

RESUMEN

EMANCIPACIÓN

Se ha repasado la doctrina jurisprudencial de los últimos años, relativa a todas las cuestiones cercanas a la emancipación, cuya esencia se basa en la atribución a un menor, por parte de sus padres o tutores, de la mayor parte de sus derechos y facultades civiles, esto es, anticipar en pocos años la extinción de la patria potestad. No obstante la importancia de la figura se encuentra muy devaluada, utilizándose primordialmente como criterio diferenciador en las crisis matrimoniales de los padres a los efectos de otorgar la pensión alimenticia o el derecho de alimentos entre parientes. Sin olvidarnos de los supuestos donde es utilizada para poner fin a situaciones familiares difíciles.

ABSTRACT

EMANCIPATION

The jurisprudential doctrine of recent years concerning all the issues closely concerning emancipation is reviewed. The essence of emancipation is the assignment to a minor by his or her parents or guardians of most of the minor's civil faculties and rights, i.e., the advancement by a few years of the termination of patria potestas. Nevertheless, the importance of the concept is quite devalued. Emancipation is primarily used as a differentiating criterion in parental marital crises, for the purpose of assigning maintenance obligations or the right thereto among relatives. There are also cases where emancipation is used to put an end to difficult family situations.

1.2. Familia

CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA. NOMBRAMIENTO, CAPACIDAD
Y CAUSAS DE INHABILIDAD DEL TUTOR

por

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

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, ÁMBITO Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA.—III. NOMBRAMIENTO DE TUTOR.—IV. CAPACIDAD PARA SER TUTOR.—V. CAUSAS DE INHABILIDAD PARA SER TUTOR.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La existencia de menores de edad no emancipados o incapacitados no sometidos a patria potestad (prorrogada, en su caso) determina la necesidad de procurar la guarda y protección por medio de ciertas instituciones jurídicas de carácter subsidiario.

El artículo 215 del Código Civil enumera como cargos tutelares: «la tutela, curatela y el defensor judicial», especificando que, a través de ellos, y en los casos en que proceda, se realizará «la guarda y protección de la persona o bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores e incapacitados» (1). Además de consagrar lo que se ha denominado el principio de pluralidad de guarda legal que, tras la reforma por Ley 13/1983, de 24 de octubre, se ha instaurado en nuestro ordenamiento jurídico frente al sistema anterior de unidad de guarda, se posibilita, asimismo, el 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 (2). En todo caso, y con la excepción de la curatela y la figura del administrador, que puede tener un contenido exclusivamente patrimonial, las demás —incluso la curatela del incapacitado (art. 289 del CC), y el defensor judicial—, mezclan ambas facetas. En general y en sentido amplio, la función tutelar viene a englobar a distintas instituciones de guarda, y resulta paralela a la patria potestad, pues tiene la misma finalidad y cumple el mismo objetivo, aunque con la importante diferencia que, mientras la Ley confía en la patria potestad y le da un amplio margen de libre arbitrio, no lo hace plenamente en las instituciones tutelares, y las somete a control judicial. Se puede decir que la función tutelar es subsidiaria a la patria potestad (respecto de los menores), y semejante (respecto a los incapacitados) (3). Junto a la tutela —órgano tuitivo por excelencia— y la figura del defensor judicial, se introduce un nuevo órgano de guarda de la persona, la curatela que, a pesar de haber sido regulada en nuestro Derecho histórico por las Partidas, no fue recogida por el legislador al elaborar el Código Civil de 1889. No obstante, tal enumeración legal, para un importante sector de la doctrina, supone un inexacto elenco de instituciones de guarda. Así, manifiesta ÁLVAREZ LATA que, «por una parte, se omite toda referencia a la patria potestad y sus variantes —prorrogada y rehabilitada—, a la guarda de hecho —institución *de facto*, pero reconocida jurídicamente por el Código Civil—, y a la figura del artículo 299 bis; y, por otra, menciona entre ellas al defensor judicial, mención poco rigurosa, ya que esta figura no es sino un órgano eventual y temporal de representación de los menores e incapacitados que se superpone a otras instituciones y que actúa en supuestos muy determinados (art. 299)» (4). Por su parte, LETE DEL RÍO insiste en que también existen otras figuras mediante las que se provee la guarda y protección de la persona. El artículo 299 bis que encarga, en ciertos casos, al Ministerio Fiscal, la representación y defensa de la persona que debe ser sometida a tutela, y la de sus bienes a un administra-

(1) El Código Civil, en su redacción originaria, estableció un sistema protector, basado en el Código Civil francés, que se sentaba sobre tres pilares: un consejo de familia, un órgano de vigilancia denominado protutor y una persona ejecutora, el tutor, sometido a la vigilancia y control de los otros dos cargos tutelares.

(2) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido Paz-Arez 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.

(3) O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5.^a ed., La Ley, Madrid, 2005, pág. 300.

(4) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.^a ed., Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 350.

dor, si el Juez lo considera oportuno; en el artículo 227 se establece la posibilidad de un administrador de determinados bienes: los dejados a título gratuito a favor de un menor o incapacitado; y en el artículo 303 se reconoce la guarda de hecho (5).

Añade el artículo 216 del Código Civil que «las funciones tutelares constituyen un deber, que se ejercerá en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial». De este precepto se derivan tres principios básicos: 1. Los cargos tutelares representan un deber/función que se impone a las personas que asumen la guarda y protección de los menores e incapacitados (6). 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 tuitiva 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 (7). Al configurarse como deber, determina que únicamente se admita 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; art. 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 un *officium* o cargo de Derecho Privado, no teniendo quien desempeñe 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 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 éste 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 derecho, operando con

(5) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. IV, Edersa, Madrid, 1985, pág. 237.

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

(7) O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 301.

(8) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 241. El Auto de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 23 de abril de 1999 (*AC* 1999/770), dispone en su *Fundamento de Derecho* 3.º 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.ª, de 13 de febrero de 2002 (*JUR* 2002/148665); y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 8 de febrero de 2007 (La Ley 7489/2007).

parámetros esencialmente objetivos o cuasi objetivos (10). Este principio, por tanto, no solo va a condicionar las facultades del tutor, sino que, además, ha de 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 proceda; 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 éste conceda o deniegue la autorización en los actos comprendidos en los arts. 271 y 272 del CC; el art. 232, además, de la función de vigilancia, que tiene tal órgano, se concreta 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 el 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 ésta 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 se tienen como finalidad la protección de la persona sometida a tutela, sino 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).

En síntesis, sobre tales bases se puede afirmar que la tutela se configura como una institución estable que suple la falta de la patria potestad y por la que se atiende a los menores no emancipados y a los incapacitados, cuando la sentencia así lo determine (art. 222 del CC), siendo el tutor el representante legal del menor o incapacitado a quien sustituye, salvo en los actos que, por disposición de la ley o de la sentencia de la incapacitación, puede realizar por sí solo el sujeto a tutela (art. 267 del CC); mientras la curatela, es un órgano estable, pero de actuación no habitual, esporádica u ocasional que únicamente es referible a los actos que el sujeto a curatela no puede realizar por sí solo y en los que le asiste el curador, sin representarle o sustituirle (12); que, al-

(10) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 352; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 216 del Código Civil», *op. cit.*, 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).

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

(12) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 4.^a ed., revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 419; GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 215 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 672; del mismo autor, «Instituciones tuitivas», en *Manual de Derecho Civil (Introducción, y derecho de la persona)*, de PUIG FERRIOL, L.; GETE-ALONSO Y CALERA M. C.; GIL RODRÍGUEZ, J., y HUALDE SÁNCHEZ, J. J., Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 220. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 2.^a, de 18 de mayo de 2010 (La Ley 104621/2010).

canza a los menores emancipados cuyos padres han fallecido o han quedado impedidos para asistirlos, a quienes gocen del beneficio de la mayor edad, a los pródigos, así como a los incapacitados cuando la sentencia lo hubiera dispuesto (arts. 286 y 287 del CC). No se constituye en representante legal, sino que el curador simplemente, asiste y complementa la capacidad. En consecuencia, no se instrumenta para suplir la capacidad de obrar del sometido a ella, como sucede con la tutela, sino para completarla en aquellos actos que la ley lo requiera (13). Finalmente, en caso de oposición de intereses o de vacío transitorio en la tutela o curatela, el defensor judicial actúa en tales casos, provisionalmente, como si fuera un tutor o curador, representando y velando o completando al menor o incapacitado en su capacidad. Se trata de un órgano de actuación no habitual ni estable, sino intermitente o provisoria.

A las instituciones de guarda legal anteriormente citadas, el Código Civil dedica el Título X del Libro II del Código Civil, Capítulo III, a la tutela —arts. 222 a 285—; Capítulo IV, a la curatela —arts. 286 a 293 y 297—; 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 virtud de lo dispuesto en tales normas, el régimen jurídico de aquéllas está integrado por 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) (14); 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 al 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 (15).

(13) SANCHO REBULLIDA, F. A., *Apéndice al Derecho de Familia*, de LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA, F. A., Bosch, Barcelona, 1983, pág. 14; GETE-ALONSO Y CALERA, M. C., «Comentarios a los artículos 286 a 293 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 696 y 700; de la misma autora, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de diciembre de 1991», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 28, enero-marzo de 1992, pág. 742; GUILARTE MARTÍN CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pág. 427; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985, pág. 113.

(14) 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.

(15) 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

Por otra parte, la citada regulación procede de la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre —modificada parcialmente 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; y 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— que se asienta sobre las siguientes bases: 1) Las causas de incapacitación no son objeto de enumeración taxativa, sino que, genéricamente, se identifican con «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 del CC); 2) Se asume un sistema de pluralidad de guarda legal, que junto a la tutela y la figura del defensor judicial, se introduce un nuevo órgano tuitivo de la persona: la curatela; 3) Se abandona el modelo de tutela de familia (tutor, protutor y Consejo de Familia) y se instaura un sistema de tutela judicial o de autoridad que conlleva poner las instituciones tutelares bajo la salvaguarda de la autoridad judicial que, entre otras cosas, las constituye y controla; 4) Se permite incapacitar a los menores de edad cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacitación persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 del CC). En tal caso, una vez llegada la mayoría de edad por el incapacitado, tiene lugar la patria potestad prorrogada, y cuando ella resulte imposible, la tutela (art. 171 del CC).

Recientemente, el régimen jurídico del Código Civil, relativo a las instituciones tutelares, resulta ampliado con 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.º del CC); consagra la asunción por ministerio de la ley de la tutela del incapaz o cuando éste 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).

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis de la institución de guarda por excelencia, como es la tutela, más en concreto, en las consecuencias que se derivan de la constitución de la tutela, en cuanto a nombramiento de tutor, tales como la capacidad, inhabilidad, y remoción del cargo de tutor. Para ello llevaremos a cabo un estudio de la jurisprudencia existente sobre la materia, como, igualmente, haremos puntual referencia a las posiciones doctrinales que, en torno a la misma se han desarrollado.

estos primeros preceptos como disposiciones genéricas aplicables a los distintos órganos de guarda y protección de los menores e incapaces.

II. CONCEPTO, ÁMBITO Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA

No se da en nuestro Código Civil un concepto legal de la tutela o guarda, pues el artículo 215, sino que simplemente se describe el objeto de la protección, además de indicarse la pluralidad de instituciones mediante las que se va a dispensar aquélla. LETE DEL RÍO señala que «el tutor 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» (16). 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» (17). Finalmente, O'CALLAGHAN, teniendo en cuenta básicamente lo preceptuado en los artículos 215 y 216 del Código Civil, conceptúa 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 el control judicial» (18).

Sobre tales bases, 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 (19): 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

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

(17) LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. VI, *Derecho de Familia*, 9.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010, pág. 384.

(18) O'CALLAGHAN, X., *Compendio de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, 7.ª ed., Dijusa, Madrid, 2009, pág. 298.

(19) LEONSEGUI GUILLLOT, R. A., «La tutela», en *Protección Jurídica del Menor*, coordinadores: María Paz Pous de la Flor y Lourdes Tejedor Muñoz, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2009, págs. 99-100; PALOMINO Díez, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 43 a 76.

actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado (art. 234) (20). 6. La tutela como oficio, en ocasiones, remunerado (art. 274 del CC) (21).

En cuanto al ámbito de actuación de la tutela, el artículo 222 del Código Civil señala que estarán sujetas a tutela:

1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad (art. 154 del CC) (22). Puede suceder que un menor no esté sometido a la patria potestad, bien desde el inicio, por no haberlo estado nunca (filiación desconocida) respecto de ambos progenitores, o bien por causas posteriores (muerte o declaración de fallecimiento de los padres o ausencia de los titulares de la patria potestad —art. 169.1.º—), o por privación total o parcial, o suspensión de la patria potestad —art. 170— (23). En estos supuestos, los menores necesitan una persona que sea su representante legal, pues carecen de capacidad de obrar, y que, al mismo tiempo, vele por su persona y bienes. De ahí que esta carencia se tenga que suplir mediante la institución de la tutela, siendo ésta supletoria de la patria potestad. Tal tutela será plena, comprendiendo todos los derechos y obligaciones, tanto respecto a la persona como a los bienes del pupilo, salvo que, como dice el artículo 236.1.º, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar los cargos de tutor de la persona y el de los bienes. No obstante, como señala GÓMEZ OLIVEROS que, si fallece uno de los titulares de la patria potestad, estando el otro privado de la misma, la sujeción del menor a la tutela

(20) 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 legitima 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.

(21) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, 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.

(22) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 23 de enero de 2007 (*JUR* 2007/127740); y el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.ª, de 29 de octubre de 2008 (*JUR* 2009/49458).

(23) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de enero de 1993 (La Ley 22468-JF/0000).

no será automática, pues cabe la posibilidad de que el padre privado del ejercicio, lo recupere, si el Juez lo considera beneficioso para el menor (24).

