

Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre (Segunda parte)

SUMARIO: CONSTITUCION DE LA TUTELA.—I. *Legitimación para instar el procedimiento:* A) Obligación de promover y facultad de comunicar. B) ¿Cuándo nace la obligación de instar el procedimiento constitutivo? C) Responsabilidad del artículo 229 del Código Civil.—II. *Medidas provisionales.*—III. *Constitución en sentido estricto:* A) Procedimiento tutelar. B) Toma de posesión. C) Prestación de garantía. D) Inventario: a) Momento de formación. b) ¿Quién está obligado a la formación de inventario? E) Inscripción de la tutela.—**FUNCIONAMIENTO DE LA TUTELA.**—I. *Introducción.*—II. *Ambito y naturaleza de la actuación del tutor:* A) Actuación del tutor sobre la esfera personal del pupilo: a) Deberes del artículo 269 del Código Civil. b) Deber de audiencia. c) Límites a la actuación del tutor. B) Actuación del tutor sobre la esfera patrimonial del pupilo: a) Significado y naturaleza. b) Límites a la actuación del tutor. C) Prohibiciones: a) Personas afectadas. b) Eficacia del negocio prohibido. D) Autorizaciones: a) Naturaleza jurídica. b) Eficacia del negocio realizado sin autorización, cuando ésta sea precisa.

CONSTITUCION DE LA TUTELA

La constitución de la tutela exige el cumplimiento de ciertos requisitos y trámites. Debemos distinguir: A) Legitimación para instar el procedimiento; B) Medidas provisionales; C) Constitución en sentido estricto; D) Obligaciones complementarias.

I. LEGITIMACION PARA INSTAR EL PROCEDIMIENTO

Como señala el Profesor SANCHO REBULLIDA (LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, IV bis, pág. 39), la promoción del procedimiento constitutivo puede surgir de estas fuentes: actuación de oficio; acción pública de denuncia e instancia de parte; formas, todas ellas recogidas en los artículos 228 y sigs. del Código Civil:

«Si el Ministerio Fiscal o el Juez competente tuvieran conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela, pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela.»

Artículo 229: «Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieren el hecho que dé lugar a ella, los parientes llamados a la tutela, la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado y las mencionadas en los artículos 239, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de daños y perjuicios causados.»

Y artículo 230: «Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela.»

De los artículos transcritos surgen aspectos dignos de consideración:

A) OBLIGACIÓN DE PROMOVER Y FACULTAD DE COMUNICAR

Vemos, pues, que existen dos fórmulas positivas en dichos preceptos, que suponen distintos efectos: así, de los artículos 228 y 229 se deriva una obligación directa a las personas y órganos en ellos mencionados de instar directamente el procedimiento constitutivo; mientras que del artículo 230 lo que surge es la facultad para todos de «poner en conocimiento» del Ministerio Fiscal o Autoridad judicial el hecho que motiva la tutela, de donde se deduce que la instancia del procedimiento no corresponde a cualquier persona, sino sólo la posibilidad de comunicar. Luego están legitimados para instar el procedimiento constitutivo, además del Ministerio Fiscal y la Autoridad judicial, los parientes llamados a la tutela, la persona bajo cuya guarda se halle el incapacitado y los directores de establecimientos públicos donde estuvieren acogidas las personas susceptibles de precisar guarda tutelar.

B) ¿CUÁNDO NACE LA OBLIGACIÓN DE INSTAR EL PROCEDIMIENTO CONSTITUTIVO DE LA TUTELA?

La pregunta tiene dos vertientes: momento desde el cual hay obligación de instar el procedimiento; hecho que motiva esa necesidad. Ambos aspectos, sobre la norma ahora derogada, fueron ya tratados por la jurisprudencia y doctrina con acierto, determinando criterios que son perfectamente asumibles dentro del nuevo orden positivo. Así, LETE DEL RÍO (*Comentarios al Código Civil*, tomo IV, pág. 351) señala, al interpretar la antigua redacción del artículo 293, recordaba el criterio juris-

prudencial, disponiendo que el cumplimiento «ha de ser tan próximo e inmediato como aconseja la prudencia del hombre más escrupuloso» (Sentencia 1 mayo 1894), pero «sujeta, según las circunstancias de cada caso, a aquellas diligencias previas que necesariamente hayan de practicarse...» (Sentencia 18 junio 1923).

El segundo de los aspectos a considerar sería el «hecho que dé lugar a ella (la tutela)», del artículo 229, o «exista(e) en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela», del artículo 228. Al igual que el autor antes citado, el Profesor Díez-PICAZO (RCDI, 1973, págs. 1391 y 1392), al profundizar en la legislación anterior, formula pautas que resultan adecuadas para la interpretación de la nueva ley. El citado profesor entiende que el hecho originante de la tutela es vario: orfandad absoluta del menor de edad, muerte, declaración de ausencia o fallecimiento del titular de la patria potestad, suspensión en el ejercicio de la misma o privación de la titularidad y resolución judicial de incapacitación.

No obstante, depende de la especie de hecho que origine la tutela, para que se ordene de una u otra manera la obligación de instar el procedimiento constitutivo de la misma (cfr. Díez-PICAZO). Por lo tanto, cuando estemos ante alguno de los supuestos de los números 1 y 3 del artículo 222 existirá, con todas sus consecuencias, obligación de instar el procedimiento para las personas a que se refiere el artículo 229; pero cuando el origen se halle en una sentencia de incapacitación será preferente la obligación del Ministerio Fiscal y Autoridad judicial (cfr. artículo 228), que trae como consecuencia el exonerar de responsabilidad a las personas y parientes mencionados en primer lugar. A esta solución deben equipararse todos aquellos supuestos en los que ha habido un previo conocimiento jurisdiccional de la situación presupuesto de tutela, por razón de sus funciones (ej.: expediente de declaración de herederos *ab intestato* de ambos cónyuges, cuya descendencia, en todo o en parte, es menor de edad).

C) RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 229 CC

El incumplimiento de la obligación de instar el procedimiento de constitución de la tutela, del artículo 229 del Código Civil, y para las personas en él mencionadas, trae consigo que sean «responsables solidarios de la indemnización de daños y perjuicios causados». No obstante, para delimitar debidamente tal responsabilidad es preciso hacer referencia a algunas cuestiones. ¿De qué tiempo disponen los obligados para el cumplimiento de su obligación? Nos sumamos a las tesis juris-

prudenciales (Sentencias 1 mayo 1894 y 18 junio 1923), que concluyen declarando la imposibilidad de fijar un término concreto; siendo necesario estar a las circunstancias que rodean el caso concreto, aunque actuando, en todo momento, con la debida diligencia.

Otro aspecto sería el de los daños que deban ser indemnizados. Como idea de partida nos sirve la de considerar, de modo general, que el incumplimiento de la obligación a que impone el artículo 229 del Código Civil convierte al causante del mismo en responsable de los perjuicios directos y los que son consecuencia (ej.: imposibilidad de celebrar un contrato por falta de representación adecuada); quedando reducida la responsabilidad señalada a los daños directos, en caso de actuación de buena fe. Como consecuencia, defendemos la aplicabilidad del sistema que nuestro Código Civil tiene establecido para el incumplimiento de las obligaciones de hacer (arts. 1.101 y ss.), sin olvidar que es la propia norma quien determina el carácter solidario de la obligación y, por lo tanto, de la responsabilidad.

II. MEDIDAS PROVISIONALES

El artículo 299 bis del Código Civil, redactado conforme a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, prescribe:

«Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela, y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un Administrador de los mismos que deberá rendirle cuentas de su gestión, una vez concluida.»

Dentro del transcrito precepto, que pretende cubrir el vacío que se crea desde que el órgano jurisdiccional tiene conocimiento del presupuesto de hecho de la tutela hasta que queda definitivamente constituida, destacamos la intervención de dos elementos: *a)* intervención del Ministerio Fiscal; *b)* Administrador del patrimonio. En primer lugar, se hace preciso concretar las funciones que en este orden detenta el Ministerio Fiscal e interpretar el texto positivo al decir «representación y defensa». Podríamos ver en ello, con carácter exclusivo, competencias de carácter procesal, que parecen amparadas por la utilización del término «defensa». Sin embargo, el también utilizado término «representación parece que nos obliga a traspasar los límites señalados, llevándonos a la representación legal fuera de juicio. El fundamento habría de hallarse en que no se puede obviar la posibilidad de que durante la tramitación del proceso constitutivo surjan situaciones personales o patri-

moniales que deban ser decididas antes de la conclusión del mismo, por mucha agilidad que haya querido dar el legislador al procedimiento y confirmen, en la práctica, los Jueces. Por otro lado, esta solución parece que viene amparada en el propio texto positivo, al denominar a la otra figura interviniente en el momento que estudiamos como un mero administrador del patrimonio, que delimita en sí mismo las funciones que le competen. Así, el Ministerio Fiscal quedará sometido en su actuación a los normales requisitos que ha de cumplir cualquier tutor en el ejercicio de su cargo (ej.: autorizaciones judiciales); pero caracterizando su actuación por dos circunstancias: la intermitencia y la urgencia. Esto es, no creemos que en el Ministerio Fiscal deba recaer todo el peso de la guarda y protección, sino que sus funciones van dirigidas a los aspectos externos de la misma (representación en cada caso concreto-intermitencia) y siempre que se trate de asuntos que no puedan demorarse hasta la conclusión del proceso por suponer un potencial peligro de perjuicio para el protegido (urgencia). Lo dicho es válido en cuanto al patrimonio; pero respecto de la persona donde parece que el artículo 229 bis atribuye al Ministerio Fiscal la posición de guardador, nos inclinamos por una estructura compleja: será el Ministerio Fiscal quien tenga un poder decisorio o de revisión, pero sin olvidar al guardador de hecho, quien se mantendrá en su situación y a quien se aplicará su régimen específico.

En cuanto al Administrador del patrimonio, queda clara su naturaleza por la precisión del término utilizado en la norma positiva para designarle. No plantea por ello mayores problemas interpretativos, si no es la posible pluralidad de tales Administradores, respecto de lo que no encontramos inconveniente al tenor del propio texto positivo.

III. CONSTITUCION EN SENTIDO Estricto

A) PROCEDIMIENTO TUTELAR

Señala el artículo 231 del Código Civil, en su nueva redacción:

«El Juez constituirá la tutela previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que considere oportuno y, en todo caso, del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre que fuera mayor de doce años.» Por otra parte, el artículo 223 del Código Civil faculta al Juez para «establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado».

Siguiendo al Profesor SANCHO REBULLIDA (ob cit., págs. 39 y ss.), tal procedimiento, que habrá de llevarse a cabo por los trámites de la LEC sobre jurisdicción voluntaria (disposición adicional, Ley 13/1983), concluirá por medio de un auto judicial en el que se resuelvan cada uno de los puntos precisos para poner en marcha el organismo tutelar.

El contenido propio de dicho auto será más o menos amplio, dependiendo de las circunstancias que correspondan a cada caso. El objetivo mínimo será el nombramiento de tutor; que podrá verse ampliado mediante el nombramiento de los órganos establecidos por los padres (cfr. artículo 223), del Administrador nombrado por extraño (cfr. art. 227), medidas de control y vigilancia del artículo 233 o la exigencia de constituir algún tipo de garantía por el tutor.

B) TOMA DE POSESIÓN

El tutor queda nombrado en el auto judicial que pone término al procedimiento anteriormente citado; pero es un posterior requisito, al que se refiere el artículo 259 del Código Civil, el que posibilite que el tutor nombrado pueda comenzar el desempeño del cargo: «la Autoridad judicial debe dar posesión del cargo al tutor nombrado».

