tuitiva en los artículos 271, 272 y 1181 del mismo Texto legal y exige autorización judicial para realizar actos dispositivos referentes a bienes y derechos de los sujetos a tutela. No hay que olvidar que los tutores respecto a los bienes de los tutelados son una especie de gestores que tiene las obligaciones propias de todo administrador, entre ellas las de conservación sin menoscabo del patrimonio de los tutelados, y esta representación solamente abarca los actos que pueden redundar en su provecho».

(66) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 798. Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.<sup>a</sup>, de 28 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/144195); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.<sup>a</sup>, de 5 de octubre de 2006 (*AC* 2007/59); el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2007 (*JUR* 2008/14753); el Auto de la misma Audiencia, Sección 18.<sup>a</sup>, de 27 de noviembre de 2007 (La Ley 236033/2007); el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.<sup>a</sup>, de 21 de abril de 2008 (*JUR* 2008/197185); y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 8 de julio de 2008 (*JUR* 2008/287428).

(67) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 541-542; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 426.

(68) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2.<sup>a</sup>, de 5 de junio de 2006 (*JUR* 2007/96936). Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.<sup>a</sup>, de 20 de enero de 2004 (*JUR* 2004/61641) señala que «conste la exigencia o revelación de fianza a dichos tutores, nada tiene que ver en absoluto con la cuestión objeto de autorización judicial que se hace por los tutores para una serie de actuaciones, en tanto tal autorización viene exigida por el artículo 271 del Código Civil, y que, en absoluto dicho precepto, ni ningún otro requiere tal presupuesto o requisito para poder pedirse la autorización judicial que, determinados actos de los tutores necesitan».

(69) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 543; GÓMEZ OLIVEROS, J. M.<sup>a</sup>, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, págs. 1440-1441.

(70) GÓMEZ OLIVEROS, J. M.<sup>a</sup>, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 1440, pone de relieve que «si el Juez autorizase de forma genérica la realización

Constituye, asimismo, tal autorización un requisito esencial del negocio, sin que sea posible una convalidación o convalecencia excepcional *a posteriori*, pues, se trata de una autorización no de una aprobación del acto o negocio en cuestión, y sin que la misma prejuzgue la validez y eficacia de estos, pues, no los convierte en inatacable, al ser posible su impugnación (71).

Se trata de una lista cerrada, siendo los supuestos enunciados en los artículos 271 y 272, asimismo, objeto de interpretación restrictiva, pues, no olvidemos el permanente control judicial al que es sometido el tutor en su actuación. En este sentido, se pronuncia la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 17 de enero de 2011, cuando señala que: «establecer una lista desproporcionada de actos en los que resultase preceptiva la intervención judicial supondría la práctica paralización de la actuación del tutor y, con ello, un serio perjuicio para los intereses del representado. Ello obliga a desterrar una idea que parece haber calado en cierto sector doctrinal, como es que la protección del tutelado debe pasar necesariamente por la autorización judicial. En realidad sucede más bien lo contrario: los objetivos típicos de la tutela solo se alcanzan a través de una administración tutelar dinámica que permita dar una respuesta inmediata y eficaz a las continuas demandas que el cuidado de la persona y el patrimonio del tutelado requieren. La autorización judicial únicamente debe entrar en juego cuando la protección del tutelado no pueda alcanzarse a través de otros medios más respetuosos con el modelo de tutela por el que se ha decantado nuestro legislador. Y es que, no exigir autorización judicial para la actuación del tutor no supone en absoluto la ausencia total de supervisión judicial únicamente un diferente modo de ejercitárla (...). Consecuentemente con lo apuntado, el legislador español ha optado por someter a control judicial únicamente una serie de actos o contratos que entiende que por su singular relevancia podrían tener una especial incidencia, actual o futura, en la vertiente personal o patrimonial del tutelado. Con este objetivo, incorpora una lista exhaustiva y cerrada en los artículos 271 y 272 del Código Civil —considerada por un amplio sector doctrinal como excesiva— y que, dado su carácter excepcional, necesariamente debe ser objeto de interpretación restrictiva. Evidentemente, puede haber otros actos o contratos susceptibles de afectar a la persona o al patrimonio del tutelado al margen de los reconocidos en esa enumeración. Sin embargo, el legislador considera que no justifican la imposición de una restricción tan severa al devenir ordinario de la actividad del tutor». A juicio de este Centro Directivo se concluye: «la adquisición de un bien inmueble se encuentra precisamente en esta situación. De ahí que, no es posible que el artículo 271.2 se proyecte sobre los contratos de adquisición de bienes inmuebles, ni, en general, sobre cualquier otro acto adquisitivo de bienes inmuebles que suponga la aplicación de dinero del tutelado». Sin embargo, AMORÓS GUARDIOLA aboga por una aplicación analógica e interpretación extensiva de los citados preceptos, argumentando que, si las normas exigen autorización judicial para aquellos actos más importantes o arriesgados, entonces no se ve razón suficiente para restringir la normal aplicación de esa norma; pues, si por una parte, es restrictiva o limitativa de la libertad del tutor, por otra resul-

---

de actos o contratos de especie determinada (siempre dentro del ámbito de los arts. 271 y 272) llevaría consigo tal actitud una delegación de competencias que iría en contra de la misma razón de ser de la intervención judicial».

(71) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 799.

ta especialmente protectora para la persona o el patrimonio del tutelado; de ahí que entienda que, «las normas que establecen la autorización judicial en determinados casos habrán de ser interpretadas de acuerdo con su finalidad y espíritu inspirador, es decir, según el principio básico que le sirve de justificación. Dicho principio no puede ser otro que el de la más completa protección del incapaz. Y que, por tanto, habrán de ser aplicadas en armonía con ese principio, permitiendo la analogía para casos semejantes y no considerarlas como disposiciones excepcionales de aplicación restrictiva (72)».

Sobre tales bases, cabe plantearse, si es o no posible que los padres o cualquier persona, en previsión de su futura incapacidad (autotutela), y en uso de las facultades concedidas en el artículo 223, puedan eliminar el requisito de autorización judicial en los supuestos señalados en los artículos 271 y 272. No parece que resulte posible disminuir las garantías que, el propio Código Civil establece en beneficio del menor o incapacitado, eliminando para ello el requisito de la autorización judicial en los supuestos establecidos en el citado cuerpo legal, o, sustituyendo a la autoridad judicial en tal labor por órganos de fiscalización de la tutela que, los padres o el autotutelado hayan designado en el correspondiente documento; en todo caso, lo que si es posible, como bien precisa ORDÁS ALONSO, es aumentar el elenco de actos necesitados de la perceptiva autorización judicial, o nombrar órganos de fiscalización de la tutela (art. 223), que complementen la función de vigilancia y control de la actuación del tutor que, lleva a cabo la autoridad judicial (73).

En este contexto, corresponde a continuación hacer mención de todos aquellos actos o negocios jurídicos respecto de los que el Código Civil exige autorización judicial.

3.1. Internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial (art. 271.1). Se contempla el supuesto en que sea preciso que el menor o incapaz sea atendido en un centro psiquiátrico o en un centro de educación especial de tratamiento de menores en situación difícil o conflictiva, o en centros de educación especializados en el tratamiento de personas con una disminución física o psíquica (74). No se prevé el internamiento por causa de deficiencias físicas. Con la exigencia de autorización judicial para la adopción de tales medidas, se pretende evitar que el tutor pueda desembargarse del tutelado o privarle de libertad (75). No olvidemos que la competencia del Juez para autorizar o denegar el internamiento viene impuesta por su condición de garante de los derechos fundamentales de la persona (arts. 24 y 53 de la Constitución Española).

El empleo del verbo internar parece indicar permanencia, por lo que cuando la asistencia sanitaria o educativa se realiza sin internamiento, de forma externa o ambulatoria, no será precisa la autorización judicial. En este sentido, precisa LETE DEL RÍO que, no será necesaria esta cuando el tutelado asista al centro en

---

(72) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 547.

(73) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 427.

(74) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinado por Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. II, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 645.