2.º Los incapacitados, cuando así lo haya establecido la sentencia, ya que, como establece el artículo 760 de la LEC, la sentencia que declara la incapacidad determinará la extensión y el régimen de tutela o guarda al que debe quedar sometido el incapacitado; de forma que éste puede quedar bajo tutela, con una amplitud mayor o menor en su alcance en relación con la persona y bienes del tutelado, o solo sobre aquélla, o sobre éstos, o bajo curatela (art. 287 del CC). La incapacidad que prevé el Código Civil en el artículo 200 se basa en enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, de carácter permanente, que impiden a la persona gobernarse por sí mismo (25). Los menores de edad no emancipados pueden ser incapacitados antes de alcanzar la mayoría de edad, siempre que prevea que la situación de incapacidad perdurará una vez alcanzada aquélla (art. 201). Dicha incapacidad solo podrá ser solicitada por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 205). En estos casos, la patria potestad se verá prorrogada (art. 171); y si el menor, con anterioridad a la sentencia de incapacidad, estaba sometido a tutela, se prorrogará ésta (art. 278). Si se trata de incapacidad de hijos mayores de edad, solteros, que viven en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, en lugar de constituirse la tutela o curatela, puede proceder a la rehabilitación de la patria potestad en virtud del artículo 171 (26); si se trata de incapacitados mayores de edad, solteros, que no viven con sus padres, procede la constitución de la tutela; respecto de los incapacitados mayores de edad, casados, procederá al nombramiento de tutor o curador en función de que la sentencia de incapacidad haya establecido como régimen de guarda la tutela o curatela, prefiriéndose nombrar al cónyuge que conviva con el incapacitado y, en defecto de éste y de acuerdo con el artículo 234.2.º, se preferirá a los padres, aunque ni uno u otro vinculan totalmente al juez; y cuando se trate de menores emancipados que sean incapacitados, para ORDÁS ALONSO serán aplicables, por analogía, las reglas establecidas para los mayores de edad (27). No cabe prorrogar o rehabilitar la patria potestad, sino quedar sometido a tutela o curatela, cuando el menor emancipado haya contraído matrimonio; y, en caso de no estar casada, habrá que aplicar las reglas establecidas en líneas precedentes, según viva o no en compañía de sus padres (28).

(24) GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1984, pág. 631.

(25) Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de febrero de 1968 (*RJ* 1968/733); de 31 de octubre de 1994 (La Ley 151/1995); y de 19 de mayo de 1998 (*RJ* 1998/3378); la sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1.ª, de 24 de enero de 2005 (*JUR* 2005/101367); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de noviembre de 2005 (*AC* 2006/181); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, de 13 de junio de 2007 (*JUR* 2007/286110).

(26) GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 634; 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. 24, nota 5.

(27) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 222 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3.ª ed., Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 357.

(28) Para GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 634, es posible la prórroga de la patria potestad con las siguientes matizaciones: 1. Que el llamado al ejercicio y la titularidad de la patria potestad pueda ejercerla eficazmente; 2. Que tal prórroga quede al arbitrio del Juez, en el sentido de poder

3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela (29). La sustitución de la patria potestad prorrogada o rehabilitada por la tutela (o curatela) solo tendrá lugar con el fallecimiento, ausencia o incapacidad de los titulares de la patria potestad o por matrimonio del incapacitado.

4.º Los menores e incapaces que se hallen en situación de desamparo. Tutela automática que queda atribuida a la entidad pública que en cada territorio esté encomendada la protección de los menores (arts. 172 y 239 del CC), sin perjuicio que se pueda optar por nombrar un tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias puedan asumir la tutela con el correspondiente beneficio para el menor (30).

Quedan fuera de la tutela, los emancipados, los que obtengan el beneficio de la mayoría de edad y los declarados pródigos, que pasan a estar sometidos a curatela.

La enumeración de los supuestos por los que pueden constituir la tutela tiene carácter de *numerus clausus*, solo las personas enumeradas en el citado precepto pueden y deben ser sometidos a tutela. Se ha de interpretar, por tanto, tal enumeración de forma taxativa, sin que sea admisible una interpretación extensiva, ni analógica, por tratarse de una materia que afecta al estado civil (31).

Dándose algunos de los cuatro supuestos contenidos en el citado artículo 222, están obligados a promover la constitución de la tutela, tanto los parientes llamados a ésta —que son los que señala el art. 234: padres, descendientes, ascendientes y hermanos del menor e incapaz—, como la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado (art. 229 del CC), sin que exista prelación entre ellos. Deberán promover su constitución desde el momento que tuvieran conocimiento del hecho que motivare la tutela, con la mayor celeridad y diligencia posible, pues, si no lo hicieran, serán responsables solidarios de la indemnización por los daños y perjuicios que se causen. Se discute en la doctrina si el cónyuge que conviva con el menor o incapacitado está o no obligado a promover la tutela. Para ORDÁS ALONSO sí lo está por las siguientes razones: 1. Si el artículo 234 llama en segundo lugar al cónyuge para ejercer el cargo de tutor, no tiene sentido excluirle del cumplimiento de la obligación impuesta en el artículo 230; y 2. En la práctica, la persona que debe ser sometida a tutela puede encontrarse bajo la guarda de su cónyuge, con lo cual éste quedará obligado a promover la tutela por el propio tenor literal del artículo 229 (32). En contra, LETE DEL RÍO, para quien se exonera de

optar por la constitución de la tutela, en vez de la prórroga, atendidas las circunstancias del caso, como parece deducirse del artículo 201 del Código Civil.

(29) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 12 de mayo de 2005 (*JUR* 2005/170090).

(30) El Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 16 de julio de 2003 (*JUR* 2004/24650).

(31) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 222 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 259; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 222 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 356.

(32) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 229 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 367. En el mismo sentido, SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 229 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 586, quien, después de señalar que no cabe duda que será persona obligada, cuando se han casado personas que son parientes entre sí, añade que si el artículo 234 llama, en primer lugar, al cargo de tutor al cónyuge del menor o in-

este deber de promoción de la tutela al cónyuge del menor o del incapacitado, al igual que al tutor designado en testamento o documento público notarial que no sea pariente del tutelado (33). En lo que si existe coincidencia en la doctrina es en entender que la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado puede ser tanto el guardador de hecho (art. 303), como el guardador legal (entidad pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de los menores e incapaces —art. 172.1 y 2—). Asimismo, se impone el deber de constitución de la tutela a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal, cuando tuvieren conocimiento que en el territorio de su jurisdicción existe alguna persona que ha de ser sometida a tutela (art. 228 del CC). Conocimiento que pueden provenir de terceras personas, pues el artículo 230 faculta a cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho de esta naturaleza de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial (34). Corresponde, por tanto, a todos los que no tienen la obligación de promover la tutela, esto es, a extraños y los restantes parientes que no tienen obligación de hacerlo. De forma que el expediente de constitución de la tutela puede iniciarse, bien de oficio por el Juez de primera instancia o a petición del Ministerio Fiscal, cuando éstos conozcan el hecho determinante de la tutela por la tramitación de cualquier procedimiento, o porque se le da noticia de ello cualquier persona; o a instancia de parte, esto es, de cualquier pariente llamado a la tutela o de las personas bajo cuya guarda se encuentre el menor.

Promovida la constitución de la tutela por las personas que están obligadas a ello, el Juez llevará a cabo todas las comprobaciones necesarias para determinar si existe un hecho de los que originan la constitución de la tutela, y para ello podrá ordenar la práctica de todo tipo de pruebas, entre las que tendrán especial interés las periciales, médicas y psicológicas, además de realizar aquéllas que la propia Ley le impone, entre las que se encuentran el examen personal del menor o incapaz. Asimismo, dará audiencia a los parientes más próximos del menor o incapaz (35), a las personas que considere

capaz, no tiene sentido excluirle del deber de promover la tutela, cuando, además, será la persona que mejor conozca la conveniencia y la necesidad de constitución de la tutela.

(33) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario a los artículos 228 a 230 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 281. No obstante, para ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 229 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 367, no se comprende bien la exclusión del tutor designado en documento público notarial o en testamento que no sea pariente del menor, salvo en el supuesto que el designado tutor, demostrara la ignorancia de la designación.

(34) Como precisa SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 230 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 587, no se trata de una acción pública de denunciar hechos determinantes de la tutela, ni de una obligación legal que solo se impone a las personas mencionadas en el artículo 229, sino más bien, la constatación de un deber cívico o ciudadano en colaboración con el interés general de protección de los menores e incapaces, siendo su ejercicio discrecional y puramente voluntario, sin que la pasividad en la comunicación lleve aparejada sanción alguna.

(35) Señala SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 231 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 589, que la expresión es ambigua en cuanto que no determina el límite de la proximidad del parentesco, por lo que le parece razonable entender que, «el Juez debe llamar a los parientes que con más frecuencia conviven o se relacionan con el presunto tutelado, con independencia de su proximidad o lejanía en el parentesco», pues, como añade, «lo que importa es que faciliten datos concernientes a los hechos determinantes de la tutela, y estos datos los conocen mejor quienes están más próximos en esa relación».

oportuno (36), y, en todo caso, del tutelado, si tuviere suficiente juicio (37) (art. 231). Una vez practicadas las audiencias exigidas por la Ley, y emitido el informe por el Ministerio Fiscal, el Juez dictará resolución constituyendo la tutela y nombrando tutor, cuya decisión deberá motivar, si altera el orden de llamamientos establecido por el artículo 234, o prescinde de las disposiciones paternas en testamento o documento público notarial (art. 224); acordará, en su caso, las medidas de vigilancia y control que estime necesarias en beneficio del tutelado (como, por ejemplo, informar anualmente sobre la situación del menor y de sus bienes —art. 233 del CC—); y, si procede o no, la prestación de fianza por parte del tutor (art. 260 del CC); asimismo, podrá designar las personas que habrán de integrar los órganos de fiscalización de la tutela, si éstos han sido establecidos por los progenitores en uso de las facultades concedidas por el artículo 223, o por el propio incapacitado en el documento de autotutela; el nombramiento del administrador o administradores designados por el disponente de bienes a título gratuito (art. 227), etc.

La resolución se dictará en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que revestirá la forma de auto (arts. 1833 a 1840 de la LECiv) (38), sin olvidar

Sin embargo, es posible acudir a algunos de los criterios ya existentes en nuestro ordenamiento (orden para suceder, parientes obligados a prestarse alimentos, impedimentos para contraer matrimonio a determinados parientes); de todos ellos, quizá el más lógico sea el de grados de parentesco, esto es, el de orden de suceder. En esta línea, LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 231 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 288, opta por tal criterio, en cuanto «se identifica con la idea o concepto de familia en sentido jurídico amplio, pues, en la inmensa mayoría de los casos de tutela, los padres habrán fallecido y por ley natural, también los abuelos, etc., a la vez que es perfectamente posible que no haya hermanos y se carezca de descendientes». Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 3.ª, de 2 de octubre de 1998 (AC 1998/1998), audiencia a la madre del incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2.ª, de 15 de junio de 2009 (JUR 2009/391066), impugnación de la designación de tutor al no ser llamados los parientes más próximos del incapaz; y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 6 de septiembre de 2010 (JUR 2010/398256), nulidad del procedimiento relativo a la designación de tutor del incapaz, al no haber sido oídas las partes.

(36) Se trata, por tanto, de una expresión sumamente útil y amplia, pues, por esta vía puede llamar el Juez a quien quiera, si bien, dicho llamamiento habrá de dirigirse a aquellas personas que tengan una especial relación de amistad, vecindad, afectividad, etc., que se encuentran «allegadas» a la persona que tiene que ser sometida a tutela, y que, por tanto, tienen un conocimiento de la situación que atraviesa el menor o incapacitado más certero y cercano, como, asimismo, a aquellas otras que por sus conocimientos técnicos o profesionales pueden informar sobre lo que es más beneficioso para la persona del menor o incapacitado. Vid., LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 231 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 288-289; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 231 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 369.

(37) Como puntualiza LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 231 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 289, estamos ante un concepto vago e impreciso, y netamente subjetivo, que introduce un cierto margen de inseguridad o arbitrio judicial, y para que éste no se produzca, el Juez deberá —si tiene alguna duda— recabar la opinión de parientes y, sobre todo, de expertos (médicos, psicólogos, etc.), pues, «la madurez psicológica, tanto intelectual como emocional, deberá ser tomada en consideración no solo para decidir si ha lugar o no a la audiencia del menor o incapacitado, sino también para valorar adecuadamente lo oído». Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.ª, de 20 de abril de 2007 (La Ley 49151/2007).

(38) Si hubiese oposición al nombramiento, se discutirá y se resolverá por los trámites de los incidentes entre el que lo promueva y el tutor nombrado, representando los

que es posible nombrar tutor o curador en la misma sentencia de incapacitación, si así se ha solicitado en la demanda (art. 760 de la LECiv) (39); y que el procedimiento de incapacitación puede haber sido iniciado por el presunto incapaz, pues tiene legitimación para promover su propia declaración de incapacidad (art. 757.1 de la LECiv).

Si no se solicita en la demanda deberá, una vez finalizado el proceso de incapacitación, y recaído sentencia firme, solicitar el nombramiento de tutor a través de un expediente de jurisdicción voluntaria (40).

III. NOMBRAMIENTO DE TUTOR

La constitución de la tutela comienza con el nombramiento del tutor y finaliza con la toma de posesión del cargo por parte de aquél. La Sección 2.^a del Capítulo II del Título del Libro I del Código Civil lleva la rúbrica «De la delación y el nombramiento de tutor», sin embargo, no se trata de dos momentos sucesivos, sino que la tutela comienza con el nombramiento del tutor que se identifica con la constitución. La delación, como precisa SERRANO ALONSO, significa llamamiento de una persona a algo; en este caso, para desempeñar la tutela (41). Es, añade, la simple designación de personas que potencialmente pueden llegar a ser tutoras, si son nombradas para el cargo. Sin embargo, para LACRUZ BERDEJO, si por delación se entiende, precisamente, un llamamiento que, para su efectividad, depende solo de la aceptación del llamado, no hay en el nuevo sistema verdadera delación, sino acaso vocación (42). Lo cierto es que, antes de reforma del Código Civil por Ley 13/1983, era posible hablar de varios tipos de delación de

intereses del menor el Ministerio Fiscal (art. 1839 de la LECiv). Durante la sustanciación del juicio quedará a cargo del tutor electo la custodia del menor y la administración de su caudal, bajo las garantías que parecieran suficientes al Juez. La oposición promovida por alguno que tenga interés en el asunto, hará contencioso el expediente, sin alterar la situación que tuvieren, al tiempo de ser incoado, los interesados y lo que fuera objeto del mismo, y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda según la cuantía (art. 1817 de la LECiv). Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.^a, de 2 de marzo de 2005 (*JUR* 2006/31967); el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.^a, de 23 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/9184); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.^a, de 28 de abril de 2006 (*JUR* 2007/34358), señala que no procede que sean sujetos pasivos o demandados en dicho proceso, los parientes del presunto incapaz. Y, asimismo, el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.^a, de 16 de febrero de 2006 (*RJ* 2006/6158).