Como en algún otro lugar hemos señalado, la reforma supone volver al Derecho anterior al Código Civil, siendo una nueva prueba de ello todo lo relativo al procedimiento constitutivo. En forma concisa, recordemos cuáles eran, bajo la legislación anterior, los pasos a dar tras la intervención judicial en la formación del Consejo de familia (ant. artículos 293 y ss.): nombramiento por este órgano del tutor y protutor y toma de posesión de los mismos (ant. art. 261), previo, en su caso, el afianzamiento correspondiente (ant. art. 261) e inscripción en la sección correspondiente del Registro civil (ant. art. 205). De lo expuesto se deduce claramente que la ley era un perfecto reflejo del sistema de tutela de familia en el que se basaba. Lógico que al variar el sistema (tutela de autoridad) lo haga también la localización del poder decisorio en el momento que estudiamos: Autoridad judicial.

Entonces, ¿cuáles son los pasos a dar desde que recae la resolución judicial en el procedimiento constitutivo, cuyo incumplimiento sería obstructivo a que el tutor comience el ejercicio de sus funciones? La prestación de fianza, cuando así lo decida el Juez que entendió en la constitución (art. 260 CC) y la toma de posesión. Incluimos la prestación de la fianza exigida (término que emplea la ley) como circunstancia obstructiva al desempeño del cargo, en caso de incumplimiento, aun a pesar de haber desaparecido la antigua y clara fórmula del derogado texto del

artículo 252, porque parece así inferirse de la nueva regulación; siendo la negativa del Juez a dar posesión la única garantía para el cumplimiento de la prestación de «fianza», en caso de que le fuera exigida al tutor, o de cualquier otra exigencia pedida por el Juez, al amparo del artículo 233 del Código Civil.

Por otra parte, a pesar de que la norma nada dice al respecto, será necesaria la toma de posesión de las personas integrantes de los órganos creados por los padres o del Administrador nombrado por extraño.

C) PRESTACIÓN DE GARANTÍA

Transcribimos los siguientes preceptos:

Artículo 260 CC: «El Juez podrá exigir al tutor la constitución de la fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de las mismas.»

Artículo 261 CC.: «También podrá el Juez en cualquier momento y con justa causa dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la garantía que se hubiese prestado.»

Dentro del tema de las posibles garantías a prestar por el tutor resalta el Profesor SANCHEZ REBULLIDA (ob. cit., pág. 41), el que nueva ley mantenga en el texto del artículo 260 la utilización inexacta del término «fianza»; defecto que ya supuso la crítica a la antigua redacción que sobre esta materia contenía el Código Civil, donde incluso se hacía referencia a fianza hipotecaria y fianza pignoratícia (en este sentido, LETE DEL RÍO, ob. cit., pág. 277); pero aún es más incomprensible en la nueva ley cuando el propio legislador corrige el error en el artículo siguiente, donde dice: «... la garantía que se hubiese prestado».

En cuanto a los caracteres que dibujan esta obligación de prestar garantía, recordemos que bajo el imperio de la norma ahora derogada la obligación de garantizar tenía el carácter de previa al desempeño del cargo de tutor (ant. art. 252 CC), sistema sólo atemperado por el texto del antiguo artículo 260, donde se señalaban los supuestos en que el tutor quedaba eximido de la obligación contemplada. El sistema vigente, basado en los principios que lo informan, concede al Juez no sólo la posibilidad de determinar su clase y cuantía, sino también el ordenar su establecimiento, al utilizar el artículo 260 la fórmula futura «podrá». Como decimos, lo mismo habrá de entenderse sobre la elección del tipo o su extensión, al haber desaparecido las antiguas concreciones de los artículos 253 y 254. Por lo que al momento en que debe prestarse, a diferencia del sistema anterior, abre éste la posibilidad de que la cons-

titución de la garantía oportuna pueda ser demandada por la Autoridad judicial en un momento posterior al de la constitución, como se desprende de la amplitud del nuevo texto dado al artículo 261 del Código Civil, puesto en relación con el ya conocido artículo 233 del Código Civil.

Si por lo expuesto concluimos que el momento en que el tutor habrá de constituir la garantía exigida puede ser anterior o posterior al comienzo de sus funciones, ¿cómo influye el incumplimiento en el desarrollo de la actividad del tutor? En caso de que la garantía haya sido pedida antes de la toma de posesión, nos reiteramos en la tesis ya expuesta acerca del carácter obstativo de esta circunstancia para la toma de posesión. Sin embargo, esta afirmación, válida en principio, no debe ser considerada aplicable en forma general, sino matizada por dos elementos: el beneficio del menor y la naturaleza de la garantía exigida. Las propias necesidades del tutelado hacen inconveniente la creación de obstáculos para que sus guardadores se hallen en disposición de cumplir con su finalidad; por otro lado, debe tenerse en cuenta la protección exigida en la ley para el pupilo; y, por último, la diferente naturaleza jurídica y requisitos a cumplir en las distintas especies de las posibles garantías a prestar (hipoteca, prenda, fianza personal, etc...). Por lo tanto, la exigencia judicial al tutor para que constituya una cierta garantía debe ser atemperada mediante la concesión de un plazo adecuado a la naturaleza de la misma.

En caso de que la garantía sea exigida con posterioridad al comienzo de las funciones del tutor (toma de posesión) o sea solicitada su modificación, la solución no aparece expresa como ocurría bajo la legislación ahora derogada (ant. núm. 2, art. 238 CC), que sancionaba con la remoción del cargo. Hoy no existe norma alguna que dictamine la sanción en forma expresa; pero, sin embargo, la idea puede verse ínsita en el contenido del artículo 247 en su actual redacción, cuando dice que «serán removidos de la tutela los que después de deferida... se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo...»

Visto lo expuesto, parece no existir diferencia alguna entre la sanción aplicable al caso de incumplimiento, cualquiera que sea el momento en que la obligación haya nacido (por algo el artículo 247 ya señala que la posibilidad de remoción existe desde que el cargo de tutor está «deferido»). Ciertamente; pero la diferencia no se halla en los que podríamos denominar efectos directos, sino en los indirectos. No nos referimos a las acciones que puedan corresponder al pupilo mediante las que reclamar del tutor los daños y perjuicios que le haya ocasionado la falta de cumplimiento (cfr. art. 285 CC); sino que si se trata de la remoción de

un tutor que no ha comenzado propiamente a desempeñar su cargo, no se hace preciso poner en marcha todo el mecanismo propio de la extinción de la tutela (sentido subjetivo), en cuanto al delicado aspecto de la rendición de cuentas y problemas liquidatorios.

D) INVENTARIO

La necesidad de formalizar un inventario en los comienzos del ejercicio de las funciones de tutor se ha entendido siempre como una necesidad exigida por la protección del pupilo. Ya en la legislación ahora derogada se recogía esta obligación (ant. art. 264), complementada por otras disposiciones contenidas en los artículos siguientes. Esta necesidad de formar inventario se mantiene en la actual redacción, y así el artículo 262 del Código Civil prescribe:

«El tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo.»

a) *Momento de la formación*

Declara el artículo transcrito que el tutor puede utilizar los sesenta días siguientes a su toma de posesión para formar inventario. De la declaración positiva se deduce una primera característica: el ser posterior al momento de la toma de posesión. Recalcamos esta circunstancia, ya que bajo el régimen ahora derogado la formación de dicho inventario se entendía como requisito previo al inicio de la gestión del tutor, considerando que a partir del cumplimiento de tal formalidad se tenían elementos de juicio suficientes para determinar la necesidad de prestar garantía y su cuantía (LETE DEL Rfo, ob. cit., pág. 298). Indudablemente, no faltaban razones al citado autor para sustentar la tesis reseñada, habida cuenta de los principios que regían la materia tutelar. Por idénticas razones, el pasar a un régimen de tutela de autoridad permite tratar la cuestión, quizá, con más flexibilidad, teniendo a la vista ciertas circunstancias: la constante intervención judicial es garantía de derechos e intereses del tutelado; las competencias de la Autoridad judicial en materia de garantías a prestar; sistema de sanciones, etc...

En conexión con el momento en que ha de hacerse el inventario se sitúa la posibilidad de la prórroga del plazo para realizar el inventario a que se refiere el artículo 263 del Código Civil, sujeta de decisión motivada del Juez competente cuando «concurriere causa para ello».

b) *¿Quién está obligado a la formación de inventario?*

Dice, expresamente, el artículo 262 del Código Civil que será el tutor el sujeto pasivo de tal obligación. Pero no es la figura del tutor la que podría plantear problemas o dudas, sino la del Administrador nombrado por extraño y la del defensor judicial. En cuanto al primero de ellos, nada dice el artículo 227 del Código Civil, pero al señalar que será el disponente quien determine las reglas por las que habrá de llevarse a cabo tal administración abre la puerta a la posible necesidad de inventario; así como las propias competencias concedidas a la Autoridad judicial para dictar las medidas que considere precisas o convenientes para el control o vigilancia del desarrollo de la tutela. Lo dicho, por otra parte, no resulta extraño, ya que el Código Civil impone la misma carga en otros supuestos donde existe poder de gestión o disposición sobre patrimonios ajenos. No pensamos de igual forma para el caso del defensor judicial, cuya razón de ser obliga a tener presentes ideas de temporalidad y transitoriedad; quizá por ello el artículo 302 del Código Civil sólo impone la obligación de rendir cuentas al concluir la gestión.

Quedan por comentar otros aspectos de la reforma que, en sí, precisan de poco más que la transcripción del nuevo texto. Huyendo de tan farragosa tarea señalamos las siguientes ideas: la formación del inventario será judicial, con intervención del Ministerio Fiscal y un trámite potestativo de audiencia (art. 264); el artículo 265, párrafo 1.º, es semejante al texto del antiguo párrafo 1.º del artículo 266, con modificaciones en el segundo, para hacer recaer sobre el patrimonio del menor o incapacitado los gastos ocasionados por la formación del inventario; la ley mantiene la renuncia presunta del tutor a los créditos de que sea titular contra el pupilo y no haya incluido en el inventario (art. 266), pero coincidimos con SANCHO REBULLIDA (ob. cit., pág. 42) al considerar que se trata de una presunción *iuris tantum*...

E) INSCRIPCIÓN DE LA TUTELA

Artículo 218: «Las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela habrán de inscribirse en el Registro Civil.

Dichas resoluciones no serán oponibles a terceros mientras no se hayan practicado las oportunas inscripciones.»

Artículo 219: «La inscripción de las resoluciones a que se refiere el artículo anterior se practicarán en virtud de la comunicación que la Autoridad judicial deberá remitir al Encargado del Registro Civil.»

Indudablemente, la reforma operada supone un cambio positivo, por cuanto clarifica el tema de inscripción, centra su naturaleza y abre el

camino para la necesaria reforma de la normativa sobre Registro Civil. Recordemos que el texto derogado dedicaba a esta materia el artículo 205, donde se otorgaba a la inscripción el carácter de requisito *sine qua non* para el ejercicio del cargo de tutor. Tal fórmula hizo que la doctrina se plantease si la inscripción tenía carácter constitutivo. No obstante, las opiniones se inclinaron hacia la idea del título de legitimación. DíEZ-PICAZO (ob. cit., págs. 1398 y ss.) dice: «El Código la miraba (inscripción), más que nada, como una condición de entrada del tutor en el desempeño de sus funciones. Las inscripciones se limitaban, como se ve, al cargo de tutor, sin alcanzar a los demás componentes del organismo familiar, y no tenían, en ningún caso, carácter constitutivo. Sin embargo, parece la inscripción como un título de legitimación, en el sentido de que el tutor inscrito representa legalmente al tutelado frente a los terceros que pueden confiarse en la inscripción, y que el tutor no inscrito no puede alegar esa cualidad frente a estos mismos terceros.» Exponentes de la tesis anterior son otros autores de nombrada valía: SANCHO REBULLIDA (ob. cit., pág. 19) y LETE DEL RÍO (ob. cit.). Por ello, al comenzar señalábamos cómo el legislador, al emprender la reforma, ha centrado el tema de la eficacia jurídica de la inscripción en materia tutelar.