(75) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 427; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 393.

régimen de externo o media pensión (76). Ni tampoco en colegios y demás centros de educación o formación normal, pues, no resulta lógico llevar a cabo una interpretación extensiva a estos supuestos (77). Ahora bien, el simple hecho de que se trata de un centro de educación especial y, tenga alumnos internos o residentes, no cabe deducir que estos se hallen en una situación de internamiento tal y como establece el artículo 271.1, y que, por tanto resulta necesaria la correspondiente autorización. Por ello, como apunta RAMOS CHAPARRO hay que diferenciar entre aquellos supuestos en los cuales, pese a existir horarios obligatorios, tiempos de estudio, etc., no supongan limitaciones importantes a la libertad ambulatoria del menor, permaneciendo garantizada la libertad de comunicación con el exterior; las salidas periódicas, etc., y aquellos otros centros en los que la misma configuración física del edificio responde a un diseño cerrado, de tal forma que, es prácticamente imposible la salida y en los que la vigilancia es intensa y continua, con sistemas o técnicas similares a las penitenciarias (78).

De todas formas, para el caso que se trate de un internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico de una persona que no está en condiciones de decidirlo por sí, el artículo 763 de la LEC, exige, asimismo, la previa autorización judicial, salvo que por razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuentas de este al Tribunal competente lo antes posible, y en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del Tribunal. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el Tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal, y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además y, sin perjuicio de que pueda practicarse cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el Tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En la misma resolución que se acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el Tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Dichos informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el Tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior (79).

---

(76) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 393.

(77) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 271.1 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodríguez BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 550, para quien resulta más adecuado llevar a cabo una interpretación extensiva o analógica para el internamiento en cualquier establecimiento de salud (y no solo mental), e incluso asistencial. En el mismo sentido, CUENA CASAS, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1967.

(78) RAMOS CHAPARRO, E., «El internamiento de incapaces presuntos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1988, pág. 535.

(79) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.<sup>a</sup>, de 28 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/220811); la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.<sup>a</sup>,

En todo caso, la autorización judicial de la medida también es necesaria para el cambio de establecimiento o centro donde permanezca internado el tutelado, ya que el Juez debe valorar no solo la oportunidad del internamiento en abstracto, sino también atendiendo al supuesto concreto, teniendo en cuenta las características de aquel (80).

No se contempla en este apartado la posibilidad de esterilización del incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica; para ello deberán aplicarse las reglas del artículo 156 apartado segundo del Código Penal que, posibilita la adopción de tal medida bien en la propia sentencia de incapacitación, o bien mediante expediente de jurisdicción voluntaria, después de tal incapacitación, a petición del tutor, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal, y exploración del propio incapaz (81).

3.2. Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos precisos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. Se trata de actos de especial importancia en el tráfico jurídico, de ahí que, la decisión de su conveniencia y oportunidad se dejen al arbitrio judicial. Con ello, se viene a reproducir parcialmente en sede de tutela lo dispuesto en el artículo 166 del Código Civil para la patria potestad. La reforma del precepto por la Ley Orgánica 1/1996 se ha limitado a especificar los tipos de actos susceptibles de inscripción, refiriéndose ahora a los actos que tengan carácter dispositivo, a diferencia de la redacción anterior del precepto en la que se exigía autorización judicial «para celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción» (82). Con esta norma se trata de evitar que el tutor pueda realizar sin la correspondiente autorización judicial determinados actos que por su naturaleza pueden comprometer el patrimonio del menor (83).

En consecuencia, resulta precisa la autorización judicial para enajenar o gravar una serie de bienes enumerados en el citado precepto (84). Por enajenar

---

de 23 de mayo de 2006 (La Ley 67361/2006); el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.<sup>a</sup>, de 31 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/207227); el Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección 1.<sup>a</sup>, de 19 de abril de 2007 (*JUR* 2007/262338), y el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.<sup>a</sup>, de 16 de marzo de 2010 (AC 2010/1478).

(80) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 271.1 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 550.

(81) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 1.<sup>a</sup>, de 17 de enero de 2000 (*JUR* 2001/34484), y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 20 de octubre de 2008 (*JUR* 2009/79306).

(82) Esta redacción del artículo 271.2 del Código Civil, dada por la reforma de 1983, coincide sustancialmente con la del antiguo número 5 del artículo 269.

(83) CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1967.

(84) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2000 (La Ley 227917/2000), señala que la exigencia de autorización judicial para la enajenación de los bienes del incapacitado tiene su fundamento en el deseo de dotar de la máxima protección al que no puede valerse por sí mismo; el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 11 de abril de 2003 (*JUR* 2003/188487); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.<sup>a</sup>, de 10 de diciembre de 2004 (*JUR* 2005/39103); el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/139067); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.<sup>a</sup>, de 22 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/264140); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 27 de julio

hay que entender «todo acto que supone un tránsito de bienes o derecho real limitado del patrimonio del tutelado hacia otro patrimonio, con independencia de que la misma se opere por medio de un negocio típico o atípico» (85). Así, por ejemplo, compraventa, permuta, dación o adjudicación en pago, la constitución de renta vitalicia, la aportación a la sociedad, etc. Mientras que, acto de gravamen hay que entender la constitución de una carga o gravamen real sobre los bienes a los que se refiere la norma, ya sean derechos reales de goce (usufructo), o de garantía (hipoteca), así como situaciones de garantía real inmobiliaria como condición resolutoria, derechos de adquisición preferente —tanteo o retracto, opción—; o, en fin, derechos reales inmobiliarios como la constitución de un derecho de superficie, cuya inscripción por cierto es constitutiva, servidumbres, censos, etc. (86).

Por otra parte, ha de tratarse de actos a título oneroso, pues, los actos a título gratuito, cualquiera que sea el bien sobre el que recaen, tienen un apartado especial (art. 271.9). Aunque este apartado solo hace referencia a los actos dispositivos a título gratuito, se ha de ampliar también a los actos de gravamen a título gratuito, no solo porque como en aquellos se ha de tener capacidad de disposición, sino también porque viene a ser idéntica la solución legal. Además, estos actos dispositivos o de gravamen a título oneroso han de recaer sobre bienes inmuebles y determinados bienes muebles de especial valor económico.

De forma que el artículo 271.2 solo exige autorización judicial cuando tales actos recaen sobre: 1.<sup>º</sup> Bienes inmuebles, para cuya definición hemos de acudir a lo dispuesto en los artículos 334, 346 y 347; 2. Establecimientos mercantiles o industriales, que desde una concepción amplia, se entiende como sinónimo de empresa, y, en consecuencia, habrá de entenderse, que no solo hace referencia al local donde tiene ubicada la sede o donde se desarrolla la actividad empresarial, sino también abarca los componentes que, en su conjunto, configuran el fondo comercial del negocio, así la finca, nombre comercial, rótulo, marcas, derechos

---

de 2007 (*JUR* 2007/331357); el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.<sup>a</sup>, de 22 de julio de 2008 (*JUR* 2008/362356); el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.<sup>a</sup>, de 22 de mayo de 2009 (*JUR* 2009/281318), y el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.<sup>a</sup>, de 15 de octubre de 2009 (*JUR* 2010/199981).

(85) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 428; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1967.