Las apelaciones que interpusieren los que hayan participado en el expediente, o llamados por el Juez, o para oponerse a la solicitud que haya dado motivos a su formación, serán admitidas a un solo efecto (art. 1820 de la LECiv). Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.^a, de 22 de enero de 2007 (*JUR* 2007/158116).

(39) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 2003 (*RJ* 2003/3813); la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección única, de 20 de mayo de 2003 (*RJ* 2003/5294); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 1.^a, de 3 de marzo de 2004 (*JUR* 2004/126006); y de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.^a, de 14 de diciembre de 2006 (*JUR* 2007/180408).

(40) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 24 de octubre de 2000 (*AC* 2000/1880).

(41) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 593.

(42) LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 426.

la tutela (legítima, testamentaria y dativa), en la actualidad solo hay una forma de nombramiento del tutor, la realizada por el Juez. De forma que la tutela es solo judicial, salvo en el supuesto excepcional contemplado en el artículo 239 del Código Civil, relativo a la tutela administrativa automática en la protección de los menores desamparados, que se atribuye por ministerio de la ley a la entidad pública que, en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores, siendo tal tutela legítima.

En todo caso, en el sistema actual de guarda o tutela, se otorga un papel relevante en la constitución y funcionamiento de la tutela al Juez, que comienza con las amplias facultades para nombrar tutor. No hay en el sistema actual propiamente delación u ofrecimiento del cargo, sino llamamiento preferencial a ciertas personas, supeditado al beneficio concreto del tutelado, cuya apreciación corresponde siempre al Juez.

Por tanto, el artículo 234 del Código Civil ha fijado un orden preferente de llamamientos al que el Juez debe acudir para designar tutor del menor o del incapacitado; si bien, el designado habrá de tener la capacidad correspondiente —arts. 241 y 242 del CC—, y no estar incurso en causa de inhabilidad —arts. 243 y 244 del CC—.

No obstante, excepcionalmente, y en resolución motivada, el Juez puede alterar el orden legal establecido en el citado artículo 234.1, siempre que resulte más beneficioso para el menor o incapacitado (43). De manera que el Juez designará como tutor a la persona que considere que va a ejercer el cargo de la forma más conveniente para el tutelado, tanto si para ello se nombra una como varias personas (44).

Se preferirá en el nombramiento:

1. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. Estamos ante la figura de la autotutela, que implica la posibilidad que el futuro incapaz, cuando aún tenga plenas facultades, pueda designar tutor para sí mismo, y cualesquiera otras disposiciones relativas a la propia tutela (45).

(43) Para O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 316, estamos, en consecuencia, ante un orden meramente indicativo y sometido a la discrecionalidad del juez, aunque bajo el criterio del beneficio (o más propiamente, interés) del menor o incapacitado, sometido a tutela.

(44) Puntualiza SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 595, que hubiera sido más efectivo establecer que el Juez eligiese como tutor a la persona que considera más idónea en atención a sus vínculos afectivos y de convivencia con el tutelado, pues, acudir al sistema de preferencias, no vinculante para el Juez, lleva al mismo resultado, pero por un camino tortuoso.

(45) Vid., las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 22 de abril de 2003 (AC 2003/2030); de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 5.^a, de 7 de mayo de 2004 (AC 2004/865); de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 14 de septiembre de 2004 (JUR 2004/287432); de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.^a, de 14 de junio de 2005 (AC 2005/1813), que la define como «la facultad o legitimación que se concede a la persona para que, en previsión de su futura incapacitación, configure, organice un régimen tutelar según considere más oportuno dentro de los límites previstos legalmente», y añade: «la regulación de la autotutela es especialmente útil en el caso de diagnóstico de enfermedades degenerativas que afectarán a la capacidad intelectual, de tal modo que, cuando el sujeto aún se halla en plenitud de sus facultades mentales, pueda procesar a configurar, en especial mediante la designación de la persona que va a ocupar el cargo, la tutela, pero también estableciendo aquellos órganos de control y de fiscalización que estime más oportunos, incluso, de acuerdo

2. Al cónyuge que conviva con el tutelado (46). Tiene su fundamento en los deberes de ayuda y socorro mutuos entre los esposos establecidos en los artículos 67 y 68 del Código Civil, y en una cierta presunción de *affetio conjugalis* (47). Este llamamiento al cónyuge para una parte de la doctrina, solo puede tener virtualidad en el caso del incapacitado, no respecto del menor de edad (48). Sin embargo, SANCHEZ REBULLIDA estima que es posible la tutela del cónyuge del menor no incapacitado, y argumenta para ello que «los menores no emancipados no pueden contraer matrimonio, pero tal impedimento es dispensable; ahora bien, su matrimonio produce de derecho la emancipación, pero no el beneficio de la mayor edad, el cual solo procede por concesión judicial a solicitud del menor y requiere en éste dieciséis años» (49). En todo caso, para ORDÁS ALONSO la utilidad del llamamiento radica en la remisión que el artículo 291 efectúa, si lo que procede es constituir la curatela (50). El cónyuge designado tutor debe ser mayor de edad, pues si fuese menor no cumpliría con la exigencia del artículo 241 de estar en la plenitud de ejercicio de sus derechos civiles. Se puede extender la consideración de cónyuge a las parejas de hecho constituidas como tal.

con el artículo 3.1 de la Ley 41/2003, constituyendo un patrimonio protegido de los regulados por esta misma Ley»; de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.ª, de 14 de noviembre de 2007 (AC 2008/278); de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 7 de diciembre de 2007 (JUR 2008/83193); de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 19 de junio de 2009 (JUR 2009/309619); y de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, de 26 de octubre de 2010 (JUR 2011/5068). Asimismo, la Resolución de la DGRN, de 9 de enero de 2007 (La Ley 357001/2007).

(46) El Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 26 de abril de 2002 (JUR 2002/167996), a favor de persona unida sentimentalmente a la incapacitada; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 14 de noviembre de 2002 (JUR 2003/13459), a favor del esposo de la incapacitada; el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 26 de junio de 2003 (JUR 2003/191259); la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 11 de febrero de 2004 (AC 2004/534); la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 4.ª, de 21 de julio de 2004 (JUR 2004/262675); la sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 2.ª, de 10 de febrero de 2005 (JUR 2006/23021); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de octubre de 2005 (JUR 2006/43075), a favor de la pareja de hecho que ha estado conviviendo nueve años con la incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2.ª, de 14 de marzo de 2006 (JUR 2006/172075), a favor del esposo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 16 de mayo de 2008 (JUR 2008/204932), a favor de la esposa del incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª, de 3 de junio de 2008 (JUR 2008/309921), a favor del esposo del incapaz; y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.ª, de 27 de julio de 2010 (JUR 2010/328029).

(47) Señala LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 427, que le parece justo que se anteponga el cónyuge como tutor en detrimento del designado por los padres; no obstante, considera que, encaja sin estridencias en el arbitrio judicial concedido en el artículo 234.2, el que al fallecer el cónyuge o cesar la convivencia, el Juez sustituya su nombramiento por el de los tutores testamentarios, aunque el Código Civil no lo disponga expresamente.

(48) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 594; LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 298.

(49) SANCHEZ REBULLIDA, F. A., «Apéndice al Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 30.

(50) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 372.

3. Los padres cuya filiación esté determinada, cualquiera que sea su clase por naturaleza —matrimonial o no matrimonial—, o por adopción y que no sean titulares de la patria potestad, ni hayan sido privados o suspendidos en su ejercicio (art. 243.1) (51). Si son llamados ambos padres, se produce una tutela plural a la que se refiere el artículo 236.2 del Código Civil. En opinión de la doctrina mayoritaria, respecto de los menores no tendrá lugar el llamamiento, cuando los padres ostenten la patria potestad, o ésta está prorrogada o rehabilitada (art. 171), y si no la ostentan incurre en causa de inhabilidad, por lo que el precepto resulta superfluo (52). Sin embargo, LETE DEL RÍO estima que «no se ve dificultad para la aplicabilidad del precepto legal en el supuesto de hijos solteros incapacitados después de haber alcanzado la mayoría de edad y que no vivían en compañía de sus padres o de hijos incapacitados en estado de viudez, o bien de hijos casados, si el Juez altera el orden de llamamiento» (53).

Respecto a si podrán ser llamados a la tutela del hijo adoptivo el padre o madre por naturaleza, dado que una vez formalizada la adopción se produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen (art. 178), los padres por naturaleza no pueden considerarse comprendidos dentro del llamamiento genérico que el artículo 234.3 efectúa a los padres, lo que no obsta a que los progenitores por naturaleza sean llamados a la tutela *ex artículo 235* (54).

Se critica la elección de los padres en tercer lugar, dejando para el quinto a otros parientes como los hijos mayores de edad, que, además, pueden convivir con el incapacitado. Lo cierto es que si sobreviven los padres y son nombrados tutores, hay que tener presente su presumible avanzada edad. En todo caso, el Juez puede alterar dicho orden legal, pero quizá hubiera resultado más conveniente dar preferencia a los hijos, que tener que acudir a un procedimiento excepcional y mediante resolución motivada para adoptar la solución más lógica e idónea (55).

(51) La sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 17 de abril de 2002 (AC 2003/1499), a favor de los padres, en lugar del esposo, por la escasa duración del matrimonio, y la juventud del esposo; la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.ª, de 29 de diciembre de 2005 (JUR 2006/32384), a favor del padre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 24 de mayo de 2006 (JUR 2006/183422), a favor de la madre del tutelado; la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, de 16 de junio de 2008 (JUR 2008/338316), a favor del padre del incapaz; y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 8 de octubre de 2008 (JUR 2009/38056), a favor de la madre del incapaz frente a su hermana.

(52) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 373; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 428.

(53) LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 299. En el mismo sentido, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, coordinado por Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 381.

(54) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 373; LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 299. En contra, GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 648.

(55) GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 648; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 373.

4. La persona o personas designadas por los padres en sus disposiciones de última voluntad o en documento público notarial (56). A este respecto, el artículo 223, párrafo 1.º del Código Civil, establece que: «*los padres podrán, en testamento o documento público notarial, nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre las personas o bienes de sus hijos menores o incapacitados*» (57). Los padres pueden hacer uso de esta facultad a favor de los hijos matrimoniales, como no matrimoniales y adoptivos (art. 108 del CC). Aunque el precepto habla de nombrar, lo que realmente se atribuye a los padres es la facultad de designar tutor o curador, ya que el nombramiento es competencia exclusiva del Juez. Los padres que pueden hacer tal designación son los que tienen la patria potestad, y recae sobre los hijos menores de edad, sometidos a ella —por lo que no es precisa la tutela— y los que estén incapacitados es dudoso que pueda aplicarse a los hijos mayores de edad, para el caso de ser en el futuro incapacitados, si atendemos a la referencia expresa en el citado artículo 223 a los hijos menores e incapacitados (58), en todo caso depende el nombramiento del tutor o curador de lo que decida el juez en beneficio del menor o incapacitado (59). Se hacen para el caso en que, faltando los padres, sea necesaria la tutela o, en su caso, la curatela. No se trata de una facultad concedida a los padres que, a su vez, sean menores de edad (60), pese a que no falta en la doctrina, quien sobre la base legal del artículo 157 del Código Civil, considera que los menores de edad pueden ejercer esta facultad si poseen la capacidad requerida para otorgar el acto que ha de contener las disposiciones sobre la tutela (61). Concede a los padres el artículo 223 no solo la posibilidad de designar tutor, curador, como también los órganos de fiscalización de la tutela y personas que los integren (62), sin que puedan suprimir la función fiscalizadora del Ministerio Fiscal o la del Juez, aunque sí completarla, ni pueda sustituir al Juez en el otorgamiento de la autorización judicial a la que se refieren los artículos 271 y 272 del Código Civil —pues no se pueden disminuir las garantías que el Código Civil establece en los citados preceptos, alegando un presumible

(56) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 27 de marzo de 1998 (AC 1998/705); sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 5.ª, de 4 de julio de 2003 (JUR 2003/234581); y el Auto de la Audiencia Provincial de Almería, Sección 1.ª, de 21 de diciembre de 2004 (JUR 2005/56384). Asimismo, vid., la Resolución de la DGRN, de 19 de junio de 2006 (RJ 2007/5018).

(57) Señala el Auto de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección única, de 26 de marzo de 2003 (AC 2003/1221), que en modo alguno es preferida la persona designada en el testamento por el esposo fallecido de la tutelada, pues esa posibilidad de designación testamentaria única y exclusivamente viene concedida a los padres, no al esposo o demás familiares de la tutelada.

(58) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 579.

(59) A favor de incluirse también al hijo mayor de edad al que los padres han previsto su futura incapacitación, O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 308.

(60) En este sentido, GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 639; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 359.

(61) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 284.

(62) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 7 de abril de 1995 (AC 1995/696).

beneficio o interés para el hijo menor (63)—, sino también cualesquiera otras disposiciones relativas a la persona y bienes de los hijos, tales como la dispensa de las causas de inhabilidad contempladas en los artículos 243.4 y 244.4 (art. 246), de ser nombrados varios tutores, disponer un ejercicio de la tutela de forma solidaria (art. 236); excluir a determinadas personas del cargo de tutor (art. 245); fijar la remuneración del tutor (art. 274), o la atribución de frutos por alimentos (art. 275), etc. Si bien, para que puedan ser eficaces las citadas disposiciones sobre la tutela es preciso que, en el momento de adoptarlas, el disponente no estuviera privado de la patria potestad (art. 226 del CC) (64). Para un sector doctrinal, al tratarse de una norma de carácter sancionador, debe interpretarse su campo de actuación de forma restrictiva, y considerar que solo se aplica al supuesto de privación total de la patria potestad, y no en caso de privación parcial, pudiendo en este supuesto el padre o la madre hacer uso de la facultad que les otorga el artículo 223 (65). Se incluye, no obstante, también la suspensión, al ser una privación temporal, y no el caso en que el ejercicio de la patria potestad esté atribuido a uno solo de los padres, en los casos de nulidad, separación y divorcio (66). La prohibición afecta a quien se encuentre privado de la patria potestad en el momento de adoptar las disposiciones ordenando la tutela, y no en el momento de constituir ésta (67).