FUNCIONAMIENTO DE LA TUTELA

I. INTRODUCCION

A modo de prólogo, antes de comenzar el estudio de lo que se ha venido en denominar funcionamiento o ejercicio de la tutela, es conveniente reiterar algunas reflexiones sobre principios inspiradores de la institución tutelar, amparados en doctrina pacífica y el aval de una jurisprudencia constante y uniforme. Para el estudio completo de cualquier institución jurídica es imprescindible no sólo la interpretación y desmenuzamiento de la norma positiva, sino también atender a aquellas pautas de principio o teóricas que sirven de origen a la posterior formulación de la norma.

Con el interés apuntado, hay que recordar que la doctrina moderna, no sólo contemporánea, ha entendido que las instituciones de guarda de menores e incapacitados tienden, exclusivamente, a la protección de aquellos a los que se dirige. Este principio, que en la actualidad no provoca sino adhesiones, supuso en su día un grave e importante giro res-

pecto de las líneas inspiradoras de la guarda de menores e incapaces. La idea de que toda institución de guarda lleva ínsito el deber de protección es decisoria a la hora en que el legislador reglamenta el contenido y ejercicio de tales formas de protección. Por lo tanto, cuando hablamos del conjunto de derechos y deberes que comporta la figura del tutor no hemos de pensar que estamos concediendo al titular de dicho cargo poder alguno que permita denominarle derecho subjetivo, con excepción de la misma titularidad del órgano tutelar (cfr. Díez-PICAZO). Por el contrario, el poder de que dispone el tutor se concreta en posibilidad de acutación y defensa, amparada en la norma, pero para el mantenimiento y exclusión en favor de la esfera jurídica del protegido y exclusivamente en beneficio de éste. Por ello LETE DEL RÍO (ob. cit. página 288) afirma que «si se pretende cierta exactitud, los poderes atribuidos a los órganos de la institución tutelar no podrán ser calificados de verdaderos derechos subjetivos, sino como 'potestades'; entonces parece más lógico hablar de atribuciones o facultades, sus funciones tanto tienen de facultades como de obligaciones». Otro tanto observa Díez-PICAZO (ob. cit., pág. 1372) cuando señala que «los poderes conferidos a los componentes de la institución tutelar no son derechos subjetivos, sino potestades». La Ley 13/1984 consagra de manera definitiva esta concepción mediante el artículo 216, cuando dice: «Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado...» El tutor será el instrumento que la ley utiliza para el cumplimiento de una función social, otorgándole, como medio para el cumplimiento de sus fines, potestad sobre el pupilo, que es conjunto de derechos, deberes y facultades.

Otro aspecto de indudable importancia para lograr una visión global de la institución dentro de los grandes apartados del Derecho civil es su ubicación dentro del Derecho de familia; esto es, ¿es la tutela una institución familiar o, al menos, cuasifamiliar, como afirmaba el Profesor CASTÁN? Para dar respuesta hay que partir del presupuesto de que el origen de la tutela se halla en el propio Derecho civil, lo que supone que sus raíces abstractas no sean lo suficientemente profundas como para otorgar a la institución autonomía teórica, sino que se hace preciso establecer una relación de dependencia con respecto de alguna otra institución jurídica que sí posea los necesarios principios informadores y abstractos que le permitan superar los límites del Derecho civil. El hallazgo de esa otra institución que sirva para completar el entramado teórico de la institución tutelar depende, a nuestro juicio, de una simple pregunta: ¿cuándo necesitamos de la tutela? Cuando no existe o no se puede rehabilitar la paria potestad, que es el reflejo jurídico del víncu-

lo de filiación. Todas estas disquisiciones teóricas parecen confirmadas por la ley, pues recordemos que el artículo 222 del Código Civil, en su actual redacción, somete a tutela a los menores no emancipados que «no estén bajo la patria potestad», y, por exclusión, el número 3 del citado precepto se refiere a los que están sujetos a la patria potestad prorrogada.

En orden a la extensión de la guarda que la tutela supone, la legislación ahora derogada imponía un sistema unitario, que sólo quebraba en los casos del sordomudo (ant. art. 218 CC: la sentencia debía fijar «la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos») y del pródigo (ant. art. 229 CC: ordenaba una graduación parecida a la del sordomudo). La Ley 13/1983, de 24 de octubre, en línea con los principios en los que se ha inspirado y huyendo de declaraciones estandarizadas o excesivamente estrictas, aplica, como criterio general, la idea de la graduación de las consecuencias que implica al pupilo el sometimiento a tutela. Prueba de lo dicho es el artículo 267, al señalar:

«El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación.»

Por lo tanto, y a la vista de lo expuesto, hay que concluir por señalar que será el Juez competente el que en la sentencia de incapacitación habrá de fijar los límites hasta donde se extiende el contenido de la tutela; lo que supone que los preceptos del Código Civil dedicados a esta materia cumplen una función supletoria de lo dictaminado, para casos de omisión.

Tratadas estas cuestiones preliminares, pasemos al estudio de los apartados que tradicionalmente forman el núcleo del ejercicio o funcionamiento de la tutela.

II. AMBITO Y NATURALEZA DE LA ACTUACION DEL TUTOR

Utilizando de nuevo la dependencia que creemos tiene la institución tutelar respecto de la patria potestad, el primer comentario comprensivo de las cuestiones que pretendemos abarcar con el título propuesto sería el de los Profesores Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, volumen IV, pág. 362), que al tratar sobre la amplitud del poder de representación derivado de la patria potestad dice: «... comprende todas

las facultades concernientes a los bienes, derechos y deberes de los hijos, salvo aquellos que se encuentren expresamente exceptuados.»

No obstante, quizá sea preferible para estudiar el ámbito de actuación del tutor recordar aquello que en páginas anteriores expusimos sobre la naturaleza jurídica de la figura del tutor. Es el tutor órgano de institución tuitiva, que tiene por finalidad primera (a semejanza de la patria potestad) el beneficio del protegido (idea de orden público positivo), encaminada a posibilitar el desarrollo integral del menor o incapaz (cfr. art. 49 Constitución española 1978), que precisa de medios jurídicos para la consecución del fin apuntado. Desde un punto de vista global, y como ha quedado expuesto, el arma que la ley otorga al tutor será la potestad que ostenta sobre y en favor del pupilo, que se desglosa por una doble vía: a) esferas jurídicas del pupilo sobre las que recaen las funciones del tutor: personal y patrimonial; b) parcelación del contenido de la situación del tutor: derechos, deberes y facultades. Desde otro punto, y al señalar que el núcleo central de la tutela es el beneficio del pupilo, habrá que tener en cuenta que la consecución de dicho fin lleva consigo la necesidad de instrumentalizar una serie de límites a la *potestas* del tutor, no sólo para evitar el perjuicio (principio de orden público restrictivo), sino para asegurar la obtención del beneficio (principio de orden público positivo). Todo ello, al entremezclarse, supone que la actuación del tutor estará presidida por unas u otras pautas, dependiendo de la esfera jurídica del menor sobre la que recaiga la decisión concreta. Así, las dos corrientes de actuación posibles del tutor irán dirigidas a la esfera personal o patrimonial del pupilo.

A) ACTUACIÓN DEL TUTOR SOBRE LA ESFERA PERSONAL DEL PUPILO

Para el cumplimiento de sus deberes en la esfera personal goza el tutor de poderes (art. 268, párrafo 2.º: «Los tutores podrán, en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir a los menores razonable y moderadamente») e incluso los pupilos son deudores frente al tutor de respeto y obediencia (art. 268, párrafo 1.º). Sin embargo, y a pesar de las declaraciones de la norma, no podemos llegar a la conclusión de que el Código siga, en esta materia, orientaciones restrictivas, remozando y actualizando el cuadro romano, hoy superado, de la *potestas*. Por el contrario, el sentido que hemos de atribuir a este artículo 268 del Código Civil es puramente complementario de la declaración de principios del artículo 216 del Código Civil, que de modo tajante ordena que «las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado...»; lo que se

concreta, en el orden personal, mediante el artículo 269 del Código Civil, al señalar que «el tutor está obligado a velar por el tutelado». Como dicen los Profesores DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 360), al hablar de las facultades correctoras que al padre concede el último párrafo del artículo 154 del Código Civil, «debe ser la función pedagógica la que invista toda la actuación».

Entonces, y en la misma línea de argumentación, el verdadero sentido de las funciones del tutor en la esfera personal no está en los poderes correctores o el deber de sumisión del pupilo; sino, por el contrario, en el conjunto de obligaciones legales que le vienen impuestas y a las que se refiere el artículo 269 del Código Civil. Precepto que contiene evidentes similitudes con el artículo 154 del Código Civil, donde se relacionan los deberes de los padres para con los hijos sujetos a la patria potestad. Las citadas similitudes tienen una doble función: 1.º, el propio Código Civil confirma las relaciones de dependencia de la tutela respecto de la patria potestad; 2.º, la interpretación del artículo 154 del Código Civil nos servirá de pauta para hacer lo propio con el artículo 269 del Código Civil, partiendo del principio, sentado doctrinalmente, de que sobre la esfera personal del pupilo no tendrá el tutor competencias o poderes representativos, sino que únicamente estará legitimado para la defensa de los derechos e intereses personales, consecuencia lógica de su principal deber y la naturaleza de la esfera a la que sus actos van dirigidos.

a) *Deberes del artículo 269 del Código Civil*

En ambos preceptos citados, aunque situado en distinta forma, aparece el «deber de velar». En el artículo 269 parece configurarse como un deber superior del que derivan todos los demás; circunstancia en la que no coincide aparentemente el artículo 154. No obstante, ha sido la propia doctrina la que le ha otorgado idéntico lugar de preponderancia; ejemplo de ello es el siguiente comentario de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 359): «La expresión velar comprende la dispensación de toda clase de cuidados, materiales y morales, pero globalmente ello no es distinto de cada uno de los elementos que después se reseñan (los del art. 154)»; o el Profesor SANCHO REBULLIDA (*Elementos...*, t. IV, página 741), que le conceptúa como «la medida y hasta la actitud que debe informar el cumplimiento de los restantes deberes...»

La subsiguiente enumeración de deberes en ambos preceptos es idéntica, salvo por la no inclusión en el artículo 269 del Código Civil del «deber de compañía», defecto que, desde nuestro punto de vista, debe ser subsanado mediante la aplicación analógica del citado artículo 154

del Código Civil (recordemos las relaciones de dependencia y similitud apuntadas y la obligación de procurar un desarrollo integral al pupilo, necesidad de ambiente familiar). Empero, este nuevo deber del tutor, y teniendo en cuenta las circunstancias del caso, puede ser dispensado por el Juez competente. Podríamos, pues, concretar esta idea diciendo que se presume la necesidad de dar al pupilo un adecuado ambiente familiar, como elemento determinante de su íntegro desarrollo; pero que cuando el beneficio del pupilo exija otra situación podrá el Juez competente actuar en la forma apuntada (arg. art. 233 CC).