(86) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 428; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1967-1968; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 552, precisa que, no obstante, la mayor parte de estos negocios de constitución voluntaria de gravámenes son actos inscribibles en el Registro de la Propiedad, y por ello estarían sujetos a autorización judicial en virtud de lo que dispone también el artículo 271.2. Vid., la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 19 de febrero de 1936 (*RJ* 1936/807), que exigía que los gravámenes sobre el patrimonio del tutelado debían ser autorizados por el Consejo de Familia. Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 1 de junio de 2006 (AC 2006/2179), exige autorización judicial para constituir una hipoteca sobre la vivienda de la incapacitada; el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.<sup>a</sup>, de 15 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/152908), exige autorización judicial para la segregación, declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal del edificio resultante de la construcción llevada a cabo en los terrenos de los que es titular registral el declarado incapaz, y el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.<sup>a</sup>, de 22 de junio de 2007 (*JUR* 2007/320497), exige autorización judicial para la extinción del usufructo de vivienda.

de propiedad industrial e intelectual, maquinaria, utensilios y demás instrumentos de producción, los derechos de arrendamiento, de traspaso, etc. (87); 3. Objetos preciosos. Se trata de un concepto jurídico indeterminado, cuya determinación en cada caso queda al prudente arbitrio judicial, previa aportación del correspondiente informe pericial. Se ha manifestado por algún autor que, la valoración de un objeto como precioso «ha de llevarse a cabo a través de criterios objetivos imperantes en la comunidad, en atención a los cuales será precioso todo aquello que objetivamente sea de mucho valor o elevado coste» (88). También es posible acudir a criterios subjetivos, atendiendo al patrimonio del tutelado. En todo caso, si existe alguna duda sobre la inclusión o no de un bien como objeto precioso, lo prudente es solicitar autorización judicial, y en esto coincide mayoritariamente la doctrina. 4. Valores mobiliarios (89). Hay que entender que ya no es posible una identificación con título valor, como hacia la doctrina tradicional mercantilista encabezada por GARRIGUES, sino, atendiendo a la nueva regulación del mercado de valores, es necesario un acercamiento a conceptos como valores negociables, y más tarde, instrumentos financieros (90). No obstante, su inclusión en este precepto ha sido criticada por AMORÓS GUARDIOLA, siguiendo a DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en el sentido que con la exigencia de autorización judicial se entorpece el tráfico de estos bienes, pues, muchas veces la gestión diligente de un patrimonio mobiliario exige la enajenación de un valor y su sustitución por otro, operación que habrá de realizarse con rapidez, lo que es incompatible con la autorización judicial, y, además, cuando se trata de valores que cotizan en Bolsa, la fijación del precio objetivo impide el fraude de la operación (91). Parecer con el que coincidimos, pues, como pusimos de manifiesto cuando estudiamos la materia en sede de patria potestad, constatamos los perjuicios que se causan al menor cuando tales valores mobiliarios forman parte de una cartera de inversión, cuya operatividad en el mercado de valores exige la máxima rapidez en la toma de decisiones, y cualquier dilación puede impedir el desarrollo con éxito de la operación.

En este contexto, conviene recordar que, tras la reforma de 1983, se suprimió la mención expresa en el Código Civil que los bienes se enajenaran en pública subasta. No obstante, la LEC (arts. 2011 a 2024 —que mantiene en vigor la LEC 1/2000 hasta la aprobación de una Ley de Jurisdicción Voluntaria, en la redacción dada por la Ley 15/1989, de 29 de mayo, sobre modificación de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil—) regula el procedimiento a seguir en tal enajenación, caracterizado por la necesidad de que la venta se haga en pública subasta y previo avalúo, lo que ha suscitado polémica sobre la subsistencia de dicho requisito, y la obligatoriedad o no de su cumplimiento en el ámbito judicial, ante la aparente contradicción existente entre el artículo 271 del Código Civil, y el

---

(87) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 555; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 428.

(88) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.<sup>a</sup> T., «Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a patria potestad», en *Revista de Derecho Privado*, 1986, pág. 314.

(89) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.<sup>a</sup>, de 9 de junio de 2003 (*JUR* 2003/189924).

(90) Sobre el concepto de valor mobiliario y su tratamiento, vid., BERROCAL LANZAROT, A. I., «De nuevo sobre la administración y disposición por quienes ejercen la patria potestad del patrimonio mobiliario propiedad de un hijo menor de edad», en *Cuadernos de Estudios Empresariales*, vol. 13, 2003, págs. 5-60.

(91) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 555.

artículo 2015 de la LEC. El debate está planteado en el seno de la jurisprudencia que emana de las Audiencias Provinciales (92). En todo caso, la venta extrajudicial ha de ser autorizada por el Juez, y ha de solicitarse cuando la subasta no dé resultado. Posteriormente, el artículo 5.2 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre ha considerado innecesaria la sumisión de la autorización de la venta de bienes de discapacitado o incapacitados judicialmente a la pública subasta. De ahí que, se haya considerado que procede aplicar directamente este precepto, —no analógicamente al existir el art. 2015 de la LEC—, pues, de lo contrario, se estaría discriminando desfavorablemente a los discapacitados o incapacitados cuyos guardadores, tutores o ejercientes de la curatela no hubieran adoptado las medidas precisas para la constitución de un patrimonio protegido (93).

---

(92) En algunas sentencias se alude a la naturaleza imperativa del artículo 2015 de la LEC, y la exigencia de venta del inmueble en pública subasta. Además, se señala que no existe tal contradicción, pues, en el artículo 271 del Código Civil se regulan los actos para los que el tutor necesita autorización judicial, mientras que, en el artículo 2015 de la LEC se establece la forma en que deben enajenarse determinados bienes de menores e incapacitados. Asimismo, se indica que no puede considerarse excesivamente gravoso el procedimiento para los intereses del incapaz, ya que, se dispone la inadmisibilidad de la postura que no cubra el valor dado a los bienes en el avalúo previo conforme el artículo 2018 de la LEC, y la posibilidad del tutor para el caso de que no hubiera postura admisible, de instar que se lo tenga por apartado y se sobreseja el expediente, o que se autorice para la venta extrajudicial por el precio, y las condiciones que sirvieron para la subasta, o también que se anuncie una segunda subasta con la rebaja de un 20% del precio conforme al artículo 2019 de la LEC. Vid., en esta línea, el Auto de la Audiencia Provincial de Huesca, Sección única, de 12 de abril de 2000 (*AC 2000/3226*); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2.<sup>a</sup>, de 9 de julio de 2002 (*JUR 2002/227329*), lo califica de norma de orden público; el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida, de 18 de marzo de 2005 (*La Ley 64076/2005*). Apoyando los demás argumentos y no su naturaleza imperativa, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 3.<sup>a</sup>, de 19 de octubre de 1999 (*AC 1999/7412*); el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 31 de julio de 2001 (*AC 2001/2542*); el Auto de la misma Audiencia, Sección única, de 24 de octubre de 2001 (*JUR 2002/17215*); el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.<sup>a</sup>, de 10 de abril de 2002 (*AC 2002/770*); el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección única, de 3 de mayo de 2002 (*JUR 2002/193290*); la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3.<sup>a</sup>, de 15 de abril de 2003 (*AC 2003/1070*); el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 1.<sup>a</sup>, de 24 de marzo de 2004 (*JUR 2004/112503*); el Auto de Ciudad Real, Sección 1.<sup>a</sup>, de 13 de junio de 2006 (*JUR 2006/191839*); y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.<sup>a</sup>, de 19 de julio de 2007 (*JUR 2007/336432*). Por el contrario, en otras resoluciones se alude a la necesidad de flexibilizar el rigor legal, y se posibilita la existencia de otras vías alternativas, como la venta directa o la enajenación extrajudicial, aunque sometida a las cautelas necesarias, y teniendo en cuenta el interés del incapaz, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Teruel, de 16 de abril de 2003 (*AC 2003/853*); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 1 de octubre de 2004 (*JUR 2004/306912*); el Auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.<sup>a</sup>, de 3 de diciembre de 2007 (*JUR 2008/168523*); el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 3.<sup>a</sup>, de 9 de enero de 2008 (*JUR 2009/84712*); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 7 de mayo de 2009 (*AC 2009/1163*); y el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 2.<sup>a</sup>, de 11 de enero de 2010 (*JUR 2010/107204*).

(93) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.<sup>a</sup>, de 21 de marzo de 2005 (*JUR 2005/144287*); el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, de 16 de marzo de 2007 (*JUR 2007/214664*), que sugiere, no obstante, la aplicación analógica, y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2007 (*AC 2008/277*).