(63) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 360; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 579. En contra, DE PRADA GUAITA, C., «Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial», en *Academia Sevillana del Notariado*, T. IX, 1995, págs. 214-215.

(64) Considera, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 274, que «quizá hubiera sido más oportuno establecer que las disposiciones devendrían ineficaces “si en el momento en que la persona debe ser sometida a tutela”, el disponente había sido privado de la patria potestad; pues, desde un punto de vista objetivo, no cree que ofrezcan muchas garantías las disposiciones adoptadas por quien ha sido privado de la patria potestad, aunque hubieren sido tomadas antes de la privación o después de la recuperación, además se evitaría una difícil y complicada operación de control judicial». Y añade, «con la recuperación de la patria potestad, las disposiciones hechas por los padres en testamento o documento público serán eficaces, aunque hubieren sido privados de la patria potestad, si antes de efectuar la designación del tutor o de tomar cualquier otra disposición hubiesen recuperado la patria potestad».

(65) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 273; ORDÁS ALONSO, E., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 363. En contra, ROGEL VIDE, C., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Berco-vitz, 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. 705, que precisa que, «sin forzar la interpretación del artículo 226, han de entenderse ineficaces las disposiciones sobre tutela del progenitor que, en el momento de adoptarlas, estuviese privado de la patria potestad, parcial o totalmente, temporal o permanentemente que sea»; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 582, para quien la falta o privación de la patria potestad es indiferente que sea total o parcial, permanente o transitoria, porque el artículo no hace ninguna precisión, señalando exclusivamente que el disponente hubiese sido privado de la patria potestad.

(66) O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 310.

(67) Por tanto, como apunta, SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 226 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 582, «la privación tiene que ser anterior al momento de adoptar las disposiciones; por tanto, no puede extenderse la ineficacia a los actos realizados

Ahora bien, si se optase por designar tutor en testamento en cualquiera de las formas admitidas en nuestro ordenamiento, corresponde a cada uno de los padres otorgar uno, pues, en el Código Civil no se admite el testamento mancomunado. Tal testamento es revocable, sin que puedan subsistir con tal revocación, las disposiciones relativas a la tutela dispuestas en el testamento revocado, al no poderse aplicar analógicamente el artículo 741 del Código Civil, salvo que, en el nuevo testamento, el testador haya manifestado su voluntad de que subsista la designación de tutor (art. 739) (68). Si se deciden por el documento público notarial, será mediante escritura pública otorgada a tal efecto (69), o por cláusula contenida en cualquier escritura, pues, no es preciso que ésta tenga por objeto exclusivo la designación de la persona del tutor (70). En todo caso, la escritura podrá ser otorgada por ambos progenitores, armonizando con ello las disposiciones relativas a la tutela.

De resultar compatibles las distintas disposiciones realizadas por los padres (por ejemplo, uno designa tutor y el otro órganos de fiscalización), se aplican conjuntamente; si son incompatibles, el Juez adoptará en resolución motivada la que considera más conveniente para el tutelado —art. 225 del CC—. Los documentos públicos de los padres relativos a la tutela de sus hijos menores o incapacitados, así como aquellos en que se contienen disposiciones relativas a la propia tutela, habrán de ser comunicados de oficio por el notario que los autorizó al Registro Civil para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado —art. 223, párr. 3.º—. Y a los efectos de comprobar la existencia de las citadas disposiciones, el artículo 223, párrafo 4.º del Código Civil, dispone que «en los procedimientos de incapacitación, el Juez recabará certificación del Registro Civil, y, en su caso, del Registro de actos de última voluntad».

Tal facultad, concedida a los padres, vincula relativamente al Juez, pues puede prescindir de la designación realizada por aquellos mediante resolución motivada en beneficio del menor o incapacitado (art. 224 del CC).

antes de ser privados de la patria potestad, aunque la causa determinante de la privación ya existiese al realizar la disposición, porque no hay privación hasta que una resolución judicial la acuerde». Y, en la misma línea, añade que «las disposiciones realizadas mientras se está privado de la patria potestad, no adquieren validez por su posterior recuperación, porque no puede adquirir eficacia lo que para el derecho no ha llegado a nacer como lo sería la disposición efectuada por quien carece de capacidad para ello». En contra, GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 638, que entiende que el artículo 236 se refiere a la privación de la patria potestad en el momento de constituir la tutela, y no en el sentido que la privación ya existiese en el momento de designar tutor.

(68) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 579; DE PRADA GUAITA, C., «Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial», *op. cit.*, págs. 203-204; O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 307, considera absurdo pensar que un nombramiento de tutor u otros cargos hecho por los padres, les vincule y sea irrevocable, cuando tantos cambios se dan en las personas y en las vidas. En contra, ÁLVAREZ CAPE-ROCHIPI, J. A., *Curso de Derecho de Familia. Patria potestad, tutela y alimentos*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 212, que considera subsistente las disposiciones relativas a la tutela por aplicación analógica del artículo 741 el Código Civil.

(69) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.ª, de 14 de noviembre de 2007 (AC 2008/278).

(70) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 579; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 223 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 361. En contra, DE PRADA GUAITA, C., «Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial», *op. cit.*, pág. 207.

5. Al ascendiente (71), descendiente (72), o hermano que designe el Juez (73), sin que entre ellos haya de seguirse un orden de preferencia, pues,

(71) El Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.ª, de 13 de julio de 1998 (AC 1998/6279), a favor de la abuela paterna; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 27 de abril de 2006 (JUR 2006/272486), a favor de los abuelos paternos de la menor; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 8 de mayo de 2008 (JUR 2008/214403), a favor de la abuela materna; el Auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, de 23 de septiembre de 2008 (JUR 2009/40750), a favor de la abuela materna como tutora de la persona y tercera persona como tutora del patrimonio; y el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª, de 23 de julio de 2010 (JUR 2010/376682).

(72) El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 23 de enero de 1995 (AC 1995/197), a favor del hijo mayor de edad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 6 de mayo de 1998 (AC 1998/5479), a favor de la hija de la incapacitada y no de su hermana, manifestación de tal nombramiento en testamento cuando estaba en su sano juicio; el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 14 de junio de 2001 (JUR 2001/262781), a favor de sus dos hijos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 3.ª, de 27 de febrero de 2002 (AC 2002/1340), a favor de su hija; el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 16 de abril de 2002 (JUR 2002/277661), a favor de la hija; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 17 de diciembre de 2002 (JUR 2003/133821), a favor del hijo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección única, de 17 de febrero de 2003 (JUR 2003/84974), a favor de uno de los hijos; la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3.ª, de 20 de octubre de 2003 (JUR 2003/271534), a favor del hijo por ser el más idóneo para cuidar de la madre; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 7 de mayo de 2004 (JUR 2004/316176), a favor de la hija por ser la persona habilitada para el cuidado y la asistencia que precisa la incapacitada, así como para la administración de sus bienes y patrimonio; la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 30 de diciembre de 2004 (JUR 2005/38346), a favor del hijo de la incapacitada, por ser el más idóneo, ante la atención diaria que dispensa a su madre desde el accidente cerebral; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 21 de febrero de 2005 (JUR 2005/80026), a favor del nieto; la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 2.ª, de 23 de mayo de 2005 (JUR 2005/162743), a favor del hijo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 26 de junio de 2006 (JUR 2006/216463), a favor del hijo de la incapacitada que instó la incapacitación; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de noviembre de 2006 (JUR 2007/235156), a favor de la hija de la incapacitada; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 2 de febrero de 2007 (JUR 2007/155209), a favor de la hija del declarado incapaz, que desempeñó antes el cargo de curadora, por designación en anterior procedimiento; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 3 de mayo de 2007 (JUR 2007/280092), a favor del hijo de la incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 13 de febrero de 2008 (JUR 2008/113116), a favor de la hija; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 23 de febrero de 2009 (JUR 2009/209616), a favor de la hija de la incapaz y no de sus hermanos.

(73) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 28 de enero de 2003 (JUR 2003/179968); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4.ª, de 12 de mayo de 2005 (JUR 2005/156469); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 6 de julio de 2005 (JUR 2005/211150); la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1.ª, de 17 de febrero de 2006 (JUR 2006/141448) a favor de la hermana; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 19 de febrero de 2007 (JUR 2007/152380), a favor de una de las hermanas de la incapaz, que hasta dicho momento la cuidaba; la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 13 de junio de 2007 (JUR 2007/286094), a favor de la hermana del incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 28 de marzo de 2008 (JUR 2008/172159), a favor de la hermana de la inca-

la autoridad judicial puede designar indistintamente a unos u otros, ya que están en plano de igualdad (74).

Sin embargo, para LETE DEL RÍO, «la enumeración es de orden de preferencia: primero el descendiente, después el ascendiente y, por último, el hermano, y la facultad de designación del Juez se circunscribe a las personas del mismo grado de parentesco; si bien podrá, si lo justifica, preferir un grado a favor de otro» (75).

En todo caso, en relación al nombramiento de tutor, el Código Civil admite el juego de la autonomía de la voluntad a los efectos de excluir a determinadas personas del cargo. En efecto, respecto de la designación del tutor, el artículo 245 del Código Civil otorga relevancia a la voluntad excluyente de los progenitores, establecimiento que «*tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial*». Lo que se puede aplicar analógicamente a los casos de autotutela, pues ésta puede ser negativa, esto es, que en el propio documento de autotutela se contenga expresamente, quién/quienes no desean el presunto incapaz, que sean sus tutores, o curadores.

Sin embargo, esta exclusión procedente de los padres o del propio interesado, no opera cuando «*el juez, en resolución motivada, estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado*» (art. 245 *in fine* del CC).

Como regla general, el Juez habrá de proceder al nombramiento de tutor conforme al orden de prelación establecido por el artículo 234 del Código Civil y con sujeción a las exclusiones que, a tales efectos, hubieren hecho los padres, así como el propio interesado en el documento de autotutela. No obstante, con carácter excepcional (76), se permite que, en resolución motivada, el juez altere el orden legal de preferencia, y que incluso prescinda de las personas incluidas en el mismo, «*si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere*» (art. 234, párrafo segundo del CC) (77). Precisa ALBALADEJO que, en todo caso,

paz; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 14 de julio de 2010 (*JUR* 2010/310432).

(74) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 428; Díez-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, *Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 11.ª ed., Tecnos, Madrid, 2005, pág. 255. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 18 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/93984).

(75) LETE DEL RÍO, J. L., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 300.

(76) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 28 de octubre de 2005 (*JUR* 2006/163002); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 5 de marzo de 2009 (*JUR* 2010/73310); el Auto de la Audiencia Provincial de Palencia, Sección 1.ª, de 15 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009/462293), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 29 de enero de 2010 (*JUR* 2010/148664).

(77) Apunta LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 386, que la decisión contraria a lo expresado en documento público por los padres o por el propio tutelado respecto de la tutela, con carácter general, ha de considerarse, a su entender, como un resultado legislativo desafortunado y excesivo.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 6.ª, de 14 de junio de 1999 (*AC* 1999/851), se nombra como tutor a un transexual, que viene ejerciendo actualmente la guarda de hecho y desempeñando el papel de madre desde hace diez años. Por su parte, en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 16 de septiembre de 1999 (*AC* 1999/2056), se nombra como tutora a la guardadora de hecho. En el Auto

esta facultad que atribuye el artículo 234 al juez, tiene carácter *excepcional*, y solo corresponde su actuación, si lo *exige* el beneficio del tutelado —luego, no basta por tanto que puramente parezca *mejor o más conveniente*, sino que resulte *necesario*— (78).

De todas formas, a los efectos de la valoración judicial de lo más favorable para el menor o incapacitado, el citado artículo 234 *in fine*, dispone que «*se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor*»; y, para el caso de suceder que no pudieran concurrir en el nombramiento ninguna de las personas que se contienen en el artículo 234 —por inexistencia en el momento de constituirse la tutela, o existiendo, son inhábiles o carecen de capacidad legal para ser tutores, o, aun teniendo capacidad, son excluidas por no considerarlas idóneas para asumir la función—, el juez «*designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado, y en beneficio de éste, se considere más idóneo*» (art. 235) (79). Lo hará mediante resolución motivada, pese al silencio de la norma, y podrá efectuar el llamamiento a favor de algún pariente no

de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4.^a, de 19 de febrero de 2001 (AC 2001/175), a favor de la tía materna, primando el interés superior del menor; el Auto de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.^a, de 3 de mayo de 2001 (AC 2001/1250), a favor de la tía paterna; la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 4 de junio de 2002 (AC 2002/1222), a favor de sobrino; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 4 de noviembre de 2002 (JUR 2003/53129), a favor de los sobrinos políticos herederos de su esposo fallecido, actuales administradores de los usufructos del incapaz; el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.^a, de 25 de noviembre de 2002 (JUR 2003/91946), a favor de la cuñada de la incapacitada; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.^a, de 19 de noviembre de 2003 (JUR 2004/16274), a favor de la cuñada de la incapaz, como tutora de su persona por la dedicación pasada en el tiempo al cuidado de la incapacitada; la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 2.^a, de 5 de diciembre de 2003 (JUR 2004/64423), a favor de una sobrina; la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.^a, de 14 de febrero de 2005 (JUR 2005/85345), a favor de un hermano y sobrina de la incapacitada; la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1.^a, de 7 de marzo de 2005 (AC 2005/566), a favor de la guardadora de hecho; la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.^a, de 28 de junio de 2006 (JUR 2006/225544), a favor del sobrino de la incapaz, al ser la madre de éste analfabeta funcional; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.^a, de 25 de mayo de 2007 (JUR 2007/303612), a favor de la persona que hasta dicho momento había ejercido el cargo de defensor legal del incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.^a, de 19 de junio de 2007 (AC 2007/2052), a favor del sobrino de la declarada incapaz; la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.^a, de 9 de febrero de 2009 (JUR 2010/102989), a favor del sobrino de la incapaz; y, el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 14 de junio de 2010 (JUR 2010/418066), nombramiento de tutores sucesivos para el caso de muerte del inicialmente designado. Nombramiento primero de la madre del incapaz, y dada su avanzada edad, a la hermana mayor del incapaz para el caso de fallecimiento de la tutora inicial.