La identidad señalada entre el contenido de los artículos 154 y 269 quiebra en los números 3 y 4 del último de los preceptos citados, debido a las especialidades propias de la institución tutelar.

b) *Deber de audiencia*

El artículo 154, en su penúltimo párrafo, otorga a los hijos el derecho (y correlativo deber) de ser oídos antes de que los progenitores adopten cualquier decisión que les afecte, siempre que aquéllos tuvieren suficiente juicio. Este deber de audiencia ha sido considerado como limitación a la patria potestad (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, pág. 361). En materia de tutela aparece este deber-derecho en distintos preceptos: artículo 207, sobre el procedimiento de incapacitación (en este artículo, estrictamente hablando, lo que se otorga es un derecho de personarse en el procedimiento); artículo 231, en cuanto al procedimiento constitutivo de la tutela; artículo 273, en cuanto a los actos que deban ser autorizados por el Juez. No obstante, aun cuando la *ratio* pueda ser la misma, los presupuestos del derecho comentado varían: el artículo 154 hace referencia a los hijos que tengan «suficiente juicio», sin más; en los artículos citados sobre materia tutelar se utilizan diversas condiciones y circunstancias, desde la mayor amplitud, en cuanto al contenido, del artículo 210, hasta el libre arbitrio judicial del artículo 273 («o lo considerara oportuno»). Así, como configura el Código en sede de tutela el derecho de audiencia: 1.º, va dirigido a las intervenciones del Juez y no a las del tutor; 2.º, salvo en materia de constitución, y por lo que al ejercicio de la tutela se refiere, se recoge sólo en actos o contratos que precisan de autorización judicial y no con carácter general; 3.º, las condiciones para su ejercicio, durante la tutela en ejercicio, son ser mayor de doce años o entenderlo oportuno el Juez a quien se solicita la autorización para un acto concreto.

Ante lo expuesto, ¿debemos concluir que el menor o incapacitado no debe ser oído por el tutor antes de tomar decisiones que le afecten? Para comenzar es conveniente precisar la trascendencia que debe-

mos otorgar al denominado al derecho de audiencia que obtenemos de algún comentario doctrinal. Señalan LACRUZ-SANCHO (*ob. cit.*, pág. 722), al esbozar una crítica sobre la Ley 13/1981, de 13 de mayo, que «acaso el principal defecto de la ley consista en el peligro de inseguridad jurídica a que pueden dar lugar su afán de flexibilidad y respeto a la personalidad del hijo: expresiones y conceptos como 'de acuerdo con su personalidad', 'procurarles una formación integral', 'si los hijos tuvieran suficiente juicio'... pueden ser de difícil apreciación y reducción a medidas jurídicas concretas y objetivas»; aspecto éste de inseguridad al que también se refiere CASTÁN VÁZQUEZ (*Comentarios...*, t. III, v. II, página 110). Temores que la doctrina plantea y que imponen un principio de matización para que podamos hablar, con un sentido estricto técnico-jurídico, de derecho del sujeto a patria potestad a intervenir o ser oído en cuantas decisiones le afecten.

Esta ha sido la causa de que otros autores, intentando extraer el verdadero sentido de la reforma, hayan hecho hincapié en los aspectos extrajurídicos de las declaraciones positivas antes comentadas. Para PRADA GONZÁLEZ (*AAMN*, t. XXV, pág. 362) se trata de «un criterio moderno educativo» y que «quizá sea excesivo exigir siempre consultarle (al hijo) e imponer al Juez el oírle en todo supuesto...»; y en cuanto a su extensión, dicen Díez-PICAZO y GULLÓN (*ob. cit.*, pág. 361) que «no se trata de actuar de acuerdo con lo que los hijos desean, sino simplemente oírlos»; y por lo que a su inobservancia se refiere señalan los mismos autores que «no invalida los actos, pero determina una grave extralimitación en el ejercicio de la patria potestad». De todas las opiniones reproducidas parece evidente que el «derecho» que tratamos no debe entenderse ni tratarse como una categoría jurídica tradicional; por el contrario, lo que supone es un reflejo cierto de lo que ha acaecido dentro de las materias de Derecho de familia al ser de nuevo reguladas en el Código Civil: la lógica positivista, propia del siglo XIX, quiebra ante la necesidad de dar entrada en la norma a factores psicológicos o sociológicos que imposibilitan la aplicación de soluciones generales y obligan a resolver en función del caso concreto, para lo que es preciso la concesión de libre arbitrio a la Autoridad judicial (potenciación de la libertad de decisión, no en cuanto a hechos, sino en cuanto a principios que constituyen la *ratio* de la norma, que es moldeable al caso concreto, de donde resulta la posible casación por infracción de ley).

Visto lo anterior, consideramos que la pregunta planteada debe hacerse en otra forma. ¿Es preciso que la norma recoja de modo expreso el deber de audiencia o derecho de intervención? No hay tal necesidad, sino que su ejercicio, pues constituye «criterio educativo», debe ser con-

siderado como parte de los deberes formulados con mayor amplitud (arg. número 2, art. 269 CC: deber de educación y formación integral). El incumplimiento de este deber por parte del tutor será elemento de primer orden para enjuiciar su actuación en orden a la consecución del principio básico de la tutela (orden público), cual es el beneficio del pupilo; y en el sentido apuntado, serviría de causa suficiente, a nuestro entender, para que el tutor pudiera ser removido de su cargo (arg. artículo 247 CC).

c) *Límites de la actuación del tutor*

Precisamente para asegurar los fines de la tutela concretados en los tres primeros números del artículo 269 del Código Civil, y teniendo en cuenta que el beneficio del pupilo obliga a pensar no sólo en su desarrollo, sino también en su protección (principio de orden público que, en conflicto con la tendencia abierta del desarrollo integral del pupilo, no debe superponérsele), la norma deja abiertos cauces a través de los cuales tiene el tutor que contar con la opinión o decisión de otras personas, órganos o autoridades o parcelas donde su *potestas* no llega. ¿Cuáles son esas limitaciones?

La primera de ellas es la intervención del propio pupilo en las decisiones que le afecten, bien sea por el camino del comentado derecho de intervención, bien mediante el ejercicio, por él mismo, de las parcelas de autonomía que le permita la propia sentencia de incapacitación o la propia ley. Un segundo camino será el del artículo 223 del Código Civil, que permite a los padres, en testamento o documento público notarial, «ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados». Por otra parte, tengamos en cuenta que esta facultad de los padres puede ordenarse con distinta finalidad: instrucciones directas al tutor, de observancia obligada; creación de órganos fiscalizadores de la función tutelar con competencias decisorias o consultivas. Existe, por último, una tercera vía: la necesaria intervención de la Autoridad judicial, que pasamos a comentar.

Son los artículos 233 y 271, 1.º, del Código Civil los que afectan a esta materia, aunque no en igual forma. El primero de ellos, que, como veremos, es consecuencia lógica del principio general de salvaguarda de la tutela por la Autoridad judicial (arg. art. 216 CC), es de contenido general y configura un poder genérico del Juez competente para el control y vigilancia de la tutela (tanto en el orden personal como patrimonial). El segundo de ellos establece, de modo expreso, la necesidad de autorización judicial para que el tutor pueda internar al pupilo en establecimiento *ad hoc*. Para dar coherencia al sistema es preciso encontrar

la vía que nos muestre cuál es el nexo de unión entre los preceptos citados, pues deben ser reflejos positivos de una misma construcción lógica. El artículo 233 concede al Juez los medios precisos para concretar iniciativas y establecer controles, pero cuando él lo estime oportuno; el artículo 271, 1.º, prescribe una autorización para un concreto caso. Son datos importantes, pero no suficientes para aclarar el problema que subyace: competencias del tutor sobre los derechos de la personalidad del pupilo.

A diferencia de lo que ocurre en sede de patria potestad, donde el artículo 162, 1.º, del Código Civil orienta, en cierta medida, el problema; en materia de tutela nos encontramos con el ya citado artículo 271, 1.º, que, aun cuando está ahí y es de obligada observancia, resulta extraño al ubicarse en un medio que no le es propio (el citado artículo, junto con el siguiente, contemplan los casos en los que es precisa la autorización judicial para actos o contratos relativos a la esfera patrimonial del pupilo). ¿Es que, acaso, tiene mayor trascendencia el internamiento del pupilo que la explotación de su imagen, el desprecio por su honor, el olvido de su educación o cualquier otra forma negativa de actuación en esfera tan íntima? Como nuestra respuesta tiene que ser en el sentido de afirmar la equivalencia de todos esos posibles atentados (pues del art. 10 de la Constitución de 1978, en relación con el art. 49 de la misma, resulta con claridad que «la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad... son fundamento del orden político y de la paz social») habrá que integrar el sistema tutelar aplicando, analógicamente, lo que se ha entendido al tratar de patria potestad (el ya citado art. 162, 1.º, CC). Concretando, entendemos que los derechos de la personalidad del pupilo deberán ser por el mismo ejercitados siempre que lo permitan sus condiciones físicas o psíquicas (ámbito de aplicación de los arts. 210 y 233 CC) y tendencia de especial importancia en la forma de dirección del tutor (cumplimiento de los deberes impuestos al tutor en los números 2.º y 3.º del art. 269 del Código Civil); en la medida en que la defensa de estos derechos no pueda ser verificada por el propio pupilo correrá a cargo del tutor, quien deberá observar una actuación conforme a las directrices dictadas por los padres (arg. art. 223 CC, en relación con el art. 162, 1.º, CC) o a las condiciones personales, creencias religiosas, postulados ideológicos y medio socioeconómico del pupilo, con especial obligación para el Juez que sigue el desarrollo de la tutela y del Ministerio Fiscal (cfr. art. 232 del CC) la vigilancia y control de la actuación del tutor, quien podrá ser removido del cargo al constatare el perjuicio (incluso el no beneficio) para el pupilo (cfr. art. 247 CC).

Creemos, pues, que no se solventa el problema con la necesidad de autorización judicial para un caso concreto (que, por otra parte, no ha de ser necesariamente previa, si relacionamos el art. 271, 1.º, con el artículo 211, que, más pausadamente, contempla los supuestos de urgencia), sino por un principio general de actuación del tutor, limitado por la propia intervención del pupilo, en la forma ya dicha, y con una exquisita vigilancia de los órganos jurisdiccionales. Indudablemente, es harto complicada la labor del legislador al trasplantar a la norma reglas concretas de actuación en materia tan difícil como los derechos de la personalidad; pero quizá el sistema quedaría encajado recordando una idea ya apuntada y que puede formularse diciendo que las competencias del tutor nunca pueden recaer sobre la esfera de la personalidad del pupilo, fuera de la legitimación para su defensa.

**B) ACTUACIÓN DEL TUTOR SOBRE LA ESFERA PATRIMONIAL
DEL PUPILO**

a) *Significado y naturaleza*

Hasta ahora hemos expuesto qué es y significa para nosotros la intervención del tutor en la esfera personal del pupilo; y allí dejamos dicho que tal intervención dimana, exclusivamente, de la legitimación que ostenta el tutor para la defensa de los derechos del pupilo, derivada del deber de beneficio del menor o incapacitado: estábamos excluyendo del poder representativo del tutor la persona del pupilo. Ahora bien, dentro de la persona existen dos aspectos fundamentales: estático, la propia persona; dinámico, que cambia o puede cambiar (estado civil). Pues bien: nos atañe ahora ese segundo aspecto cambiante de la persona, que por diversas causas puede verse inmersa en distintos estados civiles que, aun cuando no afectan a la capacidad jurídica, sí afectan a la capacidad de obrar. Surge la necesidad de instrumentalizar medios que permitan al incapaz o menor, cuyos estados civiles no se lo permiten, un íntegro desarrollo (cfr. art. 49 Constitución 1978).

La técnica que utiliza el Derecho para posibilitar el íntegro desarrollo, por lo que al patrimonio se refiere, en su concepción dinámica, es la denominada representación legal. Salta a la vista un aspecto de vital importancia, que cierra el sistema que venimos exponiendo: la representación del pupilo por el tutor no es el medio de actuación global, sino un medio que se otorga a éste para la consecución del beneficio del pupilo y referido a un ámbito que le es adecuado, las relaciones patrimoniales. Es decir, utilizando la terminología del Profesor Díez-PICAZO, la

relación originante de la representación (concepto que en este caso hemos de entender en un sentido lato) está en el necesario contacto que ha de tener el tutor con el patrimonio del pupilo; entendiendo éste como un medio más de búsqueda del beneficio del sometido a guarda (cfr. art. 269 del Código Civil).