En segundo lugar, también resulta necesaria la autorización judicial para celebrar actos o contratos con carácter dispositivo y susceptible de inscripción, lo que no debe entenderse en el sentido de acto o contratos de inscripción obligatoria (inscripción con carácter constitutivo), sino que el citado precepto se refiere a todos aquellos actos o contratos susceptibles de acceder al Registro, aun cuando la inscripción tenga valor declarativo (94). Han de ser actos dispositivos y, además, inscritos en el Registro. En cuanto a qué Registros hace referencia el precepto, la doctrina se muestra dividida. Así frente a quienes desde una posición más estricta o restrictiva, entiende que únicamente será el Registro de la Propiedad (95); otros, van más allá y piensa que se alude a cualquier Registro de carácter patrimonial (96); para finalmente, optando por una interpretación amplia, a la que nos adherimos, se entiende que, se trata de cualquier Registro público, sin limitación a los de carácter patrimonial, y, por tanto, ampliable a cualquiera que tenga tal carácter público (Registro de la Propiedad, Registro Mercantil, Registro de Hipoteca Mobiliaria, Registro de Propiedad Industrial, etc.), pero no a aquellos que pueden considerarse meramente administrativos (97).

Para la cancelación de la hipoteca por pago del crédito con ella garantizado, en materia de patria potestad no es necesaria la autorización judicial, ya que el artículo 178.2 de la Ley Hipotecaria así lo establece expresamente. En materia de tutela, no existe norma similar, sin embargo, la doctrina opta por aplicar analógicamente dicho artículo al supuesto del tutor (98).

Finalmente, se exceptúa de la necesaria autorización judicial la venta del derecho de suscripción preferente de acciones, no así la renuncia al mismo que, si requiere la autorización judicial en virtud de lo dispuesto en el artículo 271.3 del Código Civil (99). Se justifica tal excepción, por algunos, en que se enajena

---

(94) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 558; CANO TELLO, C.A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, Civitas, Madrid, 1984, pág. 65; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 429.

(95) GARCÍA CANTERO, G., «El nuevo régimen jurídico de la tutela», *op. cit.*, pág. 492.

(96) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 394.

(97) CANO TELLO, C. A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, *op. cit.*, pág. 65; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 558; VENTOSO ESCRIBANO, A., «La reforma de la tutela», *op. cit.*, pág. 98; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 429; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 645; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La intervención judicial en la gestión del patrimonio de menores e incapacitados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 216.

(98) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 553; GONZÁLEZ LAGUNA, M., «Bienes de menores y Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 570, septiembre-octubre de 1985, pág. 1194; RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en *Revista General del Derecho*, junio de 1996, pág. 6520; PAU PEDRÓN, A., «La capacidad en los negocios sobre inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 632, enero-febrero de 1996, págs. 803-804, que añade que: «si la cancelación se produjera por renuncia al derecho de hipoteca, entraría, además, en juego el artículo 271.3 del Código Civil».

(99) Para AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.2 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 556, la venta del derecho de suscripción de acciones no supone una renuncia, necesitada de autorización judicial, puesto que la renuncia a la que alude el artículo 271.3, es una renuncia gratuita, una pérdida de derechos a cambio de nada, y por eso puede suponer un perjuicio para el tutelado que hace necesaria la aprobación judicial; mientras que, aquí se enajena un derecho a cambio de su valor, valor que viene fijado por el merca-

un bien a cambio de su valor, el cual depende en todo momento del mercado bursátil, en la que no puede influir el tutor, siendo difícil el perjuicio (100); para otros, en que tal venta no es considerada como un acto de disposición, aunque excede de la mera administración (101); o, en fin, en el carácter de fruto de los valores de los que derivan y de los potenciales derechos del tutor sobre los frutos de los bienes del tutelado (102).

3.3. Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviere interesado (art. 271.3). Parece coincidir con lo regulado en el artículo 166 del Código Civil en sede de patria potestad, que exige que los padres requieran autorización judicial «para renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares». La renuncia, si bien, es un acto dispositivo que necesita autorización judicial sobre la base de lo previsto en el artículo 271.2; en este apartado tercero lo que hace el legislador es establecer una norma más específica y extensa, pues se aplica cualquiera que sea el bien o derecho renunciado (real o de crédito), y no únicamente a los supuestos señalados en el apartado segundo del citado artículo 271. Para AMORÓS GUARDIOLA comprende todo tipo de renuncias, cualesquiera que sean los bienes sobre los que recae, o el carácter oneroso o gratuito de la misma (103). Sin embargo, no es este el parecer de la mayoría de la doctrina, que consideran que, se encuentren incluidas en el mencionado párrafo tercero, las renuncias preventivas, ni la mal llamada «renuncia recognoscitiva», ni, tampoco la renuncia traslativa, sino únicamente la renuncia abdicativa o extintiva gratuita, en virtud de la cual se prescinde de un derecho ya adquirido e incorporado al patrimonio del renunciante (104).

---

do, por lo que el perjuicio es bien difícil. En contra de este parecer, se muestra BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 166 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, vol. II, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 1119, pues considera que la excepción no responde a la inexistencia de control judicial con respecto a la decisión de no suscribir, puesto que dicha decisión constituye una renuncia y, consiguientemente, necesita autorización judicial. De ahí que, a su juicio, solo pueda explicarse la excepción como otra forma de paliar los efectos negativos derivados de la regla general de necesidad de licencia judicial para la enajenación de títulos valores.

(100) SAURA MARTÍNEZ, F., *Incapacitación y tutición*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 85; SERRANO FERNÁNDEZ, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 403.

(101) CANO TELLO, C. A., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 67.

(102) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 646.

(103) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.3 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 560.

(104) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 802, quien precisa que «queda fuera la renuncia “preventiva”, sea porque en cuanto exclusión voluntaria de la ley aplicable, estaría vetada al tutor en todo caso por el artículo 6.2, sea porque solo se le exige autorización para la no adquisición si se trata de herencias y liberalidades (art. 271.1); y, asimismo, la denominada renuncia “traslativa”, porque tampoco es precisa renuncia, sino transmisión, bien onerosa (y, entonces, sujeta al requisito de autorización si recae sobre los bienes especificados en el art. 271.2), bien gratuita (sujeta en todo caso al art. 272.6)»; CUENA CASAS, M., «Comentarios a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1973; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 429; SERRANO FERNÁNDEZ, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 403. Vid., la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de

Por otra parte, transigir es enajenar, y ante el temor de que el patrimonio del menor pueda resultar alterado por una transacción se impone la aprobación judicial. El artículo 1811 del Código Civil dispone al respecto que, el tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código; en cambio, el artículo 1810 señala que, para transigir sobre los bienes y derechos de los hijos sometidos a patria potestad, se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos. Para CUENA CASAS, la exigencia de autorización judicial para la transacción (art. 1811) parece coherente con la regla, todavía discutida respecto de la transacción pura, de *transigere est alienare*, regla que implícitamente se contiene en el artículo 1810 (105). Sin embargo, VENTOSO ESCRIBANO señala que de haber sido el texto del artículo 1811 similar al 1810 resultaría que, para transigir sobre los bienes no comprendidos en el artículo 271.2 no es necesaria la autorización judicial, y el número 3.<sup>º</sup> del mismo sería contradictorio. De este modo, «la contradicción no se ha producido, si bien, ha resultado alterada la regla apuntada *transigere est alienare*, por cuanto que, para algunos bienes se tendrá facultad para enajenar y sin embargo no podrá transigir sobre ellos, lo que quizás no sea demasiado correcto, por cuanto se trata de los bienes de menor entidad económica» (106).

Por último, también resulta necesaria la autorización judicial para someter a arbitraje cuestiones en las que el tutelado estuviera. Esta autorización judicial se exige para todo tipo de arbitraje (de derecho o de equidad) (107).