(78) ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2007, pág. 305.

(79) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 596, pone de manifiesto que este artículo 235 no dice cosa distinta de la que ya había señalado el precedente, por ello resulta innecesario. Para LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 302, señala que respecto de esta tutela pueden predicarse los siguientes caracteres: 1. La subsidiariedad, pues, en principio, solo procede en defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior; 2. No está sujeta a un orden de llamamientos; 3. La elección y nombramiento corresponde a la autoridad judicial.

comprendido en la enumeración del artículo 234, siempre que en sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, se consideren más idóneas, pues el artículo 251 permite excusarse del cargo de tutor a quien carezca de vínculos de cualquier clase con el menor o incapacitado (80). Incluso en los supuestos de adopción resulta posible nombrar a los padres biológicos (81). Se ha planteado en la doctrina que si una vez ha sido nombrado tutor y tomado posesión del cargo el tutor designado judicialmente, apareciera o recobrara la idoneidad alguna de las personas legalmente designadas, pudiera aquél ser sustituido por ésta. GIL RODRÍGUEZ considera posible una transferencia de la tutela, siempre que ello redunde en beneficio del menor o incapacitado (82). En cambio, para LETE DEL RÍO no es posible por las razones siguientes: «primera, no existe ningún precepto legal que directa o indirectamente lo autorice; y segunda, se opone a una interpretación de esta naturaleza lo dispuesto en el artículo 234.II del Código Civil, en cuanto autoriza a la autoridad judicial a prescindir de todas las personas mencionadas en el párrafo primero de dicho precepto, y, no cabe duda que en la hipótesis que, se plantea se ha producido el carácter excepcional al que alude el párrafo segundo» (83).

Por otra parte, si hubiese que designar tutor para varios hermanos, «*el juez procurará que el nombramiento recaiga en una misma persona*» (art. 240) (84). Norma ésta que responde a la finalidad de evitar separar a los hermanos, y que tiene su equivalente en el artículo 92 del Código Civil en sede de patria potestad, y en el artículo 172.4, respecto a la tutela administrativa.

En este contexto, como regla general el cargo de tutor es único o unipersonal, de manera que el nombramiento del juez recaerá en una sola persona, estableciendo expresamente el artículo 236 del Código Civil que «*la tutela se ejercerá por un solo tutor*» (85). Sin embargo, este mismo precepto admite el

Por su parte, O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 317, precisa que «las relaciones con el tutelado no es requisito esencial, ya que si no hay nadie que las tenga y ante una tutela que sea beneficiosa, se nombrará a persona idónea, aunque no existan tales relaciones».

(80) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 302-303; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 374.

(81) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 234 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 299; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 374. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección única, de 31 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/101986).

(82) GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», en *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 319.

(83) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 235 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovtiz, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y Pablo Salvador Cordech, T. I, Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 722.

(84) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 2.ª, de 25 de febrero de 1998 (*AC* 1998/4290).

(85) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección 1.ª, de 21 de julio de 2003 (*JUR* 2004/46852); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 7 de marzo de 2005 (*JUR* 2005/131509); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 13 de abril de 2005 (*JUR* 2005/204447); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 15 de septiembre de 2005 (*JUR* 2006/45100); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 1.ª, de 18 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/195675).

ejercicio de la tutela por más de un tutor en los siguientes casos (86): 1. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado y su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes (87). Cada uno de los tutores actuará de forma independiente en el ámbito de su competencia y las decisiones se tomarán por regla general por unanimidad; si no se alcanza ésta, resolverá el Juez lo que estime conveniente, tras oír a los tutores y al tutelado, si tuviera suficiente juicio. De ser el número de tutores igual o superior a tres podrá ser adoptado el acuerdo por mayoría (mayoría simple) (88), y, de no alcanzarse, será el Juez quien resuelva; 2. Cuando la tutela corresponda al padre o a la madre —lo que no ocurrirá en la tutela de menores, pero sí en la del incapacitado mayor de edad, cuya patria potestad no se ha prorrogado o rehabilitado— (89). En todo caso, cabe que las funciones tutelares sean ejercitadas por uno solo de los progenitores con el consentimiento expreso o tácito del otro; y también el Juez puede decidir que el ejercicio de las funciones encomendadas a los dos padres se realice de forma solidaria; 3. Si se designa a alguna persona tutor al tío/a carnal respecto de sus sobrinos, hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela (90). Se le nombra cotutor (91); 4. Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutor hayan designado en testamento o en documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente; y se puede añadir, al que el propio presunto incapaz hubiera designado en su documento de autotutela. Ejercerán la tutela, como regla general, conjuntamente, salvo que el progenitor o el propio autotutelado haya dispuesto que las personas designadas han

(86) Se trata de una enumeración taxativa, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.ª, de 13 de julio de 2005 (*JUR* 2007/196914); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 29 de enero de 2007 (*JUR* 2007/156404).

(87) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, de 29 de abril de 2009 (*RJ* 2009/2901); el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 2.ª, de 15 de julio de 1999 (*AC* 1999/8257); la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 5.ª, de 7 de mayo de 2004 (*Ac* 2004/865); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 5.ª, de 3 de febrero de 2006 (*JUR* 2007/135153); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 6 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/127185); y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 6.ª, de 1 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/112838).

(88) GÓMEZ OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *op. cit.*, pág. 662, precisa que, en la formación de la mayoría requerida por el precepto deberá quedar excluido aquel tutor que tenga incompatibilidad u oposición de intereses para la realización de un acto o contrato.

(89) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 3 de noviembre de 2009 (*AC* 2010/572).

(90) DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 236 del Código Civil», en *Comentario a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 331, precisa que el mero hecho de que se rompa el matrimonio, no tiene como consecuencia la salida del cónyuge de la institución tutelar, salvo que el Juez estime que el beneficio del tutelado exige otra cosa.

(91) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 236 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 309, señala que, al cónyuge del tutor solo se le nombra para que comparta el ejercicio. En contra, se manifiesta DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 236 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 330, pues no existe motivo alguno, ni el texto legal autoriza a entender que el cónyuge del tío no sea tan tutor titular como éste.

Por su parte, ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 236 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 375, manifiesta que no hay razón para no aplicar analógicamente este artículo 236.3 al supuesto de tutela dual de los abuelos.

de ejercer la tutela de modo solidario, en cuyo caso corresponde al Juez decidir si se van a ejercitar o no de este modo, todo ello, teniendo presente los más beneficioso para los intereses del tutelado (92).

En caso de tutela plural, por tanto, las facultades de la tutela habrán de ejercitarse de forma conjunta por todos los tutores (93). Todos los nombrados han de participar en la toma de decisiones, así, si son dos los tutores, el acuerdo habrá de tomarse unánimemente, pero si son más de dos, valdrá el acuerdo tomado por la mayoría (mayoría simple). A falta de acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado, si tuviera suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. De ser reiterados los desacuerdos y entorpecieran gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el juez reorganizar su funcionamiento e incluso nombrar un nuevo tutor. Si son varios los tutores con especificación de funciones —uno para la persona y otro para el patrimonio del tutelado— cada uno decidirá en su ámbito de actuación; pero si alguna decisión afecta a ambos extremos, deberá tomarse conjuntamente. En fin, si las facultades de la tutela se ejercitan de forma solidaria —bien cuando la tutela corresponda a los padres, y éstos lo solicitan, o bien, si éstos los hubieran dispuesto en testamento o documento público notarial respecto de quien o quienes hubieran designado como tutores—, cualquiera de los tutores nombrados puede llevar a cabo, de forma individual, los actos propios del desempeño de la tutela, como si los restantes tutores no existiesen (94).

No se prevé que, sucede en caso de urgencia, parece que cabe la aplicación analógica de lo establecido en el artículo 896 del Código Civil en sede de albaeazgo, y, en consecuencia, que pueda actuar uno de los tutores y dar cuenta posteriormente a los demás (95).

Sobre tales bases, si la tutela la ejercitan conjuntamente ambos padres y el conflicto se plantea con uno de ellos, el otro, automáticamente, representará y amparará a su hijo/a o hijos/as menores o incapacitados (art. 299.1). Si el conflicto se plantea con ambos, se procederá a nombrar defensor judicial (art. 163.2). En los demás casos de tutela plural, si los tutores tuvieran atribuidas sus facultades conjuntamente, sin distinción de campos de actua-

(92) Lo decidirá en resolución motivada, DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 237 del Código Civil», en *Comentario a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 336. En contra, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 237 del Código Civil», T. I., *op. cit.*, pág. 726, para quien «la decisión judicial que resuelve a favor del ejercicio solidario es absolutamente discrecional («podrá el juez», dice el precepto)», aunque como es natural, añade: «deberá estar fundada en el mayor beneficio del menor o incapacitado».

(93) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 18 de junio de 2002 (*JUR* 2002/202508); el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 27 de septiembre de 2004 (*JUR* 2005/52334); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 18 de abril de 2005 (*JUR* 2005/178145); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 4.ª, de 11 de junio de 2009 (*JUR* 2009/357618).

(94) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 6 de febrero de 2003 (*JUR* 2003/186320).

(95) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 237 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 379, si bien, como precisa la autora, la responsabilidad del tutor que actúa será suya personal, puesto que en este caso actúa como si se tratase de un único tutor. En el mismo sentido, DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 236 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 338, quien, asimismo, señala que todo retraso en la acción resultará perjudicial para el ejercicio de la tutela y para los intereses del tutelado.

ción, y hubiese conflicto (incompatibilidad y oposición de intereses —dice el art. 237 bis—) con el tutelado respecto de alguno o algunos de los tutores, el acto o contrato en los que se plantee el conflicto, se realizará por aquel de los tutores respecto de los que no exista tal conflicto; igualmente, si hay distinción de campos de actuación, podrá actuar el tutor no incompatible, siempre que sea de la misma naturaleza del incompatible; pero si se plantea con todos, el Juez deberá nombrar un defensor judicial que le represente y ampare por disposición expresa de la ley (art. 299.1 del CC) (96). De todas formas, la incompatibilidad u oposición de intereses debe estar referida a un acto o contrato determinado, porque si se refiere a una serie de actos o a la mayor parte de las funciones tutelares, entra en juego la prohibición del artículo 244.4, y habrá que proceder a la remoción de tutor o tutores.

Finalmente, en estos supuestos de tutela plural, si por cualquier causa, cesase alguno de los tutores, de conformidad con el artículo 238 del Código Civil, *«la tutela subsistirá con los restantes a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso»*. No parece que pueda ser aplicable al caso de tutores con especificación de funciones (art. 236.1), en que si cesa uno será preciso el nombramiento de otro, que ocupe su puesto, y ejerza la función que tienen encomendada (97); ni tampoco a la cotutela de los padres (98), puesto que, en este caso, tendrán aplicación preferente las reglas

(96) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 237 bis del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 729, considera que también es de aplicación el artículo 237 bis, «en aquellos casos en que existe pluralidad de tutores con distinción de funciones, pero hay un solo tutor en cada esfera (por ejemplo, un tutor de la persona y otro de los bienes), si la incompatibilidad o contraposición de intereses viene referida a las decisiones que conciernen a ambos tutores, y que —según el art. 236.1 del CC— deben tomarlas conjuntamente». En el mismo sentido, DÍAZ-ALABART, S., «Comentario al artículo 237 bis del Código Civil», en *Comentario a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 339-340.

(97) O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 320; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 731, quien precisa que «corresponderá a la autoridad judicial resolver la situación, bien nombrando otra vez nuevos tutores, sin perjuicio de que vuelva a elegir y nombrar al que subsistía; no obstante, si no se ha establecido expresamente, parece posible que solamente se sustituya al tutor cesado, pues quien puede lo más debe poder lo menos, y además, este criterio viene avalado por el artículo 299.2 en el que se prevé el nombramiento de defensor judicial». No cabe duda, sin embargo, que en los actos urgentes que no admitan demora, el Juez puede autorizar al tutor en ejercicio, en tanto se procede a la sustitución del tutor cesado, o a la recomposición de la tutela; y si fuera necesario, al nombramiento de defensor judicial con arreglo a lo dispuesto en el artículo 299.2.º del Código Civil; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 602, añade que tampoco procederá la aplicación del artículo 238, cuando al nombrar varios tutores el Juez ha establecido reglas concretas de sustitución, designando tutores sustitutos.

(98) DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 343. En contra, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 731, pues considera que «esta excepción sí debe afectar a los padres, desde el momento en que con casi entera seguridad se tratará de una tutela de una persona incapacitada, que requiere especial atención y específicos cuidados, puede haberse previsto por la autoridad judicial que ésta solo podía prestársele en tanto ejerciesen la tutela ambos cónyuges, piénsese en el caso de padre aquejado de una grave enfermedad y que el tutor que cesa es la madre».

de la patria potestad; pero si para el caso de quien cesa, sea el hermano del padre o la madre del tutor incapacitado (art. 236.3) (99).

IV. CAPACIDAD PARA SER TUTOR

El artículo 241 del Código Civil señala que: «*podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que en su persona no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes*».

Sobre tal base legal, se exigen dos requisitos para que una persona física sea nombrada tutora: 1. Que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. 2. Que en la persona tutora no concurran algunas de las causas de inhabilidad contenidas en los artículos 243 a 245 del Código Civil, de las que nos ocuparemos en el siguiente apartado (100).

Para ser tutor, no se exige una capacidad especial, sino una capacidad de obrar plena, sin restricción alguna. De forma que los mayores de edad no incapacitados podrán ser nombrados tutores, no así los menores de edad emancipados y que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad, ni las personas que hayan sido incapacitadas por sentencia judicial, aunque sean sometidos a curatela. Respecto a los declarados pródigos, frente a quienes como CANO TELLO estima que no hay inconveniente para que la tutela de la persona pueda ser desempeñada por quien ha sido declarado pródigo, ya que su incapacidad es meramente patrimonial (101); para la mayoría de la doctrina carecen de plena capacidad de obrar, aunque las limitaciones que se le han impuesto al mismo operen solo en la esfera patrimonial, pues, necesita de la asistencia del curador, cuya actuación, de darse tal posibilidad, en todo caso, se solaparía con otra tutela o curatela, y a mayor abundamiento, nos encontraríamos con una persona que, no puede comparecer en juicio (art. 7.1 de la LECiv) (102). Corresponde al Juez, en todo caso, comprobar que el que va a ser nombrado tutor tiene la capacidad de obrar necesaria para poder actuar y ocupar tal cargo.