Claro está que patrimonio, bajo un esquema ya clásico, tiene un doble aspecto: goce y disposición. El primero de ellos hace referencia a la administración del patrimonio (conservación); el segundo debemos relacionarlo con el poder de disposición (transformación del patrimonio- aspecto dinámico). Nuestro Código Civil, tras la reforma que comentamos, recoge ambos aspectos en sendos preceptos:

Administración.—Artículo 270: «El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia.»

Poder de disposición es concepto que precisa de vehículo de mayor amplitud, que, en este caso, será representación.—Artículo 267: «El tutor es el representante del menor o incapacitado...» Como se desprende del propio texto legal, poderes de administración y representación no son sino parte de los instrumentos que integran la relación tutelar, a los que habría que añadir la legitimación del tutor para la defensa de los derechos de la personalidad del pupilo.

b) *Limitaciones a la actuación del tutor en la esfera patrimonial del pupilo*

La cuestión planteada merece una serie de reflexiones generales que, en cierta medida, inciden sobre materias anteriormente contempladas, por lo que a ellas nos remitimos, en caso de resultar oscura la exposición. Si entendemos que la razón de ser de la tutela está en su consideración como medio para asegurar el pleno desarrollo del pupilo, parece lógico pensar que todo el entramado teórico sobre las funciones del tutor debe ir orientado en el indicado sentido. Tendencia ésta que ha quedado patente en lo que a la esfera personal del pupilo se refiere y que, necesariamente, debemos traer al campo de lo patrimonial. En base, pues, a este esquema de principios, y planteándonos en concreto las limitaciones a la esfera de actuación originaria del tutor, habrá que preguntarse: ¿son auténticas limitaciones o, por el contrario, delimitaciones del contenido de las facultades del tutor? Tratemos de esclarecer ideas.

La pregunta ahora en el aire no tiene respuesta unitaria, sino que el poder de actuación del tutor se halla, en la ley, limitado y delimitado. La forma de averiguar cuándo nos encontramos ante un elemento delimita-

tivo o limitativo de las competencias generales del tutor nos lo brinda el mismo Código Civil a través de su artículo 267, donde, tras conceder al tutor el carácter de representante legal del pupilo, delimita sus competencias mediante una doble vía (ley o sentencia judicial), con lo que pretende conseguir que la intervención del pupilo en la defensa y desarrollo de sus intereses sea lo más ajustada posible a sus facultades. El tutor podrá, en consecuencia, actuar en nombre y por cuenta del pupilo exclusivamente, allí donde la capacidad de obrar de éste se vea recortada. Concretando, el poder representativo del tutor se delimita por la posibilidad que tiene el pupilo de dirigir, él mismo, los asuntos que le afecten.

Una vez delimitada la figura representativa del tutor en la forma expuesta, y habiendo quedado, consecuentemente, perfiladas sus fronteras, el artículo 267 del Código Civil otorga al tutor poder general de representación sobre el pupilo. Es en este momento cuando se hace preciso señalar cuáles son los límites que rebajan el listón del poder general de representación concedido al tutor por el citado precepto legal. La operación consiste en excluir de lo general ciertas facultades determinadas y de una forma absoluta o relativa (prohibiciones y autorizaciones).

Pero ¿cuáles son las consecuencias prácticas de distinguir entre delimitaciones y limitaciones? Tiene reiteradamente sentado la jurisprudencia que toda limitación ha de interpretarse con carácter restrictivo. Por el contrario, entendemos que la labor interpretativa sobre los factores que delimitan una determinada institución, lejos de ser interpretados restrictivamente, deben ser estudiados y aplicados con criterios de igual a igual entre las instituciones o figuras en colisión. Aplicando estas ideas al tema que nos ocupa, los ámbitos en los que se permita o reconozca la posible actuación directa del pupilo deberán ser apreciados con amplitud, generosidad y coordinación con las facultades concretas del tutor; por el contrario, los supuestos en que haga precisa autorización judicial o en lo que nos hallemos ante un caso prohibido requerirán una interpretación restrictiva, en cuanto quede salvaguardado el beneficio del pupilo y la necesidad de su desarrollo integral.

Por otro lado, y a pesar de estar delimitado el conjunto de facultades del tutor por la posible actuación directa del pupilo, no supone ello, en sí mismo, una radical exclusión de la intervención del tutor. Existen actos que, modalizados por su naturaleza y finalidad, piden la intervención directa del pupilo, que requiere, empero, un complemento de capacidad, lógica consecuencia de su estado civil. Así podemos hablar de una «actuación cautelar del tutor»; en tales casos la actuación del tutor se ase-

meja a la del curador que asiste al pupilo mediante un complemento de capacidad; no hay sustitución de la persona del pupilo.

La causa de esta combinación de posibilidades en la naturaleza de la actuación del tutor se debe a la existencia de determinados actos que, aunque puedan incidir en la esfera patrimonial del pupilo, quedan vinculados de forma definitiva a su esfera personal. Los ejemplos más claros serían los de los artículos 1.329 y 1.330 del Código Civil, donde, respecto de los menores e incapacitados judicialmente que puedan contraer matrimonio, se dispone que las capitulaciones matrimoniales sean otorgadas por ellos mismos con «asistencia» o «concurso» de su representante legal o tutor. Problema de delimitación de competencias que resuelve la norma.

Tratadas, con mejor o peor fortuna, las materias de delimitación de las facultades del tutor y su posible acción curatelar, debemos entrar en materia de limitaciones. Como ya hemos señalado, dentro de la categoría de limitaciones existen dos especies: prohibiciones y autorizaciones judiciales.

C) PROHIBICIONES

Era en el artículo 275 del Código Civil donde hasta la reforma operada por la ley que comentamos se contemplaban los actos que quedaban prohibidos al tutor. Tales prohibiciones se clasificaron por la doctrina en absolutas y relativas, dependiendo de que se tratase de auténticas prohibiciones o, simplemente, de supuestos donde era necesaria la intervención de otros órganos o autorización judicial. Como ejemplo de prohibición absoluta, el número 1 del citado artículo imposibilitaba las donaciones o renunciaciones de cosas o derechos pertenecientes al menor o incapacitado; y de relativas, el cobro de deudas o la adquisición de bienes del menor o incapacitado por parte del tutor.

Tras la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, la materia queda regulada por el artículo 221, que dice:

«Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:

- 1.º Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión.
- 2.º Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.
- 3.º Adquirir a título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.»

Son varias las cuestiones a tratar:

a) *Personas afectadas por las prohibiciones*

A diferencia del antiguo contenido del artículo 275 del Código Civil, que se refería exclusivamente a los tutores (criterio confirmado por la DGRN en Resolución de 1 de septiembre de 1897, al declarar que la prohibición de compra de los bienes del pupilo no afectaba al presidente y vocales del Consejo de familia), el actual artículo 221 refiere la prohibición a todas aquellas personas que desempeñen algún cargo tutelar. El contenido del precepto no plantea problema alguno en cuanto a su aplicación respecto de tutores, ya sean de la persona o de los bienes. Pero alrededor del fenómeno tutelar existen o pueden existir cargos y funciones no sólo pensados por el ordenamiento jurídico, sino por los padres o terceros, conforme a lo dispuesto en los artículos 223 y 227 del Código Civil. Por ello será preciso determinar en qué forma afectan las prohibiciones a estos otros órganos.

El primero sería la Autoridad judicial competente, que ha conocido y constituido la tutela o que interviene a partir de determinado momento. Las razones que abonan la vigencia de las prohibiciones en este caso tienen un doble origen: la *ratio* general de las prohibiciones en materia tutelar, cual es la defensa de los intereses del menor o incapacitado frente a los posibles abusos de aquellas personas que por el lugar que ocupan en la organización tutelar puedan ver influidas sus decisiones por intereses propios, dejando en segundo plano los del tutelado (agr. art. 216 del CC); y, por otra parte, la necesidad de mantener al Juez alejado de los intereses económicos que confluyen sobre las cuestiones por él conocidas en razón de su cargo (criterio que tiene reflejos positivos, como el caso del art. 1.459, núm. 5, CC). Así, la doctrina mayoritaria, al hablar de los efectos del contrato celebrado contraviniendo la prohibición contenida en el último de los preceptos citados, coinciden en señalar que serían los propios de un contrato nulo de pleno derecho.

En cuanto a los órganos susceptibles de ser creados por los padres en testamento o documento público notarial, creemos, como ha quedado dicho en otro lugar, que sus funciones van dirigidas al control y vigilancia de la gestión del tutor, materializándose mediante informes o autorizaciones, lo que nos hace recordar la función del antiguo Consejo de familia. A este tema se refirió, en su día, la citada Resolución de 1 de septiembre de 1897, declarando que la prohibición de comprar bienes del pupilo no era extensiva a los vocales del Consejo de familia y a su presidente (doctrina que parece aceptada por un amplio sector doctrinal: PÉREZ GONZÁLEZ, CASTÁN, LETE DEL RÍO). No obstante, no llega la

doctrina a ser pacífica en este punto, pues GARCÍA CANTERO (*Comentarios al Código Civil*, t. XIX, pág. 133) entiende que ante la contraposición de intereses que pudiera darse entre los miembros del Consejo de familia, como tales, y el tutelado, debía extenderse a ellos la prohibición por razones, claro está, de tipo moral. El nuevo texto positivo parece que se inclina hacia la que es opinión minoritaria.

En cuanto al Administrador nombrado por extraño, nada encontramos al respecto en las opiniones leídas. Indudablemente, en este caso no hay problema alguno de autocontratación (circunstancia esgrimida por la doctrina para fundar la prohibición al tutor), puesto que tal cargo, en nuestra opinión, implica sólo eso: facultades de administrar, y en ningún caso de representar. Pero desde otro punto de vista esto es, la cercanía que provoca tal administración, lo mismo que respecto del tutor o de los miembros del desaparecido Consejo de familia, es indudable que produce cierto respeto el otorgar a ese administrador total libertad para la realización de actos o negocios en beneficio propio relacionados con el patrimonio del tutelado, a cuyo cargo se encuentra su administración. Parece, de nuevo, que el texto del artículo 221 incluye en su ámbito a estos administradores.

Dos últimas posibilidades restan por contemplar: el defensor judicial y el curador. En cuanto al primero, nos adherimos al comentario que al respecto hace GARCÍA CANTERO al tratar de la interpretación del artículo 1.459, 1.º, del Código Civil: «... la prohibición de compra no podrá aplicarse al defensor judicial, por la elemental razón de que cesa de serlo en el mismo momento en que pretenda adquirir para sí la cosa que venda el menor.» Así, y como expresamente señala este autor, la causa en que se basa la aplicación al defensor judicial de las prohibiciones no es la aplicación analógica del artículo 1.459, 1.º, del Código Civil (parecida a la del art. 221, 3.º, CC), sino el hecho de que el nombramiento de defensor judicial se hace para un caso determinado, y la concurrencia de intereses en ese caso concreto supondría un obstáculo para el nombramiento o una causa de necesidad para la remoción del nombrado y nombramiento de un nuevo defensor. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que esta concepción puntual del defensor judicial quiebra, en cierta medida, si atendemos al hecho de que tal figura puede aparecer no sólo para un supuesto determinado, sino también con visos de permanencia relativa; así, y como ejemplo, el artículo 299, 2.º, del Código Civil nos dice que se nombrará defensor judicial «en el supuesto de que por cualquier causa el tutor o el curador no desempeñaren sus funciones...» Desde este punto de vista parece más aconsejable entender como predominantes las evidentes similitudes de la figura del defensor judicial con la del

tutor, criterio, por otra parte, que aparece amparado por el propio Código Civil (arg. arts. 301 y 302).