3.4. Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar esta o las liberalidades (art. 271.4). Se hace referencia a dos supuestos diferenciados: la aceptación de la herencia sin beneficio de inventario y la renuncia de la herencia o de las liberalidades. Se trata de una norma semejante a la contenida en sede de tutela en el artículo 166.2 del Código Civil. La aceptación de la herencia dejada al menor o incapacitado puede ser realizada por el tutor pura y simplemente, o a beneficio de inventario. Para la primera se exige autorización judicial, pues, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1003, el menor o incapacitado quedarían responsables de todas las cargas de la herencia, no solo con los bienes de esta, sino también con los suyos propios (responsabilidad *ultra vires hereditatis*), responsabilidad inexistente, si se acepta a beneficio de inventario en la que únicamente queda comprometido el caudal relicto (*intra vires hereditatis*) (108). Si el tutor acepta la herencia pura y simplemente sin la correspondiente autorización judicial no parece que *ex lege* pueda ser entendida

---

19 de agosto de 1982 (*RJ* 1982/4682); el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.<sup>a</sup>, de 10 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/128229), y el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.<sup>a</sup>, de 19 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/206822).

(105) CUENA CASAS, M., «Comentarios a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1973.

(106) VENTOSO ESCRIBANO, A., «La reforma de la tutela», *op. cit.*, pág. 100.

(107) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.3 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 561; CANO TELLO, C. A., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 67.

(108) Vid., las Resoluciones de la Dirección del Registro y del Notariado, de 25 de abril de 2001 (La Ley 4495/2001), y de 14 de junio de 2003 (*RJ* 2003/4226); el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 5 de junio de 2002 (La Ley 107052/2002), y el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.<sup>a</sup>, de 12 de abril de 2010 (*JUR* 2010/194183). En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 14 de septiembre de 2004 (La Ley 2536/2004), no se exige autorización judicial para aceptar a beneficio de inventario; y, asimismo, lo dispone el Auto de la Audiencia Provin-

aceptada a beneficio de inventario. Apunta LEÑA FERNÁNDEZ que, «la Ley Orgánica 1/1996 ha suprimido el párrafo segundo del artículo 992 del Código Civil en una de cuyas partes se establecía que, si el tutor aceptare la herencia por sí, se entenderá hecha a beneficio de inventario, en consecuencia ya no podrá seguir sosteniéndose que si el tutor efectúa la aceptación pura y simplemente y sin autorización judicial, se entenderá aceptada a beneficio de inventario, por lo que parecería que, a partir de ahora, habría que aplicar a tal aceptación las reglas generales de la anulabilidad, no siendo posible la aplicación del criterio de convertibilidad o nulidad parcial». Sin embargo, a su juicio «no debe ser ese el alcance de la supresión, motivada solamente por la referencia que se hacía al artículo 269 que, al ser reformado en el año 1983, dejaba sin sentido tal remisión». Entiende, por tanto que «sigue vigente la regla de entenderse hecha la aceptación de la herencia a beneficio de inventario cuando el tutor la realiza pura y simplemente sin autorización judicial. Entender otra cosa, supondría perjudicar gravemente al tutelado que podría ver afectado su patrimonio por deudas del causante que el tutor hubiera satisfecho, dada la aceptación pura y simple realizada, pudiendo resultar irrecuperable ese perjuicio en un momento posterior en que se pudiese ejercitar la acción de anulabilidad» (109).

Igualmente, se necesita autorización judicial para repudiar la herencia —tanto la testamentaria como la legítima—, si bien, la no concesión por el Juez, no implica inmediatamente la aceptación de la misma, ni siquiera a beneficio de inventario, a diferencia de lo que acontece para la patria potestad, pues, esta posibilidad nunca estuvo contemplada en el Código Civil para la tutela; lo que exige una nueva declaración de voluntad (110).

No se hace referencia en este precepto a la aceptación de legados, quizás porque a tenor de lo dispuesto en el artículo 858.2 del Código Civil no cabe responsabilidad *ultra vires hereditatis*, por lo que el legatario únicamente estará obligado a responder del gravamen hasta donde alcance el valor de lo legado, lo que hace innecesaria la autorización judicial para la aceptación de legados (111); y, además, porque la adquisición del legado tiene lugar *ipso iure* desde el momento de la muerte del causante (art. 881) (112). No obstante, la variedad de legados existente en nuestro ordenamiento jurídico, algunos con trascendencia patrimonial, parece que obrará prudentemente el tutor, si para esos supuestos solicita autorización judicial (por ejemplo, legado de empresa, de cosa propia del legatario —art. 863—) (113). Si está sujeta, sin embargo, a autorización la repudiación del legado.

---

cial de Barcelona, Sección 4.<sup>a</sup>, de 3 de junio de 2002 (*JUR* 2002/286112), y el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2005 (AC 2005/2020).

(109) LEÑA FERNÁNDEZ, R., *El notario y la protección del discapacitado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, pág. 164. En similares términos, CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1974; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 430.

(110) Vid., la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 24 de mayo de 1930 (La Ley 16/1930).

(111) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.4 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, vol. I, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 567.

(112) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 804.

(113) En esta línea, ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 430.

Respecto a las liberalidades, parece que quedan englobados en dicho término las donaciones, condonación de deuda, la cesión gratuita de un crédito, los contratos gratuitos —depósito, comodato, mandato—, promesa unilateral, o el contrato a favor de terceros (114). Recordemos que los legados como las liberalidades requieren autorización para su repudiación y no para su aceptación.

3.5. Para hacer gastos extraordinarios en los bienes (art. 271.5). Para la determinación de lo que se entiende por gasto extraordinario, la doctrina toma como pauta la regulación contenida en sede de usufructo en los artículos 500 a 503 del Código Civil; de forma que se consideran gastos extraordinarios los gastos útiles y los de lujo y ornato, quedando fuera los gastos necesarios (115); mientras que los gastos ordinarios son los que exigen los deterioros o desperfectos que procedan del uso normal de las cosas, y son indispensables para su conservación (116). Si bien, además de recurrir a este criterio objetivo, se pone de manifiesto la necesidad de combinarlo con un criterio subjetivo, esto es, para determinar el carácter extraordinario de un gasto, se ha de tener en cuenta también la fortuna y las rentas del tutelado (117).

Se ha de incluir en el ámbito de aplicación del precepto todo tipo de bienes, incluso los de ínfimo valor, lo que como apunta GARCÍA CANTERO, es un contrasentido, pues «el tutor puede, por sí solo, enajenar el coche o la moto del tutelado, y no puede encargar una reparación extraordinaria en estos bienes» (118). Por lo que el legislador debería haber limitado la necesidad de autorización para los gastos extraordinarios que se realicen en inmuebles, o en los muebles de gran valor.

De todas formas, como señala PAU PEDRÓN, la facultad de hacer gastos extraordinarios debe interpretarse en armonía con la obligación que se impone al tutor en el artículo 270 del Código Civil de administrar el patrimonio del tutelado, y de ejercer esta administración con la diligencia de un buen padre de familia; y, añade, además que la necesidad de tal autorización debe ir también referida a la constitución de las relaciones jurídicas de las que se derivan tales gastos extraordinarios, e, inversamente, que la innecesidad de autorización judicial se extiende a los actos conservativos de los que únicamente derivan gastos ordinarios (119).

3.6. Para entablar demandas en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía (art. 271.6). Se trata de evitar que el tutor

---

(114) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.4 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 567; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 273 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1975.

(115) Para ESCOBAR DE LA RIVA, E., «La tutela», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, pág. 172, gastos extraordinarios son los que, sobrepasando el importe de las disponibilidades normales del menor, supondrían una amputación de capital o, al menos, dejarían sin cubrir otras atenciones constantes y obligadas de la tutela.

(116) No precisan de autorización judicial los gastos relativos a obras de reforma y adaptación de la vivienda propiedad del tutelado por ser un gasto ordinario, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.<sup>a</sup>, de 3 de abril de 2009 (*JUR* 2009/273587); o por ser relativo a la ejecución de obras requeridas por el Ayuntamiento, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.<sup>a</sup>, de 19 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/370346).

(117) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 398; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 430-431; PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidades», *op. cit.*, pág. 431; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 273 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1976.

(118) GARCÍA CANTERO, G., «El nuevo régimen jurídico de la tutela», *op. cit.*, pág. 943. Igualmente, para CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 273 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1976, se trata de una interpretación que conduce al absurdo.