Ahora bien, pueden ser también tutoras las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y que entre sus fines figure la protección de meno-

(99) DÍAZ ALABART, S., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 343. En contra, LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 238 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 732, pues parte que no hay una tutela conjunta en este caso, sino un ejercicio conjunto de la tutela.

(100) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 30 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/44228); la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3.ª, de 18 de marzo de 2005 (*AC* 2005/1201); y el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, Sección 1.ª, de 28 de abril de 2005 (*JUR* 2005/113555).

(101) CANO TELLO, C., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 28.

(102) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 241 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 385; de la misma autora, *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, págs. 120-121; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 309; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 241 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 605; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 241 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 737; GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de julio de 1999», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 42, enero-marzo de 2000, pág. 137.

res e incapacitados (art. 242 del CC) (103). Ha de tratarse de personas jurídicas de cualquier tipo legalmente reconocido y que estén, además, válidamente constituidas. Sobre tales bases podrán ser tutoras las fundaciones (104), asociaciones (105), las personas jurídico-eclesiásticas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.4 del Acuerdo firmado entre España y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979 (106); las cooperativas sin ánimo de lucro previstas en la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (107), y las personas jurídico-

(103) La exigencia de este requisito de la finalidad asistencial, para una parte importante de la doctrina, ha de interpretarse con cierta laxitud puesto que, de lo contrario, serían pocas las personas jurídicas aptas para ser tutores. Vid., SANCHEZ REBULLIDA, F. A., «Apéndice al Derecho de Familia», *op. cit.*, pág. 22; BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «La capacidad de las personas jurídicas», en *Estudios en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, T. I, Civitas, Madrid, 2003, pág. 265; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario al artículo 271.1 del Código Civil», en *Comentario a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 362; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 242 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 739; mientras que, para otros han de constar tales finalidades de forma expresa e indubitada en los estatutos de la asociación, fundación, etc., sin que basten la referencia a fines genéricos de carácter educativo o asistencial. Vid., MÚÑIZ ESPADA, E., *Las personas jurídico-privadas tutoras (en consideración al aspecto personal de la tutela)*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 79. Asimismo, vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 4.ª, de 3 de diciembre de 2002 (*JUR* 2003/82003); la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 3 de julio de 2003 (*JUR* 2004/7067), a favor de una residencia de ancianos; la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 11 de octubre de 2005 (*JUR* 2005/278541), nombramiento como tutor del director del centro de acogida de marginados; la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.ª, de 31 de enero de 2006 (*JUR* 2007/129949), nombramiento por una entidad especializada; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1.ª, de 8 de junio de 2007 (*JUR* 2007/327649).

(104) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 3.ª, de 10 de octubre de 2002 (*JUR* 2003/28881); la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 1.ª, de 8 de julio de 2005 (*JUR* 2005/221080), nombramiento a favor de la Fundación Galega para la Tutela de Adultos; la sentencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 19 de enero de 2006 (*JUR* 2006/227941); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 7 de febrero de 2007 (*JUR* 2007/154556), nombramiento a favor de la Fundación Tutelar de Mayores; la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 27 de diciembre de 2007 (*JUR* 2008/80600); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección 1.ª, de 14 de octubre de 2010 (*JUR* 2010/416851), a favor de la Fundación Manantial; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 17 de junio de 2008 (*JUR* 2008/265725).

(105) La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1993 (*RJ* 1993/6277), nombramiento de Asociación de Enfermos Mentales dedicada a su atención; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 22 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/160330), nombramiento de una asociación asistencial.

(106) El Auto de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3.ª, de 8 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003/30696), nombramiento como tutora de la directora o superiora de la Comunidad Religiosa de la Residencia.

(107) En la Disposición Adicional 1.ª de la Ley se califican como cooperativas sin ánimo de lucro las que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que, conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier clase de exclusión social y en sus estatutos contengan entre otras menciones, la finalidad no lucrativa. Por otra parte, en el artículo 106 se hace referencia a las cooperativas de iniciativa social, que son aquellas que, sin ánimo de lucro y con independencia de su clase, tienen por objeto social, bien la prestación de servicios asistenciales mediante la realización de actividades sanitarias, educativas, culturales, u otras de naturaleza social, o bien el desarrollo de cualquier activi-

públicas, cumpliendo con la función asistencial de Estado contenidas en los artículos 39, 41, 43, 49 y 50 de la Constitución Española. No lo serán, en cambio, las sociedades civiles (art. 1665 del CC), y mercantiles (art. 116 del CCo) (108), tampoco las corporaciones sectoriales o corporaciones públicas como Cámaras de Comercio, o aquéllas que se constituyen en atención de las especiales circunstancias subjetivas de quienes las integran, como por ejemplo, los colegios profesionales.

En todo caso, la designación de una persona jurídica como tutora tendrá lugar cuando no existan ninguna de las personas físicas a las que se refiere el artículo 234, o existiendo no sean idóneas, o cuando los padres hayan optado por designar en testamento o documento público notarial a una persona jurídica como tutora de sus hijos, o, en fin, el Juez opte por alterar el orden contenido en el citado precepto mediante resolución motivada por considerarlo beneficioso para el menor o incapacitado.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3.^a, de 3 de julio de 1998, utilizando precisamente la vía del último párrafo del artículo 234, se prescinde del hermano como tutor, y se nombra como tal a la Diputación Provincial de la Generalitat Valenciana (109). En el mismo sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 21 de septiembre de 1998 (110), sobre la base de dichas facultades *cuasi* discrecionales del Juez, en cuanto que lo que debe prevalecer, es el beneficio del tutelado con designación de quien, por sus relaciones con el mismo, considere más idónea, puede prescindirse de los parientes del incapaz, si se estima que la designación de los mismos no es la adecuada, y, en consecuencia, acorde con el superior interés del incapaz, proceder al nombramiento de la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos, «de conformidad con lo que autoriza el artículo 242 del Código Civil y ofrecer unas condiciones respecto del ejercicio que propugna el apelante»; en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 10 de julio de 2003, que «excluye a los dos hijos de la demandada de acuerdo con el artículo 244.4 del Código Civil por concurrir importantes conflictos de intereses, puestos de manifiesto por el actual o pasados procesos judiciales de diversa índole y también se ha de prescindir de su hermana por no ser parte debido a su avanzada edad para cuidar de la persona del incapaz, y administrar su importante patrimonio, nombrando a la vista de ello como tutor a la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapaces» (111).

dad económica que tenga por finalidad la integración laboral de personas que sufren cualquier clase de exclusión social y, en general, la satisfacción de necesidades sociales no atendidas por el mercado.

(108) MUÑIZ ESPADA, E., «Las personas jurídico-privadas tutoras (en consideración al aspecto personal de la tutela)», *op. cit.*, pág. 87, estima que pueden existir sociedades mercantiles que no revistan finalidad lucrativa, pues, en la práctica hay sociedades mercantiles con un ánimo de lucro debilitado o nulo, lo que obliga no a prescindir del ánimo de lucro, sino a dar una interpretación correctora y realista del requisito del ánimo de lucro, que permita comprender el ánimo de lucro mercantil dentro de estos nuevos fenómenos asociativos que, surgen a raíz de la complejidad económica en la que se ve inmersa nuestra sociedad.

(109) AC 1998/6717.

(110) AC 1998/8814.

(111) *JUR* 2004/18175. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, Sección 4.^a, de 13 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/29853); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, de 17 de septiembre de 2004 (*JUR* 2005/

Ahora bien, de la excepcionalidad que se predica del citado artículo 234.2, a veces, en la práctica, se «abusa», obviando la necesaria subsidiariedad en la designación de la entidad pública a la que se refiere el artículo 239.2 del Código Civil —en el supuesto de mayores de edad en situación de desamparo— para el cargo tutelar, quizá por la mayor confianza y responsabilidad en la asunción y cumplimiento del mismo que, de aquéllas se presume por parte de la autoridad judicial, olvidando la naturaleza cuasifamiliar de la tutela y la necesidad de una atención no solo material, sino también moral y afectiva del incapacitado (112).

9243); la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, Sección 1.ª, de 27 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/207375); la sentencia de la misma Audiencia y Sección, de 31 de marzo de 2006 (*AC* 2006/1476); la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 17 de abril de 2006 (*JUR* 2006/163555); la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2.ª, de 31 de mayo de 2006 (*JUR* 2006/270782); la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 3.ª, de 27 de noviembre de 2006 (*JUR* 2006/38387); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 5 de febrero de 2007 (*JUR* 2008/370992); la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 9 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/305366); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 28 de marzo de 2007 (*JUR* 2007/213366); la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, Sección 1.ª, de 2 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/261863); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 7 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/269876); el Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.ª, de 17 de octubre de 2007 (*JUR* 2008/78984); la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2.ª, de 12 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/94108); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 12 de marzo de 2008 (*JUR* 2008/172969); la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, Sección 1.ª, de 26 de marzo de 2008 (*JUR* 2008/181795); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección 4.ª, de 4 de abril de 2008 (*JUR* 2008/171684); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 19 de septiembre de 2008 (*AC* 2008/2034); la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, Sección 4.ª, de 28 de abril de 2009 (*JUR* 2009/283644); la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 3.ª, de 23 de julio de 2009 (*AC* 2009/1519); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 16 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/156346); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 17 de febrero de 2010 (*JUR* 2010/146458).

(112) Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 2.ª, de 25 de junio de 1999 (*AC* 1999/1825), señala que «si bien es cierto que a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos no le faltan recursos humanos y materiales para el adecuado desempeño de la función tutelar, no solo ello debe motivar la aplicación de la regla excepcional señalada en el párrafo final del artículo 234 del Código Civil, sino que también es preciso justificar la situación de desamparo en que se halla el tutelado (...). De lo actuado no ha quedado acreditado por parte de los parientes del incapaz que estén en insalvables dificultades personales o materiales para el ejercicio del cargo por alguno de ellos, y no es asumible para justificar tal negativa la genérica referencia al carácter y rebeldía del incapaz, lo que en la posición física, psíquica y jurídica del mismo, resulta totalmente lógico y previsible como así lo entendió en su momento la madre del mismo y no por ello, eso le impidió ejercer adecuadamente la función tutelar. Por cuanto antecede, la conclusión es que no hay razones ahora para optar por la excepción prevista en el artículo 234 del Código Civil. Por ello deberá el juzgado determinar quién de los hermanos es el más idóneo para esta función»; en el mismo sentido, el Auto de la misma Audiencia, Sección 24.ª, de 14 de junio de 2001 (*JUR* 2001/262781); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 28 de junio de 2004 (*JUR* 2004/197457); la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección 2.ª, de 4 de noviembre de 2004 (*JUR* 2005/31044); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 15 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/49194), señala que, asignar la fun-

Pues bien, en este contexto, no se concreta en el texto del artículo 239.2 del Código Civil a qué entidad se puede encomendar la tutela del incapaz. Las Comunidades Autónomas siguen dos modelos: 1) Encargarse ellas mismas, a través de un organismo autónomo de la tutela de los desamparados (ya se llame Instituto, Comisión, Agencia); 2) O ante la falta de un concreto organismo, se opte por la creación de singulares personas jurídico-públicas de alcance territorial menor (así el Instituto Almeriense de la Tutela, Fundación Navarra para la Tutela de Personas Adultas, e Instituto tutelar de Bizkaia, entre otros), o se dote de ayudas de todo tipo, preferentemente económicas a fundaciones privadas para que éstas sean las que ejerzan las funciones tutelares —Fundación Andaluza para la Integración Social del Enfermo Mental (FAISEM)—.

En todo caso, las entidades públicas competentes en materia asistencial, a las que se refiere el citado artículo 239.2 del Código Civil, no pueden oponer como excusa, la falta de personal cualificado o de recursos económicos, pues, la excusa del artículo 251.2 del Código Civil debe estimarse prevenida para las personas jurídicas de Derecho Privado, es decir, a las personas jurídicas a las que se refiere el artículo 242 (113); y, además, porque reviste auténtica e ineludible imperatividad para la entidad pública la asunción del cargo de tutor, dado el carácter público tanto de la tutela que se decreta, como del propio carácter y naturaleza de la entidad, que le impide rechazar la designación tutelar (114). Tampoco podrán oponer como excusa la dedicación a un tipo concreto de incapaces. Si bien, muchas de las causas de inhabilidad no se aplican al tutor persona jurídica pública o privada, pero sí al funcionario o empleado en quien se delegue las funciones de tutor, esto es, actúe en nombre y representación de la persona jurídica.

V. CAUSAS DE INHABILIDAD PARA SER TUTOR

Como hemos señalado en líneas precedentes, el artículo 241 del Código Civil, además del requisito de encontrarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles, exige para que una persona se la considere idónea para ser nombrada tutor, que no esté incurso en ninguna de las causas de inhabilidad previstas en los artículos 243 a 245 del citado cuerpo legal.

Se trata de una lista cerrada o taxativa de causas que el legislador ha fijado en tales preceptos sin un criterio sistemático predeterminado y claro, pues se limita a una enumeración indistinta de aquéllas (115). Se puede decir que unas son causas de inhabilidad de carácter absoluto, que impide a quien incurre en

ción tutelar a la madre es necesario y aconsejable, ante los sólidos lazos que se determinan en el seno de una familia, que difícilmente puede ser suplantado por un organismo tutelar como la Fundación Privada Catalana Tutelas Aspanias; la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, Sección 2.ª, de 15 de febrero de 2006 (*JUR* 2006/134129); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 17 de junio de 2008 (*JUR* 2008/265726), a favor del padre en detrimento de una fundación.

(113) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 3.ª, de 3 de julio de 1998 (*AC* 1998/6717); y el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1.ª, de 25 de septiembre de 1999 (*AC* 1999/6229).

(114) PALOMINO DIEZ, I., «La discutida naturaleza de la tutela de las entidades públicas del artículo 172.1 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, 2005-I, pág. 1314.