Por lo que al curador se refiere, el problema se nos antoja más complicado que los anteriores. La primera cuestión a plantear sería: ¿es el curador un cargo tutelar? Tiene su trascendencia si tenemos en cuenta que el repetido artículo 221 se ubica dentro del capítulo I del título X del Código Civil, bajo el epígrafe «Disposiciones generales»; circunstancia que nos inclina a suponer aplicable a toda forma de acción de guarda las normas contenidas en dicho capítulo. Ahora bien, si esto es así, ¿por qué el Código se refiere al que desempeñe algún «cargo tutelar»? Se trata de una imprecisión terminológica provocada por los años de ausencia, en nuestro Derecho positivo, de la institución de la curatela, o bien que se emplee el término tutela en un sentido amplio y otro estricto, idea a la que no nos adherimos. Por lo tanto, y en conclusión, el curador quedará sujeto al mismo régimen de prohibiciones que el tutor. Una última razón que abona lo expuesto, tanto respecto del curador como del defensor judicial, serían los artículos 291 y 301 del Código Civil, que al hacer remisión a las normas sobre tutela excluyen lo relativo a las prohibiciones, pues es innecesario al ser afectados tales cargos por las normas que forman parte del capítulo destinado a «Disposiciones generales».

b) *Ambito objetivo de las prohibiciones*

a') En el número 1 del artículo 221 destaca a primera vista el cambio de sentido dado a la norma respecto del antiguo artículo 275, 1.º, del Código Civil. Este prohibía que por parte del tutor se hicieran donaciones o renunciaciones sobre bienes o derechos correspondientes al pupilo; el nuevo precepto invierte la situación prohibiendo al tutor y demás cargos tutelares recibir liberalidades del tutelado o sus causahabientes.

b') El siguiente número del citado artículo 221 del Código Civil prohíbe representar al tutelado cuando el representante, en el mismo acto, intervenga en nombre propio o de un tercero y exista conflicto de intereses. El precepto va dirigido a solucionar los problemas que pudieran derivarse de los supuestos de autocontratación o doble representación. La norma debe ser enmarcada dentro de los distintos medios utilizados por el legislador para la defensa de los intereses del pupilo, pero haciendo reflejo en la propia norma de las condiciones que doctrinalmente se han señalado para permitir la figura de la autocontratación. Como señala Díez-PICAZO (*Fundamentos...*, págs. 128-129), dos son las condiciones que hacen viable la autocontratación: 1.º, poder o autorización expresa para contratar del dueño del negocio; 2.º, ausencia de

conflicto de intereses. Así, la norma lo que hace es convertir en incompatible con los intereses del pupilo la intervención del tutor en aquellos casos en que se den los dos elementos: autocontratación o doble representación y conflicto de intereses.

No sería, en consecuencia, aplicable la prohibición que estudiamos en todos aquellos supuestos donde la doctrina considera que existe un negocio jurídico plurilateral donde, aun existiendo la posibilidad de autocontratación o múltiple representación, no se da el conflicto de intereses. A ello se refiere Díez-PICAZO (*ob. cit.*, pág. 68) cuando refleja las distinciones que dentro de los negocios plurilaterales hace la doctrina alemana, utilizando las siguientes categorías: actos conjuntos (*Gesamtakte*), emisión de declaraciones de voluntad paralelas para la obtención de un mismo resultado jurídico; acuerdos o decisiones (*Bechlüsse*), que serían las declaraciones de voluntad dentro de asociaciones, comunidades o sociedades, cuando buscan un mismo efecto, requiriéndose exclusivamente la mayoría; y el convenio o la convención (*Vereinbarung*), donde los partícipes en el negocio emiten declaraciones de voluntad coincidentes.

Una última cuestión que surge del precepto es la separación absoluta entre el hecho de la representación y la eficacia del negocio o acto realizado por el tutor contraviniendo la prohibición del número 2 del artículo 221 del Código Civil. Es claro que lo que la norma prohíbe es «representar al tutelado...» ¿La sanción a aplicar al negocio realizado sería la de nulidad de pleno derecho? Si entendemos inútil la distinción apuntada, deberíamos en principio contestar en forma afirmativa, pues tal sanción es la que corresponde a los actos realizados por el tutor contraviniendo las prohibiciones que le impone la ley. Confirmaría esta postura, aunque se refiera a legislación derogada, la Resolución de la DGRN de 19 de agosto de 1982, donde se insiste en que la contravención de las prohibiciones absolutas (caso del antiguo núm. 1 del art. 275 CC) acarrea la nulidad de pleno derecho. Ahora bien, si mantenemos la distinción creada, tendremos que decir que la prohibición no recae sobre el acto o contrato a realizar, sino sobre la circunstancia de que sea el tutor quien represente al pupilo en ese caso concreto. Por lo tanto, el vicio que imposibilita la consecución del efecto jurídico querido mediante el negocio realizado no se halla en la transgresión del artículo 6.º, 3.º, del Código Civil, sino de la falta de consentimiento del pupilo al carecer del vehículo adecuado (art. 1.261, 1.º, CC). Si el acto o contrato ha obtenido, en caso de ser necesaria, la correspondiente autorización judicial, podría éste ser convalidado procediendo al nombramiento de defensor judicial

(arg. art. 299 CC) que procediese a ratificar el acto o contrato (cfr. artículo 1.259 CC), con la secuela pertinente de efectos *ex tunc*.

c') El último de los apartados que dan contenido al artículo 221 es el que sienta la prohibición de que cualquier persona que desempeñe cargo tutelar «adquiera por título oneroso los bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título».

Los antecedentes positivos inmediatos se encontraban en el antiguo artículo 275, 4.º, profundamente interpretado por la doctrina. Las tendencias predominantes, al estudiar el precepto, establecían una relación con el artículo 1.459, 1.º, del Código Civil; precepto éste que, aunque a primera vista duplicaba simplemente la prohibición, incluía un factor a considerar, consistente en que ofrecía la posibilidad de autorización del Consejo de familia para enervar la prohibición. Dos fueron las posturas adoptadas: una daba preferencia al artículo 275, 4.º (LETE DEL RÍO, CASTÁN y PÉREZ GONZÁLEZ); otra de sentido contrario (GARCÍA CANTERO).

Otro aspecto, objeto de dudas, fue el de la determinación objetiva del ámbito de aplicación del citado artículo 275, 4.º, del Código Civil, que hacía expresa y exclusiva referencia a compras de bienes. Siendo la norma de obligada interpretación restrictiva, por tratarse de norma prohibitiva, la DGRN, en Resolución de 16 de junio de 1908, entendió que, por lo tanto, la prohibición de dicho precepto no era aplicable al caso de venta de bienes del tutor al pupilo; teoría a la que no se adhirieron autores como GARCÍA CANTERO (*Comentarios...*, t. XIX, pág. 131) o PUIG BRUTAU (*Fundamentos...*, t. II, v. II, págs. 130-131).

Aparece claro, según nuestro criterio, que al plantearse el legislador la reforma de la legislación comentada tuvo muy presentes los problemas citados, por lo que en el nuevo texto la prohibición cobra total magnitud. No se refiere el precepto a compras o ventas, sino a «adquisiciones o transmisiones por título oneroso»; y no queda dulcificado el régimen mediante la posibilidad de autorización judicial. Estaríamos, pues, ante una de las denominadas prohibiciones absolutas.

No obstante, debemos estudiar un aspecto que tiene alto interés. Nos referimos a aquellos derechos que surgen en favor del tutor y demás cargos tutelares independientemente de tal condición y causados por la realización de un acto de tráfico sobre el patrimonio del pupilo. Los supuestos más claros serían los casos de nacimiento a favor del tutor o de cualquier otro cargo tutelar de derechos reales de preferente adquisición de las legislaciones especiales (LAU y LAR) o tanteos y retractos legales. La cuestión sería: ¿tiene el tutor o cualquier otra persona que

desempeñe cargo tutelar la posibilidad de adquirir bienes del pupilo como consecuencia de alguno de los derechos apuntados?

Para solventar el problema planteado hemos de abordarlo desde diversas ópticas. Así, habrá que analizar la letra y la *ratio* de los artículos 221 y 1.459 del Código Civil; por otro lado, profundizar en el significado de los denominados derechos reales de adquisición preferente. Como punto de partida parece lógico afirmar que el asumir el ejercicio de algún cargo en relación con la persona o el patrimonio de un menor o incapacitado exige la mayor de las diligencias por parte del legislador para que de esta situación no se derive un perjuicio reiterado y constante sobre los intereses del pupilo (principio recogido en el citado art. 216 del CC). Esto es indudable; pero también es cierto que la asunción de un cargo pupilar no debe suponer, *a priori*, merma en las expectativas para designado de derechos o intereses, siempre y cuando salvaguardemos el principio de protección antes recordado. En tal sentido, vemos cómo la propia norma positiva permite que entre el tutor y el pupilo existan relaciones jurídicas que vinculen el patrimonio de ambos (cfr. art. 266 del CC *a sensu contrario* y art. 272, 7.º, CC). Visto el planteamiento en los términos expuestos, no vemos inconveniente en que cualquiera de las personas afectadas, en principio, por la prohibición del artículo 221, 3.º, del Código Civil puedan adquirir bienes que originariamente formaron parte del patrimonio del pupilo y que a causa de operaciones de tráfico, con cuantos requisitos legales sean precisos, han provocado el nacimiento en favor del tutor u otro cargo pupilar de un derecho real de adquisición preferente. Para dar fuerza a nuestra afirmación es útil la Sentencia de 23 de septiembre de 1895, que declaró que la prohibición del artículo 1.459, 1.º, del Código Civil no inhabilita a los tutores para el ejercicio de los derechos que con independencia de dicho carácter puedan tener, por cualquier título, contra los menores o incapacitados, ni consiguientemente para la adquisición de bienes que por consecuencia de tales derechos les sean adjudicados. Luego entonces, y tomando como base la sentencia citada, habría de adoptarse una posición permisiva por cuanto el hipotético derecho de retracto del tutor nace de su condición de colindante, consocio, coheredero, etc., y así en los demás casos; teniendo en cuenta, además, como ha reiterado la doctrina, que tales derechos son de naturaleza real y nacen *ope legis* y no como consecuencia de la celebración de un contrato entre las partes (abundando en lo dicho, la Sentencia de 17 de diciembre de 1955 señaló que los tanteos y retractos legales son limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque puedan redundar en beneficio de los particulares están motivadas por el interés general). Concretando, la finalidad del artículo 221, 3.º,

del Código Civil es prevenir que aquellos a quienes se encomienda la función de cuidar de la persona o bienes del pupilo puedan aprovechar tal situación para, malversando el patrimonio, enriquecerse directa o indirectamente. Conformes. Pero cuando esta finalidad está salvaguardada (como en los casos que estudiamos, donde los derechos nacen de la propia ley), no podemos extender el ámbito de aplicación de la norma. Desde luego, en caso de que existiera mala fe en la creación de los presupuestos que hacen posible el nacimiento de un derecho real de preferente adquisición, sería de aplicación el principio contenido en el artículo 7.º, 1.º, del Código Civil.