(119) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.4 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 570.

sostenga temerariamente un pleito, con el consiguiente perjuicio para el menor o incapacitado, del que habrá de ser en todo caso responsable el tutor; si existe precisamente temeridad en las actuaciones procesales o se lleven a cabo son autorización judicial. El Juez, en consecuencia, habrá de valorar el riesgo que para el patrimonio del tutelado supone al tener que asumir los gastos procedentes de las costas judiciales de acuerdo con la conveniencia o utilidad de la iniciación del correspondiente procedimiento judicial (120). El artículo 271.6 se refiere a todas las acciones que se entablan en forma de demanda (121). De forma que, como señala la mayoría de la doctrina, no necesitará el tutor autorización judicial para promover causas criminales, entablar demandas en asuntos urgentes o de escasa cuantía, para interponer recursos de casación y apelación, para incoar cualquier otra cuestión jurídica que no exija la forma de demanda (por ejemplo, actos de jurisdicción voluntaria), ni para contestar demanda contra el menor o incapacitado (122).

Ahora bien, en el citado precepto se señala expresamente que el tutor no necesita autorización judicial para asuntos urgentes y de escasa cuantía. Se tratan de conceptos jurídicos indeterminados, que exigirán tener en cuenta respecto del primero, las circunstancias concretas del caso, y respecto del segundo el patrimonio del tutelado, correspondiendo su apreciación, como señala SANCHO REBULLIDA, en principio, al propio tutor, y su falta o ausencia a quien impugne la actuación, en definitiva, al juez le compete fiscalizar la actuación del tutor (123). En todo caso, escasa cuantía ha interpretarse de modo relativo, es decir, atendiendo a la fortuna del tutelado; de ahí que, se haya sugerido que, en vez del término cuantía debería haberse empleado la expresión importancia, puesto que, no todos los asuntos tienen una traducción patrimonial, en particular aquellos cuyo objeto son aspectos personales (por ejemplo, filiación, nulidad matrimonial, etc.) (124).

---

(120) PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad», *op. cit.*, pág. 432; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1976.

(121) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.<sup>a</sup>, de 15 de enero de 2001 (*JUR* 2001/132120), necesidad de autorización judicial para acciones deslinde y reivindicatoria; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.<sup>a</sup>, de 23 de marzo de 2001 (*AC* 2001/1126); el Auto de la Audiencia Provincial de Soria, Sección única, de 31 de enero de 2003 (*JUR* 2003/75981); la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 7 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/228941), respecto de la acción de resolución de un contrato de arrendamiento por expiración del plazo, y subsidiariamente, desahucio por impago de la renta; el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21.<sup>a</sup>, de 3 de marzo de 2009 (*JUR* 2009/236843) sobre procedimiento pleitorio; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 27 de mayo de 2009 (*JUR* 2009/291194), sobre la acción de resolución del contrato de arrendamiento por expiración del plazo, y subsidiariamente, desahucio por impago de la renta.

(122) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.3 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 573; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 805; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1977; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 431; PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad», *op. cit.*, pág. 432. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de 30 de diciembre de 2000 (*JUR* 2001/96537), se trata de un juicio de escasa cuantía; igualmente, en el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.<sup>a</sup>, de 23 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/68701), no se necesita autorización judicial al tratarse de un procedimiento cuya cuantía no supera la prevista para el juicio verbal.

(123) SANCHO REBULLIDA, Francisco, «El nuevo régimen de familia», *op. cit.*, pág. 126.

(124) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 431. PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.6 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 574.

En cuanto a urgencia, habría que plantearse en relación con acciones que se encuentran sometidas a plazos de prescripción muy breves, o cuando se trate de la adopción de medidas que no admiten demora, sin causas un grave perjuicio a los intereses del tutelado, o la pérdida de un derecho (por ejemplo, el ejercicio de un derecho de retracto) (125).

En cuanto al allanamiento a la demanda, para una parte de la doctrina al ser un acto de naturaleza dispositiva necesitará autorización judicial, pero no derivada del artículo 271.3, aplicado analógicamente, sino del apartado 1.<sup>º</sup> de dicho precepto, lo que significa que no afectará a todo allanamiento, sino únicamente al que recaiga sobre alguno de los bienes enumerados en el mismo (126); mientras para otra parte, se incluye el allanamiento dentro del artículo 271.9 del Código Civil, ya que puede implicar una disposición a título gratuito (127).

Del tenor literal del citado precepto parece exigirse únicamente autorización judicial para entablar demandas, y habría que añadir también la reconvenCIÓN —que tiene naturaleza distinta que la contestación de la demanda para la que no se necesita autorización judicial—, ya que, la misma implica una demanda contra el actor inicial que convierte al demando en demandante; y, además, en nuestro Derecho no se exige que, el objeto de la reconvenCIÓN coincida con el de la demanda originaria (128).

3.7. Para ceder bienes en arrendamientos por tiempo superior a seis años. La redacción del actual número 7 del artículo 271 del Código Civil ha venido a sustituir, tras la reforma por Ley Orgánica 1/1996, y la que con carácter general, tuvo lugar en la materia de arrendamientos urbanos con la reforma por Ley 29/1994, de 24 de noviembre, y la de arrendamientos rústicos con la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias —mantenida en reformas sucesivas—, que vinieron a derogar la prórroga forzosa, al que el antiguo artículo 272.4 hacia referencia, cuando exigía autorización judicial para los arrendamientos sujetos a prórroga forzosa.

En la actualidad, el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos 29/1994, ha suprimido la prórroga forzosa, estableciendo para el arrendamiento para uso de vivienda que la duración será la que libremente pacten las partes; si fuera menor de cinco años, llegado el día del vencimiento, se prorrogará automáticamente por plazos anuales hasta que alcance la duración mínima de cinco años. Por lo que se refiere a los arrendamientos rústicos contenida su regulación en la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada parcialmente por la Ley 25/2005, de 30 de noviembre, dispone en su artículo 12.1 que la duración mínima para el arrendamiento es de cinco años. Por otra parte, el artículo 9.4 de la citada Ley permite que el menor cuyas fincas o explotaciones hayan sido arrendadas por su tutor, pueda poner fin al contrato de arrendamiento una vez emancipado, siempre que hay transcurrido la duración mínima que indica el artículo 12, comunicándolo al arrendatario en

---

(125) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 431.

(126) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.3 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 574.

(127) EGEA FERNÁNDEZ, J., «El mecanismo de la representación legal en la Ley de 24 de octubre de 1983, de reforma del Código Civil en materia de tutela», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, pág. 78. Para GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 805, el allanamiento que ha de quedar sujeto en razón de su naturaleza e implicaciones, sea como renuncia de un derecho o pretensión procesal, sea por su proximidad a la transacción, sea, en fin, por su naturaleza «dispositiva».

(128) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.3 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 573-574; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 805.

el plazo de seis meses desde que alcanzó dicho estado, o, en su caso, desde que falte un año para que se cumpla el plazo mínimo de duración (129).

Suprimida, pues, la prórroga forzosa en la LAU de 1994, y en la LAR de 2003, es normal que se exija autorización judicial para aquellos arrendamientos de bienes que superen los seis años, pues, rebasan la naturaleza de simples actos de administración, para resultar más cercanos a los de disposición (130). Por tanto, el tutor podrá otorgar contratos de arrendamiento de bienes de su tutelado, sin la preceptiva autorización judicial, cuando el plazo de duración de los mismos no exceda de seis años (art. 1548 del CC) —aunque hubiera resultado más acorde con la legislación especial haber fijado el límite en cinco años—; para los que excedan de dicho plazo de seis años deberá recabar el tutor la previa autorización judicial.