(115) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 610.

ellas, ser tutor en cualquier tutela; y otras relativas, que, simplemente, impiden el desempeño de la función tutelar en una concreta tutela, pero no la excluye para cualquier otra. Igualmente, existen causas que se fundan en razones de desconfianza, o de inmoralidad o, en fin, de imposibilidad material o de respeto a la voluntad paterna.

En este contexto, LETE DEL RÍO define la inhabilidad como «la falta de idoneidad o incapacidad impuesta por la Ley, y que impide a la persona a quien afecta el acceder al cargo de tutor o continuar en su ejercicio» (116).

La idoneidad se determina en sentido negativo o excluyente en cuanto que implica que quien va a ser nombrado tutor no se encuentra en algunas de las situaciones que la ley establece como excluyentes del ejercicio de la tutela; de modo que se considera idóneo al que no incurre en causa que le inhabilite para el desempeño de las funciones de tutor, esto es, que reúna las máximas garantías de imparcialidad, moralidad y confianza en beneficio del tutelado (117).

De forma que en el artículo 243 del Código Civil la desconfianza o razones de moralidad fundamentan que se impida a los que privados o suspendidos de la patria potestad o de su ejercicio, o de los derechos de guarda y educación por resolución judicial; a los removidos de una tutela anterior; o a los condenados por delito que haga suponer fundadamente que no desempeñe bien la tutela, que puedan ejercer el cargo de tutor. Se trata, además, de causas de inhabilidad absoluta que afectan a toda tutela. Por razones de imposibilidad, se impedirá el ejercicio de la tutela a quien estén cumpliendo pena privativa de libertad; y, en fin, se consideran causas de inhabilidad relativa, basada en la imposibilidad material o física del desempeño de la función, a los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras están cumpliendo la condena (118).

Analizando cada una de las causas en particular:

1. Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación por resolución judicial. Resulta lógico que quien ha incumplido gravemente los deberes paterno-filiales en relación con sus hijos, y ha demostrado, por tanto, una absoluta falta de idoneidad para ejercer la patria potestad, se le impida ocuparse de otros menores, pues, si no cuida bien de sus propios hijos, no parece que se pueda esperar que lo haga mejor respecto de los ajenos (119). El artículo 170 del Código

(116) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 324. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 13 de enero de 2009 (*JUR* 2009/252875), conceptúa las causas de inhabilidad como «la falta de capacidad o idoneidad imputada por la ley».

(117) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 607; CASTÁN TOBEÑAS J. M.ª, *Derecho Civil español, Común y Foral*, T. V, vol. 2.º, 9.ª ed., Reus, Madrid, 1985, pág. 432, indica, asimismo, al respecto que «el cargo de tutor, por lo delicado de sus funciones, requiere, en quien ha de ejercerlo, condiciones de capacidad jurídica plena y moralidad intachable».

(118) O'CALLAGHAN, X., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 323; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 609.

(119) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 741; ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 136; CANO TELLO, C., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 30.

Civil establece tres tipos de causas de privación total o parcial de la patria potestad: 1. La sentencia dictada en un proceso seguido al efecto, fundado en el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad; 2. La sentencia dictada en causa criminal de acuerdo con el Código Penal, que puede imponerse como pena accesoria; 3. La resolución recaída en un pleito matrimonial. Esta privación total o parcial de la patria potestad, como su suspensión, son medidas punitivas basadas en la culpabilidad del autor; de manera que, operando sobre tal estrecho margen, no se considera incluida en esta causa de inhabilidad: la suspensión de la patria potestad por ausencia, incapacidad o imposibilidad temporal de los titulares de la patria potestad; ni la privación a los padres de la administración de los bienes del hijo (art. 167 del CC); ni la atribución del ejercicio de la patria potestad a uno de los titulares, en los casos de desacuerdos reiterados o por cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad (art. 156 del CC), ni tampoco, como estima GUILARTE MARTÍN-CALERO, cuando la privación de la patria potestad sea consecuencia de medidas adoptadas provisionalmente o en las sentencias de nulidad, separación o divorcio (120); sí lo será, en cambio, cuando ante la situación de desamparo del menor, asuma la tutela la entidad pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de los menores (art. 172.1 del CC), pues lleva consigo la suspensión o privación de la patria potestad (121).

2. Los que hubieran sido removidos de una tutela anterior. El fundamento de esta causa se basa en que el nombrado tutor pueda volver a incurrir en la misma causa que originó la remoción anterior (122). Discute la doctrina si el alcance de este número opera con independencia de la causa que motivase la remoción o, como señala una parte de aquella, hay que diferenciar si la remoción se ha producido en virtud de las causas 1.^a y 3.^a del artículo 243, o 1.^a, 3.^a y 5.^a del artículo 244 del Código Civil, el removido, si la causa subsiste, no puede ser nombrado para una nueva tutela; si, por el contrario, la remoción ha tenido lugar por aplicación de lo dispuesto en los apartados 2.^o y 4.^o del artículo 244 del Código Civil, al ser causa específica de remoción, solo opera para la tutela de la que ha sido removido (123).

(120) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., «La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable», *op. cit.*, pág. 313.

(121) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, págs. 741-742; ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, págs. 137-139.

(122) ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 139.

(123) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 742; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 372. ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 141, considera que «desde su punto de vista y, una vez eliminada tanto la remoción basada en causas de inhabilitación del ámbito del precepto, como la remoción motivada por la existencia de conflictos de convivencia, que no tengan como origen la persona del tutor», estima, que «el artículo 243, en su apartado segundo, se refiere únicamente a la remoción por culpabilidad o ineptitud».

3. Los condenados por cualquier pena privativa de libertad mientras se está cumpliendo condena. La falta de libertad impide materialmente cumplir con los deberes inherentes al cargo de tutor. Se trata de una causa de inhabilidad relativa, basada en la imposibilidad física o material para el adecuado desempeño de la función tutelar; donde resulta irrelevante la duración de la pena privativa, y en la que se requiere la existencia de una sentencia penal firme. En tal contexto, un sector de la doctrina precisa que no se considera inhábil —por no existir tal imposibilidad física o material en el ejercicio de la función tutelar—, quienes estén en libertad condicional, salvo que hayan sido condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela (art. 243.4), ni quienes estén detenidos o en situación de prisión preventiva o cautelar sin condena (124). No hay duda que esta causa de inhabilidad desaparece cuando la pena se ha cumplido o ha habido remisión de la pena, o se le ha indultado, o, en fin, hay suspensión de la condena (125).
4. Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela. Se concede una amplia discrecionalidad al Juez, aunque, como indica LETE DEL RÍO, está obligado a motivar la resolución judicial basada en tal causa de inhabilidad, salvo que se trate de un delito que lleve aparejada la inhabilitación especial para el ejercicio de la tutela, curatela o guarda, como serían, por ejemplo, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, a los que se refiere el Título VIII del Libro II del Código Penal (126). En todo caso, serán relevantes los delitos contra la propiedad, los delitos de corrupción de menores o escándalo público, etc. (127). Se trata de una causa que seguirá produciendo efectos, aunque se haya extinguido la condena, con el límite de la rehabilitación (128).

Por su parte, el artículo 244 enumera otra serie de causas por las que tampoco pueden ser tutores determinadas personas. Son causas de carácter absoluto las señaladas en los números 1, 3 y 5; y relativas, las contenidas en los números 2 y 4:

1. Las personas en quien concurra imposibilidad absoluta de hecho. Se trata de una causa innecesaria, además, de estar redactada de forma un tanto desafortunada (129). Se refiere tanto a una imposibilidad fí-

(124) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 608; ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 141; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 742.

(125) LETE DEL RÍO, J. M., «Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor», en *Actualidad Civil*, 2000-3, pág. 1633.

(126) LETE DEL RÍO, J. M., «Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor», *op. cit.*, pág. 1634.

(127) ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, págs. 142-143.

(128) CANO TELLO, C., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 32; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario al artículo 243 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 374.

(129) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 609.

sica como psíquica (por ejemplo, avanzada edad, enfermedad, domicilio alejado, etc.) (130), que tiene que ser, asimismo, absoluta y duradera, pues, en otro caso, sería posible nombrar un defensor judicial (art. 299.2 del CC). Se excluye del cargo, por tanto, a quien desde el principio se sabe que no va a desempeñar adecuadamente el cargo, sin necesidad de esperar al nombramiento para excusarse en el plazo de quince días (131).

2. Los que tuvieran enemistad manifiesta con el menor o incapacitado. Al exigir que sea manifiesta, condiciona su efectividad a que sea pública y notoria (132). Se trata de una causa de inhabilidad relativa a una concreta enemistad que, la doctrina amplia no solo la que tengan con el menor, sino también con los padres (133).
3. Las personas de mala conducta o que no tuvieran manera de vivir conocida. La mala conducta, señala ORDÁS ALONSO, debe referirse a un *minimum* ético socialmente admitido; mientras que la manera de vivir conocida, debe entenderse referida a lo que son los ingresos económicos necesarios para el sustento (134). En todo caso, ambas deben ser valoradas por el Juez, que ha de operar sobre criterios objetivos. Así, para LETE DEL RÍO no podrá apreciarse mala conducta en los supuestos siguientes: 1. Persona que tras divorciarse contrae segundo matrimonio; 2. Dos personas solteras, divorciadas o cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo, que estuvieran viviendo unidas de forma permanente por relaciones de afectividad análoga a la conyugal; 3. Persona soltera,

(130) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.^a, de 2 de julio de 2002 (*JUR* 2002/260581), no reside en la península el designado tutor; el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 5.^a, de 30 de julio de 2002 (*JUR* 2002/265870), avanzada edad y precaria situación económica de la abuela paterna para hacerse cargo de su nieta de cuatro años de edad; la sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, Sección única, de 29 de enero de 2003 (*JUR* 2003/84037), retraso mental y moderado alcoholismo; el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 7 de mayo de 2003 (*JUR* 2003/171603), incapacidad física y psíquica para el desempeño del cargo; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.^a, de 17 de noviembre de 2009 (*JUR* 2010/70871), por la existencia de cargas familiares que hacen todo punto imposible atender a la persona del incapaz; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.^a, de 13 de octubre de 2010 (*JUR* 2010/391315), se desestima la inhabilidad para ser tutor, al no darse valor a los pretendidos efectos de privar del cargo de tutora, el que hubiera tenido un episodio puntual de dolencia mental en el pasado, por tratarse de una patología de escaso alcance y de carácter transitorio.

(131) HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 377.

(132) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 743. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 27 de octubre de 2005 (*JUR* 2006/49850).

(133) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 743; MAJADA, A., *La incapacitación, la tutela, y sus formularios*, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 74; ORDÁS ALONSO, M., «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 146, estima que, en todo caso, corresponderá al Juez, teniendo en cuenta el beneficio del menor o incapacitado, valorar la situación, y, si dicho beneficio así lo exige, hacer uso de la facultad que, le otorga el artículo 234 *in fine* del Código Civil, en cuanto modificar el orden legal de llamamientos.

(134) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 392.

separada o divorciada o que su matrimonio fue declarado nulo, que convive de forma permanente con otra casada (135).

4. Los que tuvieran importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil, o sobre la titularidad de los bienes, o los que les adeudaren sumas de consideración. Ha de ser un conflicto importante y prolongado en el tiempo —pues si no lo procedente sería nombrar un defensor judicial—, además de actual y no meramente potencial (136). Se citan en el citado precepto tres concretas situaciones conflictivas: 1. Cuando el tutor mantenga con el menor o incapaz pleito o actuaciones sobre el estado civil (por ejemplo, en que el llamado a la tutela impugna como heredero del padre, la filiación del menor o incapacitado que debe ser sometido a tutela) (137); 2. Cuando mantenga pleito o actuaciones con el menor o incapacitado sobre la titularidad de bienes concretos, no siendo necesario que recaiga sobre la totalidad de los bienes; 3. Cuando el tutor adeude al menor o incapacitado sumas de consideración con la finalidad de evitar que el tutor, valiéndose de su posición, aplase indefinidamente el pago de la cantidad adeudada, para así lograr su prescripción, por ejemplo. La importancia de la cuantía de las deudas pendientes deberá ser apreciada por el Juez en atención a la situación patrimonial de la persona sometida a tutela (138). Tanto esta causa, como la contenida en el artículo 243.4, no se aplica a los tutores que incurren en ellas, cuando así lo han dispuesto los padres en testamento, y hay que añadir, aunque el artículo 246 no lo establezca, en documento público notarial. Asimismo, se puede ampliar al documento de autotutela, cuando así lo manifieste el presunto incapaz. Se trata de auténticas dispensas, que entran dentro del juego de la autonomía de la voluntad, que la ley concede a los padres en la determinación de la tutela de sus hijos, y que les permite excluir de tales causas de inhabilidad a quienes incurren en ellas, resultando necesario que,

(135) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 744.

(136) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 392; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 744. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 29 de octubre de 2001 (La Ley 193588/2001); el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.ª, de 23 diciembre de 2003 (*JUR* 2004/64988); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 18 de junio de 2004 (*JUR* 2004/197790); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 17 de septiembre de 2004 (*JUR* 2005/9243); la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 2.ª, de 30 de diciembre de 2005 (La Ley 265866/2005); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 21 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/154481); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 24.ª, de 30 de abril de 2008 (*AC* 2008/1429); la sentencia de la misma Audiencia, Sección 22.ª, de 5 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/214820); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 8 de enero de 2010 (La Ley 5071/2010). En la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 9 de marzo de 1993 (*AC* 1993/316), no se nombra tutor al abuelo materno por la existencia de relaciones conflictivas con su hija madre de los menores desamparados.

(137) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 744.

(138) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, págs. 392-393.

sean conocidas por los padres en el momento de efectuar la designación. De forma que la falta de prueba de tal conocimiento implica la aplicación de tales causas de inhabilidad. El mismo juego de la autonomía y conocimiento de la causa se puede aplicar a los documentos de autotutela. No obstante, el Juez, pese a tal dispensa y manifestación de voluntad puede, en resolución motivada, disponer otra cosa, si así lo exige el beneficio del tutelado (139).