Una vez visto más de cerca el contenido de los números que integran el artículo 221 del Código Civil, a modo de conclusión, queremos dejar sentados los siguientes extremos: *a)* Los números 1 y 3 contienen prohibiciones de las llamadas absolutas, al desaparecer la posibilidad de autorización que recogía el antiguo artículo 275 del Código Civil. *b)* Serán aplicables las prohibiciones estudiadas, exclusivamente, «mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión (del tutor o cargo tutelar, cuando ello fuera preciso)» (art. 221, 1.º, CC). *c)* Es preciso distinguir, en cuanto a su respectiva finalidad, los números 1 y 3 del número 2, todos ellos del artículo 221 del Código Civil (los dos primeros tratan de impedir o limitar el propio acto o negocio; el número 2 plantea el problema de la representación en el acto o contrato, con las consecuencias que han quedado expuestas). *d)* Es preciso determinar la sanción a que se hace acreedor un acto o contrato que se vea afectado por lo dispuesto en los números 1 y 3 (anteriormente ya ha sido tratado el caso del número 2).

c) Eficacia del negocio prohibido

Para comenzar cualquier disgresión teórica sobre la eficacia de los actos o contratos que aparentemente contravienen lo dispuesto en una norma prohibitiva es conveniente recordar lo dicho por la importante Sentencia de 19 de octubre de 1944, citada por la mejor doctrina científica, al interpretar el antiguo artículo 4.º del Código Civil: «... no ha de ser interpretado con carácter rígido, sino sugiere la doctrina científica, con criterio flexible y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de modo expreso y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera, o toda omisión de formalidades legales, que pueden ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, haya de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad.» La tesis expuesta nos parece apropiada como línea interpretativa aplicable al actual artículo 6.º, 3.º,

del Código Civil, que sanciona expresamente como nulos de pleno derecho los actos contrarios a las normas prohibitivas o imperativas. Criterio presumiblemente defendido también por la doctrina actual, tras salvar algunos problemas planteados por el antiguo texto positivo. Es esta doctrina la que mantiene como vigente la opinión del Profesor DE CASTRO (*Derecho civil de España*, t. I, pág. 599): «En términos generales, la nulidad se produce de modo inmediato y necesario cuando la ley vaya dirigida contra la eficacia del mismo acto, lo repudie y estigmatice de jurídicamente ilícito.» Es este comentario uno de los mayores exponentes de las tendencias doctrinales y jurisprudenciales (siendo ejemplo evidente la citada Sentencia de 19 de octubre de 1944) a la hora de interpretar el antiguo artículo 4.º o el actual artículo 6.º, 3.º, del Código Civil: existe un temor a las consecuencias que traería consigo el interpretar los preceptos citados con un sentido rigorista y, consecuentemente, sancionar en función de que los actos o contratos se atuviesen o no a la letra de la norma prohibitiva o imperativa.

Las razones que amparan tales temores científicos y jurisprudenciales, desde nuestro punto de vista, son las siguientes: el principio de *favor negotii* y la dificultad que tiene el legislador para traducir en palabras aquello que pretende prohibir. Consecuencia de ello, ha sido constante en la doctrina la búsqueda de recursos técnicos que amparasen la subsistencia del contrato aparentemente inválido, por creer en la existencia, en la mayor parte de los casos, de elementos volitivos o finalistas suficientes para intentar mantener lo actuado; en cuanto a la segunda de las razones antes apuntadas, la fría e inflexible letra de la ley, que trata de recoger la voluntad del legislador, es, en muchas ocasiones, insuficiente (efecto confirmado por la necesidad que tiene la norma de ser integrada mediante la ayuda de otras fuentes: art. 1.º CC). Consecuentemente, resulta interesante el comentario que LACRUZ (*Elementos...*, I, vol. I, página 203) recoge de AMORÓS: «Sólo están en esta órbita (art. 6.º, 3.º, del CC) de ineficacia los actos incompatibles con el mandato legal.» Conformes, siempre y cuando interpretemos «mandato legal» en el sentido de «ratio de la norma». Es obvio que mediante este criterio convertimos la aplicabilidad del artículo 6.º, 3.º, CC, no en algo automático e inflexible (consecuencia ya despreciada por la jurisprudencia citada), sino que hacemos depender la aplicación de la norma del contexto, finalidad y trascendencia pública del caso concreto. Dos actos jurídicos de la misma especie no son, sin embargo, idénticos, por cuanto pueden contener elementos de estructura o finalidad que los separan; y ello obliga al ordenamiento jurídico a concederles un tratamiento en consecuencia.

Por lo tanto, ¿sería nulo de pleno derecho todo negocio por el que

la persona titular de un cargo popular adquiriese bienes del pupilo en los casos del artículo 221, 1.º y 3.º? Si hiciésemos una aplicación literal del precepto, en relación con el artículo 6.º, 3.º, del Código Civil, la respuesta habría de ser en el sentido de considerar tales negocios como nulos. No obstante, la solución se nos antoja más compleja. Por necesidad de justicia, antes de aplicar la sanción del artículo 6.º, 3.º, del Código Civil, por contravenir el acto o negocio la letra del artículo 221, 1.º ó 3.º, del Código Civil, debemos tener perfectamente claro que el efecto conseguido mediante el acto realizado es repudiado por la norma (cfr. Profesor DE CASTRO); siendo para ello imprescindible la interpretación de la norma conforme a las pautas marcadas por el propio Código Civil en su artículo 3.º, 1.º, precepto que abre caminos para aceptar las tesis antes expuestas sobre la individualización del acto o negocio a la hora de declarar su incompatibilidad con el «mandato legal». El elemento que nos va a facilitar el camino es, sin duda, dejar patente la finalidad que el legislador pretende con el contenido del artículo 221, 1.º y 3.º, punto en el que parece no haber discusión: proteger el patrimonio del pupilo para que no se vea expoliado por una gestión interesada y dolosa por parte de aquellos en quienes la ley ha depositado la defensa de sus intereses. El principio apuntado no resulta sólo de las conclusiones a las que haya podido llegar la doctrina científica o de las pautas marcadas por las declaraciones jurisprudenciales, sino también del propio Código Civil, que en su artículo 216 ordena que las funciones tutelares se ejercerán en beneficio del tutelado. Empero, quedaría coja esta declaración, y nos impediría ver su auténtico sentido, si omitimos recordar lo dispuesto por el artículo 49 de la Constitución española de 1978, que dice: «Los poderes públicos los ampararán (disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos), especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos.» Queda claro, por lo tanto, que lo importante y definitivo en sede de tutela es que todo lo pensado, ordenado y previsto tiene por finalidad o debe tener por finalidad que el pupilo tenga la posibilidad de desarrollar una actividad lo más próxima posible a la normal.

Consecuentemente, y a la vista de lo expuesto, creemos que no toda adquisición o transmisión a título oneroso entre cargos pupilares y pupilo o liberalidad recibida por aquéllos de éste o sus causahabientes se hace acreedora de una sanción de nulidad radical, sino que habrá que estar a cada caso concreto para determinar si en ello hay o no beneficio para el pupilo. En aquellos actos o contratos que sean reflejo de lo prohibido por los números 1.º y 3.º del artículo 221 del Código Civil, pero que se realicen en beneficio del pupilo, no debe ser excluida su validez,

aunque, como elemento de garantía, aquel que defienda la producción del beneficio deberá probarlo, por existir una especie de presunción *iuris tantum* en favor del fraude (cfr. LACRUZ). Dado que los supuestos a los que nos estamos refiriendo precisarían de autorización judicial, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil, la concesión de la misma será presupuesto suficiente para salvar la actuación autorizante del fedatario. Otra cosa es que las razones aducidas por el Juez que ha concedido la autorización puedan ser contrastadas en forma contenciosa, actuando la carga de la prueba en la forma expuesta. Se trata, pues, a través de lo dicho, de coordinar los dos principios de orden público que latén en materia tutelar: la defensa de la persona o intereses del pupilo y permitir a éste desarrollarse en forma lo más parecida posible a la normalidad.

D) AUTORIZACIONES

Esta materia se regula mediante el nuevo contenido dado a los artículos 271 y 272 del Código Civil por la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Los aspectos más destacables son los que hacen referencia a la naturaleza de tales autorizaciones en relación de la eficacia de los actos realizados por el tutor y la exégesis de los preceptos citados. Centrémonos, por ahora, con carácter exclusivo, en el primero de los puntos:

a) *Naturaleza jurídica de la autorización judicial*

Es preciso partir de principios a los que hicimos mención en lugares anteriores. Así expusimos que el artículo 267 del Código Civil, que otorga al tutor un poder general de representación, viene limitado por la existencia de actos prohibidos y de otros de que precisan de autorización judicial. Como dijimos también, el sistema utilizado ha sido el extraer del poder representativo, de carácter general, facultades concretas para los casos contemplados en los artículos 271 y 272 del Código Civil (por lo que a la materia que ahora nos interesa se refiere). Entonces, si aceptamos el esquema propuesto, tendremos que concluir que si tales facultades se han excluido de la competencia del representante legal (tutor), nunca éste, debidamente amparado, podrá realizar acto o negocio alguno sobre las esferas o en la forma afectada. Parece que la construcción es lógica. No obstante, precisa de ciertos complementos que terminen el cuadro, y así ver, en toda su dimensión, el fenómeno que se produce.

Decimos que existen algunos medios de tráfico jurídico que quedan fuera de la competencia del tutor o representante legal (ej.: defensor judicial). Si, por otra parte, lo que caracteriza la necesidad de tutela es

que, en todo o en parte, el pupilo se encuentra imposibilitado de actuar por sí mismo, cae por su peso el hecho de que éste carece de todos los recursos precisos para un íntegro desarrollo. Queremos dejar claro que al ser excluidos del poder representativo ciertos actos o contratos, si el legislador no abre vías paralelas por las cuales se posibilite al pupilo la realización de tales actos o contratos, será la propia ley la que vedaría el íntegro desarrollo del pupilo e iría, consecuentemente, en contra de declaraciones constitucionales (arg. art. 49 Constitución española 1978) y de principios informadores de la propia ley reformadora. Vista la situación creada, ¿cuál es, entonces, el medio utilizado en la ley para evitar el perjuicio observado? Sencillamente delegar en el Juez competente para el seguimiento de la tutela la facultad de «apoderar» (autorizar) al tutor para la realización de aquellos actos o contratos que, en principio, quedaban fuera de sus competencias: el tutor ve ampliado su poder representativo mediante la concesión por el Juez de facultades concretas y para casos concretos.

De lo expuesto, y a primera vista, habrá que extraer ciertas consecuencias, que configuren el ser de la autorización judicial: deberán ser previas, en cuanto al momento de su otorgamiento; concretas, por lo que a su objeto se refiere, y de interpretación restrictiva, en cuanto a los supuestos en que se hace necesaria.