3.8. Para dar y tomar dinero a préstamo. El artículo 271.8 coincide con el antiguo artículo 269.9. El ámbito objetivo del citado precepto determina que solo se refiere al préstamo de dinero, no a mutuos que recaigan sobre cosa fungible distinta del dinero, ni sobre préstamos diferentes del mutuo, como el comodato o precario. Se suscita la cuestión acerca de los negocios jurídicos distintos del préstamo de dinero, cuya finalidad económica coincide con la de este, como la apertura de una cuenta corriente de crédito, para los que algunos autores estiman también necesaria la autorización judicial (131). En todo caso, dar dinero a préstamo es bien distinto de invertir dinero racionalmente, y de conformidad con la diligencia de un buen padre de familia y de comprar, actos para los que el tutor no precisa de autorización judicial (132).

Aunque el tenor literal de la norma parece abarcar tanto los casos en los que el tutor actúa como prestamista como cuando actúa como prestatario del menor; sin embargo, para GIL RODRÍGUEZ este supuesto entraría más bien en el artículo 221.2 que prohíbe cualquier especie de «autocontrato»; de forma que, es obligado entender que la exigencia de autorización judicial previa y la permisión consiguiente de celebrar contratos de préstamo, «se ciñe a aquellos en que un tercero es el prestamista o prestatario, y la contraparte el representante del pupilo» (133).

Finalmente, el tutor necesitará también autorización judicial para alterar las condiciones del préstamo ya celebrado, sin hacer distinción entre el carácter esencial o no de tales modificaciones, al entender que la modificación del contrato primitivo supone algo parecido a la celebración de uno nuevo con el mismo objeto (134). En esta línea, PAU PEDRÓN, estima que «tampoco cabe diferenciar entre

---

(129) GARCÍA CANTERO, G., *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos*. VV.AA., Dykinson, Madrid, 2004, pág. 141, se muestra partidario de aplicar analógicamente este artículo 9.3 a los mayores de edad incapacitados que recobren la capacidad y respecto de los cuales quede sin efecto la incapacidad.

(130) ORDÁS ALONSO, M. A., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 432. Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 1987 (*RJ* 1987/1839).

(131) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.5 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 581. Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.<sup>a</sup>, de 12 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/91363).

(132) PALOMINO DÍEZ, I., «El tutor: obligaciones y responsabilidad», *op. cit.*, pág. 439.

(133) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 806.

(134) CANO TELLO, C. A., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 75; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 806; LEÑA FERNÁNDEZ, R., «El notario y la protección del discapacitado», *op. cit.*, pág. 167.

novación extintiva y novación meramente modificativa, de tal modo que la exigencia de autorización recayera sobre la primera —por implicar la celebración de un nuevo contrato de préstamo dinerario, o, más exactamente, una nueva obligación de restituir—, y no alcanzase a la segunda —por tratarse de una alteración de elementos o circunstancias no esenciales del primitivo contrato—, pues la diferenciación entre circunstancias esenciales o no esenciales, determinantes de la eficacia extintiva o modificativa de la novación, no puede considerarse decisiva a efectos de autorización: piénsese en una variación del *quantum* debido, que la doctrina considera de eficacia simplemente modificativa, pero que no se puede sustraer del control judicial» (135).

3.9. Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado (art. 271.9). El fundamento de la necesaria autorización judicial en estos casos reside en que esta actuación no conlleva contraprestación, y compromete el patrimonio del tutelado, pues, sale un bien del mismo, sin entrar otro (136).

Los actos a título gratuito pueden ser realizados por el tutor, si bien se subordinan a la correspondiente autorización judicial, a salvo la prohibición contenida en el número 1 del artículo 221 del Código Civil, donde el tutor no puede disponer a título gratuito bienes del pupilo a su favor. Se trata de actos a título gratuito, sea cual fuera su objeto, sin que se limiten los bienes sobre los que no se puede disponer libremente. De forma que, la autorización judicial no solo afecta a la donación, sino también a cualquier negocio jurídico con causa gratuita, quedando comprendido en la regla general del precepto las donaciones por razón del matrimonio a que se refiere el artículo 1338 del Código Civil (137).

No hace falta autorización judicial, a lo sumo una mera comunicación al Juez, respecto de los actos de liberalidad de pequeña importancia en relación con la fortuna y medios del menor o incapacitado (138).

3.10. Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de tercero contra el tutelado. El artículo 271.10 constituye una novedad de la reforma de 1983, y con ello se trata de evitar en palabras de PAU PEDRÓN, el posible fraude al tutelado (139). Se alude en este precepto a dos supuestos, siguiendo al citado autor: 1. Cesión a terceros de créditos que el tutelado tenga contra el pupilo. La maquinación fraudulenta reside en que el tutor cede a un tercero un crédito que ostenta el pupilo contra él, acordando el tercero un bajo precio para la cesión, y pagando luego el tutor esa pequeña suma al tercero; 2. La adquisición a título oneroso de los créditos de terceros contra

---

(135) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.5 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 581.

(136) AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.6 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 582; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1980. Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2000 (JUR 2001/94490), y el Auto de la Audiencia Provincial de León, Sección 3.<sup>a</sup>, de 11 de julio de 2008 (JUR 2008/344759).

(137) CANO TELLO, C. A., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 76; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 806; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.6 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 583; CUENA CASAS, M., «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 1980-1981.

(138) Así lo apunta SANTOS URBANEJA, F., «Control de la tutela», en *Jurisdicción Voluntaria*, Cuadernos de Derecho Judicial, director: Bienvenido GONZÁLEZ POVEDA, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 507.

(139) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.7 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 585; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 433.

el tutelado. En este supuesto, la maquinación fraudulenta consiste en que el tutor adquiere a bajo precio el crédito de un tercero contra el tutelado, y lo cobra luego en toda su integridad (140). Se trata de un supuesto diferente, como advierte VENTOSO ESCRIBANO al del artículo 1459 del Código Civil, que contempla un caso de autocontrato, mientras que el artículo 271.10 recoge un supuesto de contrato con tercero (141). En todo caso, con lo que si guarda cierta semejanza, como precisa PAU PEDRÓN, es con el artículo 1535 del Código Civil (142).

3.11. Partición de la herencia y la división de la cosa común. El artículo 272 del Código Civil dispone que: «*no necesitarán autorización judicial la partición de la herencia, ni la división de la cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial*». La redacción de este precepto es consecuencia de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/1996, que en su Disposición Final decimoctava que da un nuevo tratamiento a la partición de la herencia y a la división de la cosa común realizadas por el tutor, modificando el número 4 del artículo 271, que venía a reproducir sustancialmente lo dispuesto en su redacción anterior a la reforma de 1983 por el artículo 269.7 (143), en el que se exigía autorización judicial previa para la partición y la división de la cosa común, además de la aprobación judicial de tal partición o división, una vez practicadas. Se fundamentaba este doble control judicial en la necesidad de evitar que el tutelado sufriera algún perjuicio consecuencia de la partición o división de la cosa común. Con la actual regulación, se exime de la necesidad de autorización judicial a la partición de la herencia y la división de la cosa común, no así de la aprobación judicial, una vez practicadas (144). Por su parte, el artículo 1060.1 del Código Civil señala que «*cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial*», resultando aplicable este precepto en sede de patria potestad; pues, como ya hacía la doctrina con anterioridad a la reforma del artículo 272 del Código Civil por Ley Orgánica 1/1996, con relación al artículo 271.4, para resolver esta contradicción, era considerar que, estamos ante norma especial y preferente de aplicación en la tutela; lo que se mantiene respecto del citado artículo 272 (145).

Finalmente, también se ha resuelto la cuestión que se había planteado, y que dio lugar a la Circular de la Fiscalía General del Estado, de 25 de abril de 1985, sobre si cuando un heredero sujeto a tutela debido a la existencia de un conflicto de intereses con su tutor, era representado por un defensor judicial en una partición hereditaria, una vez hecha la partición necesitaba o no de aprobación judicial, pues, la Ley Orgánica 1/1996, ha añadido un nuevo párrafo

---

(140) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.7 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 585.

(141) VENTOSO ESCRIBANO, A., «La reforma de la tutela», *op. cit.*, pág. 107.

(142) PAU PEDRÓN, A., «Comentario al artículo 271.7 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 585.