Por otra parte, a diferencia de lo que sucede con otras causas de inhabilidad para el desempeño de la tutela, la que se contempla en este apartado 4 del artículo 244 es perfectamente aplicable a las personas jurídicas tutoras, pues pueden contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles y criminales, conforme a las leyes y las reglas de su constitución, tal como dispone el artículo 38 del Código Civil, de manera que pueden surgir conflictos con el tutelado en su actuación en el tráfico jurídico.

5. Los concursados, salvo que la tutela lo sea solo de la persona. Tras la reforma operada por Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y unificado en un único procedimiento las situaciones de insolvencia familiar y empresarial, hay que distinguir entre concurso voluntario, donde el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales mediante autorización o conformidad; y concurso necesario, en el que se suspende al deudor del ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales (art. 40.1 y 2).

Finalmente, tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o la madre en testamento o en documento notarial (art. 245 del CC); o por el presunto incapaz en el documento de autotutela (art. 223.2 del CC). Tal exclusión ha de ser expresa y realizarse respecto de determinadas personas concretas y determinadas —que pueden ser personas físicas o jurídicas—, no siendo posible las exclusiones genéricas, salvo que se refieran a categorías determinadas (por ejemplo, ascendientes, descendientes) (140). Esta exclusión que algunos califican de derecho a veto (141), otros de derecho de denuncia (142), no será necesario que sea motivada, aunque resulta aconsejable que los padres pongan de manifiesto los motivos o las razones que les lleva a tomar tal decisión para

(139) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 246 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 612, precisa que para la potencial eficacia de la operatividad de la exclusión, se precisa: «a) Declaración expresa de los padres o del que ejerza la patria potestad; b) Que esa voluntad esté manifestada en testamento o en escritura pública notarial; c) Que expresamente se mencione la causa cuya aplicación se excluye, que necesariamente debe ser una de las dos expresadas».

(140) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 394; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 747; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 386.

(141) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 394.

(142) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 746.

que el juez tenga conocimiento de ello (143). Asimismo, tiene unos límites, pues no faculta a los padres para excluir de la tutela al cónyuge del hijo, ni a uno de los padres para excluir al otro, aunque si pueden valerse de la misma para dar a conocer los motivos por los que considera que se deben excluir como tutores a tales personas. En todo caso, no vincula al Juez tal derecho de veto o denuncia, pues, en resolución motivada puede estimar otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado.

Ahora bien, si pese a la existencia de algunas de las causas de inhabilidad contenidas en los citados artículos 243 y 244, el Juez nombra tutor a la persona que tiene alguna de ellas, el nombramiento se considera, por la mayoría de la doctrina que será nulo de pleno derecho, sin perjuicio de la conservación de los actos beneficiosos para el tutelado; y aparte la responsabilidad del Juez y del nombrado, cuando se traten de causas objetivas de inhabilidad (1, 2, 3 y 4 del art. 243, y la 5 del art. 244); y respecto al resto —causas de apreciación subjetiva y casuística—, darán lugar a la impugnación del nombramiento que, a su vez, dará lugar a una suerte remoción precoz, si el Juez las estima, o a la impugnación contenciosa, en otro caso, de la desestimación judicial (144). No falta, sin embargo, quienes consideran que no hay lugar a tal distinción, pues, en todos los supuestos mencionados, no tiene idoneidad el tutor, haciendo nulo, en consecuencia, el nombramiento, sin posibilidad de situaciones intermedias (145).

Las causas de inhabilidad sobrevenidas dan lugar a la remoción del tutor, si bien, ésta también puede tener lugar por otras causas como que el tutor se conduzca mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio (art. 247 del CC) (146).

(143) ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 394; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 245 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 747.

(144) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», T. I, *op. cit.*, pág. 745; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 360; ORDÁS ALONSO, M., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 388; de la misma autora, «La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados», *op. cit.*, pág. 134; CANO TELLO, C., «La nueva regulación de la tutela e instituciones afines», *op. cit.*, pág. 37; LACRUZ BERDEJO, J. L., *et al.*, «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 430-431.

(145) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 244 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 610.

(146) Precisa ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, págs. 311-312, que «si la causa de inhabilidad *anterior* a comenzar el cargo, subsiste, en tal caso por lo menos debe operar como inhabilidad sobrevenida ya que se da en el momento de enjuiciar la aptitud, o mejor, la ineptitud actual para el desempeño del puesto, y por tanto, justifica la salida de él del *también* ahora inhábil para el mismo. Pero si se trata de inhabilidad que se tuvo al ocuparlo, pero después ha desaparecido, queda la duda de si debe ser causa, para que salga de él quien ahora es apto para su desempeño, aunque no lo fuere inicialmente». Para lo cual, el autor diferencia dos supuestos «en primer lugar, cesará el tutor en el cargo el ahora apto que no lo fue en principio y lo supo, pero silenció la causa de inhabilidad, porque ello, por lo menos muestra una conducta desaprensiva que parece debe ser equiparada al mal desempeño de la tutela o al incumplimiento de los deberes propios del cargo, lo que a tenor de lo establecido en el artículo 247, es causa de cese del mismo; y, en segundo lugar, si el tutor desconocía la causa de su inhabilidad y de buena fe hubiese entrado a ocupar la tutela el inepto, en principio, cabe que continúe». Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 11 de mayo de 2000 (La Ley 97744/2000); el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid,

Asimismo, procederá la remoción cuando teniendo a su cargo más de una tutela, sea removido de la constituida en primer lugar (art. 243.2 del CC). En todo caso, la referencia a las causas legales de inhabilidad ha de entenderse realizada no solo a las que se contienen en los artículos 243 y 244, sino también a los artículos 241 y 242, relativos a la capacidad para ser nombrado tutor.

En el procedimiento legal de remoción iniciado por el Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado o de otra persona interesada, habrán de ser oídos, el tutor, si citado compareciere, y el tutelado, si tuviera suficiente juicio (art. 248). Durante la tramitación del procedimiento puede el Juez suspender de sus funciones al tutor, y nombrar al tutelado un defensor judicial (art. 249). Una vez declarada judicialmente, la remoción habrá de procederse a nombrar un nuevo tutor en la forma establecida por el Código Civil (art. 250).

VI. BIBLOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, Edisofer, Madrid, 2007.
- ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario a los artículos 215 a 221 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Thomson-Reuters, Navarra, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a los artículos 239, 242 y 251.2 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L., «La capacidad de las personas jurídicas para ser tutoras», en *Estudios en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. I, Civitas, Madrid, 2003.
- 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.
- DÍAZ-ALABART, S., «Comentario a los artículos 236 y 238 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 11.^a ed., Tecnos, Madrid, 2005.
- GIL RODRÍGUEZ, J., «Comentarios a los artículos 234, 235 y 251 a 258 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.
- «Comentario a los artículos 215 a 217 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y Pablo Salvador Cordech, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGraw Hill, Madrid, 1997.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV, *Familia*, 4.^a ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2010.

Sección 24.^a, de 28 de septiembre de 2005 (La Ley 186733/2005); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 14 de octubre de 2010 (La Ley 191467/2010).

- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, T. VI, *Derecho de Familia*, 9.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2010.
- LEONSEGUI GUILLOT, R. A., «La tutela», en *Protección Jurídica del Menor*, coordinadoras: M.^a Paz Pous de la Flor y Lourdes Tejedor Muñoz, Colex, Madrid, 2009.
- LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios a los artículos 215 a 313 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, T. IV, 2.^a ed., Edersa, Madrid, 1985.
- «Comentario a los artículos 234 a 258 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y Pablo Salvador Cordech, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- «Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor», en *Actualidad Civil*, 2000-3.
- MAJADA, A., *La incapacitación, la tutela y sus formularios*, Bosch, Barcelona, 1985.
- MUÑIZ ESPADA, E., *Las personas jurídico-privadas tutoras (en consideración al aspecto personal de la tutela)*, Bosch, Barcelona, 1994.
- DE PRADA GUAITA, C., «Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial», en *Academia Sevillana del Notariado*, T. IX, Edersa, Madrid, 1995.
- ORDÁS ALONSO, M., *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008.
- «Comentario a los artículos 222 a 285 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Aranzadi, Thomson-Reuters, Navarra, 2009.
- O'CALLAGHAN, X., «Comentario a los artículos 215 a 285 del Código Civil», en *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5.^a ed., La Ley, Madrid, 2006.
- *Compendio de Derecho Civil*, T. IV, *Derecho de Familia*, 7.^a ed., Dijusa, 2009.
- PALOMINO DíEZ, I., *El tutor: obligaciones y responsabilidades*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, coordinador: Carlos Martínez de Aguirre de Aldaz, Colex, Madrid, 2008.
- ROGEL VIDE, C., «Comentarios a los artículos 222 a 233 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, dirigidos por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Ponce de León, y Pablo Salvador Cordech, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- SANCHO REBULLIDA, F. A., *Apéndice al Derecho de Familia*, de Lacruz Berdejo, J. L. y Sancho Rebullida, F. A., Bosch, Barcelona, 1983.
- SERRANO ALONSO, E., «Comentario a los artículos 222 a 285 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000.
- VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985.

VII. 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.
STS, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 2003.
STS, Sala de lo Civil, Sección única, de 20 de mayo de 2003.
STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 29 de abril de 2009.
RDGRN de 30 de mayo de 2006.
RDGRN de 19 de junio de 2006.
RDGRN de 9 de enero de 2007.
RDGRN de 12 de diciembre de 2007.
SAP de Navarra, de 7 de abril de 1995.
SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 27 de marzo de 1998.
AAP de Navarra, Sección 2.^a, de 23 de abril de 1999.
SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 24 de octubre de 2000.
AAP de las Islas Baleares, Sección 4.^a, de 13 de noviembre de 2000.
AAP de Madrid, Sección 24.^a, de 14 de junio de 2001.
SAP de Guadalajara, de 29 de octubre de 2001.
AAP de Madrid, Sección 24.^a, de 13 de febrero de 2002.
SAP de Álava, Sección 1.^a, de 17 de abril de 2002.
SAP de Burgos, Sección 3.^a, de 8 de noviembre de 2002.
AAP de Zamora, Sección única, de 26 de marzo de 2003.
AAP de Valencia, Sección 10.^a, de 26 de junio de 2003.
AAP de Las Palmas, Sección 3.^a, de 16 de julio de 2003.
SAP de Ávila, Sección 1.^a, de 21 de julio de 2003.
SAP de Ourense, Sección 2.^a, de 19 de noviembre de 2003.
SAP de las Islas Baleares, Sección 5.^a, de 7 de mayo de 2004.
SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 14 de septiembre de 2004.
SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 30 de diciembre de 2004.
SAP de Almería, Sección 2.^a, de 10 de febrero de 2005.
SAP de Tarragona, Sección 1.^a, de 14 de febrero de 2005.
AAP de Almería, Sección 2.^a, de 2 de marzo de 2005.
SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 12 de mayo de 2005.
SAP de La Rioja, Sección 1.^a, de 29 de diciembre de 2005.
SAP de Cádiz, Sección 3.^a, de 31 de enero de 2006.
SAP de Lugo, Sección 2.^a, de 14 de marzo de 2006.
SAP de Huelva, Sección 2.^a, de 28 de abril de 2006.
SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 23 de noviembre de 2006.
SAP de Madrid, Sección 24.^a, de 22 de enero de 2007.
AAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 23 de enero de 2007.
SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 2 de febrero de 2007.
SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 25 de mayo de 2007.
SAP de Badajoz, Sección 2.^a, de 16 de junio de 2008.
SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 17 de junio de 2008.
SAP Barcelona, Sección 18.^a, de 8 de octubre de 2008.
AAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 29 de octubre de 2008.
SAP de Guadalajara, Sección 1.^a, de 13 de enero de 2009.
SAP de Las Palmas, Sección 3.^a, de 23 de febrero de 2009.
SAP de Murcia, Sección 4.^a, de 11 de junio de 2009.
SAP de Lleida, Sección 2.^a, de 15 de junio de 2009.
SAP de Pontevedra, Sección 1.^a, de 8 de enero de 2010.

SAP de Vizcaya, Sección 4.^a, de 29 de enero de 2010.
SAP de A Coruña, Sección 6.^a, de 1 de febrero de 2010.
SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 17 de febrero de 2010.
SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 1.^a, de 14 de junio de 2010.
SAP de A Coruña, Sección 6.^a, de 27 de junio de 2010.
AAP de Valencia, Sección 10.^a, de 6 de septiembre de 2010.
SAP de Badajoz, Sección 2.^a, de 13 de octubre de 2010.
SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 14 de octubre de 2010.
SAP de A Coruña, Sección 4.^a, de 26 de octubre de 2010.

RESUMEN

TUTOR MENORES E INCAPACITADOS

Para la protección de la persona o bienes de los menores no emancipados y los incapacitados, se arbitran una serie de instituciones tutelares, entre las que hay que destacar la tutela. Tras la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se instaura el sistema de tutela de autoridad y la constitución de la tutela es esencialmente judicial, sin perjuicio de cierto margen que se concede al ejercicio de la autonomía de voluntad como la designación de tutor por los padres en testamento o documento público notarial, o en documento de autotutela otorgado por el futuro incapacitado, mientras tenga plena capacidad de obrar. En este contexto, el presente estudio se va a centrar en analizar la constitución de la tutela, esencialmente en lo relativo a su nombramiento, y a la capacidad e idoneidad exigible para ocupar el cargo de tutor, para lo cual no solo haremos referencia a las resoluciones judiciales existentes en relación con la materia, sino también a las aportaciones doctrinales que han pretendido dar soluciones a la problemática surgida en relación con la misma.

ABSTRACT

GUARDIAN MINORS AND INCAPACITATED PERSONS

The foremost of the series of institutions arranged for the protection of the person and assets of unemancipated minors and incapacitated persons is guardianship. The reform applied through Act 13/1983 of 24 October established a system of guardianship subject to official supervision. Guardianship is now essentially created by the courts, although a certain margin is allowed for the exercise of free will, as where parents appoint a guardian in a will or notarised public document or where a person who foresees becoming incapacitated in future appoints a guardian for him- or herself in a document executed while the person is still fully capable of acting legally. In this context, this study will focus on looking at the creation of guardianship, essentially as regards the guardian's appointment and the capacity and fitness that may be required of a candidate for guardianship. References will be made not only to judgments concerning the matter but also to scholarly contributions that endeavour to provide solutions for the problems arising in connection with guardianship.