(143) Se exigía autorización del Consejo de Familia, vid., la Resolución de la DGRN de 30 de octubre de 1943 (*RJ* 1943/1160).

(144) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1996 (*RJ* 1996/2175); y las Resoluciones de la DGRN, de 6 de noviembre de 2002 (La Ley 1152/2003); de 14 de septiembre de 2004 (La Ley 2536/2004), y de 4 de junio de 2009 (La Ley 104355/2009).

(145) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 802; AMORÓS GUARDIOLA, M., «Comentario al artículo 271.4 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 564; CANO TELLO, C. A., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 68; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 395; CUENA CASAS, M., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1982.

al artículo 1060, en el que se concreta la obligación del defensor de obtener la aprobación judicial en este supuesto, salvo que el Juez disponga otra cosa.

En cuanto a la eficacia de los actos realizados sin la correspondiente autorización judicial será objeto de otro estudio específico, de ahí que, remitimos al mismo para su tratamiento, no sin dejar de mencionar que, la doctrina tradicional se inclina por considera que estamos ante un acto nulo de pleno derecho, por ser contrario a una norma imperativa (art. 6.3 del CC) (146). Respecto al procedimiento para obtener la correspondiente autorización judicial, simplemente mencionar que el artículo 273 del Código Civil dispone que el Juez dará audiencia al Ministerio Fiscal, al tutelado, si fuera mayor de doce años, o lo considera oportuno, a la par que recabarán todos los informes que le sean solicitados, ya sea por el tutor, por el pupilo, o por el Ministerio Fiscal, así como los que estime oportunos.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 20007.
- AMORÓS GUARDIOLA, M.: «Comentario a los artículos 271, 271.2 y 4, y 272.4 y 6 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, vol. I, Tecnos, Madrid, 1986.
- CUENA CASAS, M.: «Comentarios al artículo 259 a 275 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.<sup>º</sup>, coordinadores: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, Bosch, Barcelona, 2000.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS: A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- GIL RODRÍGUEZ, J.: «Comentario a los artículos 270 a 273 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- GÓMEZ LAPLAZA, C.: «Comentario a los artículos 259 a 270 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, vol. I, Tecnos, Madrid, 1986.
- GÓMEZ-OLIVEROS, J. M.<sup>º</sup>: «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, T. LVII, 1984.
- GÓNZALEZ LAGUNA, M.: «Bienes de menores y Registro de la Propiedad», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXI, núm. 570, septiembre-octubre de 1985.
- HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE

---

(146) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 799; GARCÍA CANTERO, G., «El nuevo régimen jurídico de la tutela», *op. cit.*, pág. 495; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 271 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 646, entre otros. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 1997 (*RJ* 1997/4234); de 8 de julio de 2010 (La Ley 157550/2010), y de 23 de septiembre de 2010 (La Ley 157549/2010); y el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.<sup>a</sup>, de 22 de septiembre de 2005 (*JUR* 2005/242769).

- DE LEÓN, y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols.: *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 4.<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010.
- LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, T. VI, *Derecho de Familia*, 9.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.
- LETE DEL RÍO, J. M.: «Comentario a los artículos 270 a 273 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, 2.<sup>a</sup> ed., Edersa, Madrid, 1985.
- LEÑA FERNÁNDEZ, R.: *El notario y la protección del discapacitado*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1997.
- ORDÁS ALONSO, M.: «Comentario a los artículos 259 a 275 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 3.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2009.
- PALOMINO DÍEZ, I.: *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PAU PEDRÓN, A.: «Comentario al artículo 271.1, 3, 5 y 7 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coordinadores: Manuel AMORÓS GUARDIOLA y Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, vol. I, Tecnos, Madrid, 1986.
- «La capacidad en los negocios sobre inmuebles», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 632, año LXXII, enero-febrero de 1996.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á.: *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, coordinador: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Colex, Madrid, 2008.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor», en *Revista General del Derecho*, junio de 1996.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco: *El nuevo régimen de la familia*, III, *Tutela e instituciones tutelares*, Civitas, Madrid, 1984.
- SERRANO ALONSO, E.: «Comentarios a los artículos 269 a 273 del Código Civil», en *Comentarios del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. II, Bosch, Barcelona, 2000.
- SERRANO FERNÁNDEZ, M.: «Comentario a los artículos 269 a 273 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, director: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Lex Nova, Valladolid, 2010.
- VENTOSO ESCRIBANO, A.: *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid 1985.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 1984.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1993.
- RDGRN de 19 de enero de 1936.
- RDGRN de 9 de enero de 2004.
- RDGRN de 14 de octubre de 2005.
- RDGRN de 30 de mayo de 2006.
- RDGRN de 12 de diciembre de 2007.
- RDGRN de 2 de junio de 2010.
- RDGRN de 17 de enero de 2011.
- AAP de Vizcaya, Sección 3.<sup>a</sup>, de 19 de octubre de 1999.
- AAP de Huesca, Sección única, de 12 de abril de 2000.
- AAP de La Rioja, de 31 de julio de 2001.
- AAP de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 9 de julio de 2002.

- AAP de Granada, Sección 3.<sup>a</sup>, de 15 de abril de 2003.  
AAP de León, Sección 3.<sup>a</sup>, de 20 de enero de 2004.  
AAP de Jaén, Sección 3.<sup>a</sup>, de 28 de marzo de 2005.  
AAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 1 de junio de 2006.  
AAP de Ciudad Real, Sección 1.<sup>a</sup>, de 13 de junio de 2006.  
AAP de Madrid, Sección 24.<sup>a</sup>, de 5 de octubre de 2006.  
AAP de Las Palmas, Sección 5.<sup>a</sup>, de 15 de febrero de 2007.  
AAP de Badajoz, Sección 3.<sup>a</sup>, de 22 de junio de 2007.  
AAP de Girona, Sección 2.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2007.  
AAP de Murcia, Sección 3.<sup>a</sup>, de 9 de enero de 2008.  
AAP de Madrid, Sección 22.<sup>a</sup>, de 8 de julio de 2008.  
AAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 20 de octubre de 2008.  
AAP de Barcelona, Sección 18.<sup>a</sup>, de 7 de mayo de 2009.  
AAP de Pontevedra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 27 de mayo de 2009.  
AAP de Jaén, Sección 3.<sup>a</sup>, de 19 de marzo de 2010.  
AAP de Valladolid, Sección 1.<sup>a</sup>, de 12 de abril de 2010.  
AAP de Ciudad Real, Sección 2.<sup>a</sup>, de 11 de enero de 2011.

## RESUMEN

TUTELA. REPRESENTANTE LEGAL  
ADMINISTRACIÓN DE BIENES  
AUTORIZACIÓN JUDICIAL

*El tutor es el representante legal y administrador de los bienes del tutelado con la diligencia de un buen padre de familia. En el ejercicio de estas funciones y atendiendo al sistema de tutela de autoridad que se consagra en la reforma por Ley 13/1983, de 24 de octubre, la intervención judicial tiene lugar en calidad de órgano de control y se materializa a través de diversos instrumentos establecidos en el Código Civil, como la exigencia de autorización judicial para la realización de determinados actos o negocios contenidos en los artículos 271 a 273 del citado cuerpo legal, de los que nos ocuparemos en el presente estudio, y, que han de ser objeto de una interpretación restrictiva, y de cierta flexibilidad en su aplicación y alcance.*

## ABSTRACT

GUARDIANSHIP.  
LEGAL REPRESENTATIVE  
ESTATE ADMINISTRATION  
COURT AUTHORIZATION

*A guardian is the legal representative of his or her ward and the duly diligent administrator of the ward's estate. Courts, in their capacity as supervisory authorities, check on guardians' performance of their functions, under the system of protection of authority laid down in the legislative reform enacted under Act 13/1983 of 24 October. Court supervision is embodied in a number of instruments established in the Civil Code, such as the requirement of court authorization in order to perform certain legal or other acts under articles 271 to 273 of the Civil Code. This paper deals with such instruments, which ought to be interpreted in a restrictive sense, with a certain amount of flexibility in their application and scope.*