La primera de las características citadas ha sido la del carácter previo de la autorización judicial. No obstante, y aun manteniendo la idea, ya que sin autorización el poder representativo del tutor no se halla integrado por la facultad concreta que posibilita el acto determinado y supondría una actuación imperfecta, no es menos cierto que, como después veremos, tal autorización puede ser otorgada con posterioridad al acto. En consecuencia, el principio de autorización previa servirá como principio general que, no obstante, tendrá sus excepciones. Dichas autorizaciones deben ser concretas, por cuanto que si el Juez autorizase de forma genérica la realización de actos o contratos de especie determinada (siempre dentro del ámbito de los arts. 271 y 272 CC) llevaría consigo tal actitud una delegación de competencias que iría en contra, como en otra parte apuntamos, de la misma razón de ser de la intervención judicial. Así entendemos que las autorizaciones judiciales en materia de tutela deben ser concretas (autorización concreta-poder especial). Precisamente, y abundando en lo dicho, queremos recordar un comentario del Profesor Díez-PICAZO (*La representación en Derecho privado*, página 173), conveniente en este punto, aunque procedente del campo de la representación voluntaria, al hablar del poder especial: «Parece claro que no es necesario una total previsión de todos los elementos que han

de dar contenido al acto jurídico que se contemple... existen también poderes especiales aun cuando alguno de los elementos del acto queden a la iniciativa del apoderado.» Luego, ¿en qué medida habrá de ser concreta la autorización judicial? Nos adherimos a la respuesta que el mismo profesor (*ob. y pág. cit.*) brinda para el caso del poder especial: «Naturaleza del acto y el bien o intereses a que afecta.» Cuestión distinta, incluso de rango superior, serán las bases o fundamentos sobre los que el Juez debe tomar su decisión que consigan la finalidad última: el beneficio del pupilo. Quizá sea ésta la razón por la que el artículo 273 del Código Civil ordena al Juez, antes de adoptar una resolución, oír al Ministerio Fiscal, al propio tutelado, si fuera mayor de doce años o lo considerase oportuno, y recabar los informes que le fueran solicitados o estime pertinentes. El precepto aparece con todo su sentido, pues, al entenderlo como desarrollo de los principios contenidos en los artículos 216 y 233 del Código Civil.

b) *Eficacia del acto o contrato llevado a cabo por el tutor, sin autorización judicial, cuando sea precisa*

Para adentrarnos debidamente en la cuestión planteada hay que partir de ciertas premisas que nos parecen convenientes. Desde lo abstracto a lo concreto, la primera de ellas sería la referencia a la relación entre representación legal-representación voluntaria: ¿podemos entender que la actuación del tutor es un aspecto más de la teoría general de la representación? Es dominante en la doctrina científica actual entender que tanto la representación voluntaria como la legal son manifestaciones del mismo instituto jurídico: la teoría general de la representación (DÍEZ-PICAZO, PUIG FERRIOL, RIVERO HERNÁNDEZ), pues se afirma que, aun a pesar de las diferencias existentes entre una y otra, no es menos cierto que en las dos figuras existe un mismo elemento definitorio: sustitución de la actividad jurídica del pupilo por la del tutor. Concretamente, el Profesor DÍEZ-PICAZO, defensor de la indicada tesis unitaria, intentando precisar las diferencias que dentro del concepto general matizan las dos posibilidades, dice (*últ. ob. cit.*, pág. 50) que «mientras en la representación voluntaria hay una concesión de legitimación al representante, en la llamada representación legal hay en rigor un poder de configuración de la esfera jurídica ajena». En línea con tales diferencias, la doctrina sigue marcando puntos de diversidad ya en cuanto al origen del poder representativo (autonomía de la voluntad-heteronomía); ya en cuanto a la construcción del negocio representativo. No es, por otra parte, cuestionado el hecho de que una vez construida la relación representativa, basada en la voluntad o en la ley, «todo negocio representativo que rea-

lice el representante legal o voluntario no es esencialmente distinto... repercute directamente en la esfera jurídica del representado» (PUIG FERRIOL, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, t. I, v. I, pág. 960).

Como decíamos, basándonos en la doctrina científica acreditada, representación legal y la voluntaria tienen orígenes distintos: la voluntaria será consecuencia de la autonomía de la voluntad; la legal procede, como su nombre indica, de la ley (heteronomía). En esa línea de fundamento de los medios legales que estamos estudiando se dice también que la representación voluntaria es el medio técnico que el Derecho utiliza para «ampliar» las posibilidades de actuación del individuo; por el contrario, cuando de representación legal se trata, la doctrina clásica ha hecho siempre hincapié en la idea de protección. Si comparamos los términos utilizados (concreción lingüística más o menos acertada del fin perseguido) es obligado decir que la representación legal ha tenido una muy distinta consideración para el legislador o pensador que la voluntaria. Aquélla es vista sólo y exclusivamente como un medio para defender los intereses del menor o incapaz (aspecto de la representación legal que ahora nos interesa), debido a la irregular situación que padecen. Por ello se opinaba que la amplitud de tales representaciones legales debía ser interpretada con carácter restrictivo; que los peligros de fraude y abuso son grandes; es algo definitivo que condiciona la institución, la no intervención del titular de los intereses en la defensa de los mismos. En suma, es como si el Derecho desconfiase del representante legal y no tuviera más remedio que soportarle como mal menor. Es innecesario, por obvio, decir que cuantas razones han sido apuntadas nos parece que tienen más que suficiente gravedad. Ahora bien, creemos que el mismo panorama, orientado desde otra óptica, puede dar lugar a una construcción de sentido más expansivo o creativo que restrictivo. Pero es preciso partir de la idea de que todo aquel precisado de alguna forma de representación legal, aun a pesar de requerir una diligencia especial por el temor que a todos produce el poder de terceros sobre lo ajeno (idea de protección, que tiende necesariamente a la construcción restrictiva), es fundamentalmente persona, y como tal debe tener las mismas posibilidades que cualquier otro para desarrollar su patrimonio.

Por estas ideas, y partiendo de la base de que no pueden existir diferencias ante la ley, «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de... condición o circunstancia personal o social» (art. 14 Constitución española 1978), siendo la expresión máxima de la condición de ciudadano la titularidad de los denominados derechos fundamentales, entre los que se encuentra el de la libertad, con su vertiente patrimonial, parece que la función que le resta a la ley ordinaria es declarar aquello

que ese ciudadano no puede hacer por sí mismo, dadas sus circunstancias personales (incapacitación y determinación del régimen de guarda) y precisar los recursos técnicos que obvian tales limitaciones. Tras el razonamiento expuesto, parecen aproximarse los fundamentos de las dos manifestaciones de la teoría general de la representación: «ampliar», aunque de forma distinta, las posibilidades de actuación del individuo. Esta posición es confirmada por la propia Constitución española de 1978, en cuyo artículo 49, ya citado, que impone a los poderes públicos la obligación de amparar el disfrute de los derechos fundamentales que el propio texto constitucional otorga a todos los ciudadanos. Todo ello nos hace llegar a la conclusión de que en cualquier medio o recurso técnico que el Derecho utilice para suplir la falta natural de posibilidades de desarrollo o actividad de la persona, aun a pesar de que toda la diligencia es poca, debe prevalecer el sentido expansivo o creativo del principio concretado mediante la fórmula beneficio del tutelado. Como es lógico, tal beneficio como mejor se concreta es acercando, cuanto más mejor, la situación del disminuido a la del hombre normal: que se sancione con rigor al representante que abusa; pero que se le proporcionen, en principio, los medios adecuados para lograr un íntegro desarrollo de aquel a quien sustituye (arg. art. 269 CC). La finalidad, no el origen, de las representaciones legal y voluntaria confluyen: el ordenamiento debe proveer de los medios técnicos precisos para que la persona, sean cuales sean sus circunstancias personales o sociales, pueda desarrollar su capacidad (posibilidad de hacer no en sentido técnico-jurídico) patrimonial de una forma plena.

El origen de la representación legal y de la voluntaria sí permanece diverso: heteronomía y autonomía de la voluntad, que suponen formas, asimismo, distintas en el modo de concebir cada una de las dos ramas de la representación. El vehículo utilizado para materializar la representación, la relación representativa, es distinta: en la voluntaria, el poder representativo; en la legal, poder de configuración sobre la esfera jurídica ajena. Pero ¿qué diferencias existen entre una forma de expresión y otra?, o mejor, ¿cuál es la diferencia esencial? Si no erramos en el tiro, el quid está en la intervención del representado en el negocio representativo: la actuación del representante, en la vertiente voluntaria, no sólo se origina, como causa última, por la voluntad del representado, sino que ésta debe ser tenida en cuenta en el negocio en concreto (cuantificar la intensidad de esta intervención de la voluntad del representado en el negocio representativo es cuestión discutida por la doctrina, con soluciones diversas. Ver: PUIG FERRIOL en PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, tomo I, v. I, pág. 949, nota 36 al pie); mientras que en la representa-

ción legal el tutor, con su sola voluntad, va a gestionar los intereses patrimoniales del representado («poder de configuración sobre la esfera ajena»). Confirmando lo dicho, PUIG FERRIOL (*ob. cit.*, pág. 965) dice que «el centro de gravedad del negocio representativo se coloca aquí en la voluntad del representante...»; y Díez-PICAZO (últ. *ob. cit.*, pág. 49) señala que «en la representación legal el representante es por hipótesis el único autor posible del negocio». Por lo tanto, ¿cómo podemos definir la diferencia buscada? Está en la real o posible existencia de una voluntad formada del representado.

En un intento de profundizar, todo lo posible, en el conocimiento de las instituciones jurídicas y su funcionamiento, se planteó el problema de la eficacia que puede atribuirse al negocio realizado por un representante voluntario sin poder (*falsus procurator*) o extralimitándose en el uso del previamente concedido. Ciertamente que a la hora de dar soluciones han sido éstas varias y de diversa índole, a las que se refiere Díez-PICAZO (últ. *ob. cit.*, págs. 218 y ss.), sintetizando la exposición de RIVERO HERNÁNDEZ en su trabajo «Naturaleza y situación del contrato del 'falso procurator'» (*ADC*, 1976, págs. 1047 y ss.). Tomando como base lo anteriormente expuesto, no debe parecer extraño que planteemos ahora la hipótesis del tutor, como representante legal, que en uso de su poder de configuración (vehículo legitimante de su actuación), traspase los límites del mismo. La cuestión queda planteada en estos términos: ¿puede entenderse como actuación extralimitada del representante legal lo realizado por éste sin autorización judicial cuando sea precisa? Son dos los preceptos que en el Código Civil se refieren a esta materia: artículos 1.259 y 1.727. Tiene sentado la doctrina científica (DÍEZ-PICAZO, LACRUZ, RIVERO HERNÁNDEZ) que ambos preceptos representan un mismo fenómeno, ya que, aun cuando el artículo 1.259 se refiera a la falta total de poder (*falsus procuratur*), y el artículo 1.727 al uso extralimitado del poder concedido, entienden que todo negocio jurídico realizado en estas condiciones crea una situación de igual consideración (en contra, NÚÑEZ LAGOS, «La ratificación», *RDN*, 1956, enero-marzo). De forma expresa, RIVERO HERNÁNDEZ (*ob. cit.*, pág. 1052) dice que el artículo 1.259 contempla tanto «la representación voluntaria como la legal...» Así pues, si la figura del *falsus procurator* y el supuesto del uso extralimitado del poder son problemas que no quedan circunscritos al fenómeno de la representación voluntaria, es lógico que al estudiar la eficacia del acto o contrato realizado por el tutor sin autorización judicial, cuando sea precisa, debamos o podamos apoyarnos en lo prescrito por la ley, dispuesto por la jurisprudencia y construido por la doctrina para aquellos supuestos en relación con los artículos 1.259 y 1.727 del Código Civil.

Los puntos fundamentales a la hora de analizar los preceptos citados giran en torno al tipo de ineficacia aplicable y la posibilidad de la ratificación, con la consecuencia de efectos *ex nunc* o *ex tunc*. Veamos, pues, en qué medida puede ser asumida por la representación legal el cuadro presentado para la voluntaria.

En cuanto al tipo de ineficacia con que se sancionaría el acto o contrato realizado por el tutor sin la debida autorización judicial, si, como ha quedado dicho, estamos ante un caso de extralimitación que resuelven los artículos 1.259 y 1.727 del Código Civil, ¿podremos mantener que tal acto o contrato será nulo de pleno derecho? La respuesta no es fácil ni única. Son dos, creemos, las situaciones en las que se halla el sujeto a tutela: 1.º El origen de la tutela está en circunstancia mutable o susceptible de mutabilidad previsible, con cambio de estado civil que suponga la plena capacidad de obrar o un régimen de guarda mitigado; 2.º Que la causa fundamento del establecimiento de la tutela, por su propia naturaleza, tienda a la permanencia o inmutabilidad.

1.º Posible cambio de estado civil o de régimen de guarda.

En la presente hipótesis las semejanzas con el supuesto del *falsus procurator* o del representante extralimitado de la representación voluntaria se agrandan al contemplar la idea de una posible intervención directa de la voluntad del representado. Los argumentos dados por la doctrina para destruir la teoría clásica de la nulidad radical del negocio jurídico realizado por el *falsus procurator* son válidas para el caso ahora estudiado. «Es claro que el Código (art. 1.259) no se ha podido referir a la nulidad radical y absoluta, ya que ello sería inconciliable incluso con la posibilidad misma de la ratificación...» y «el hecho de que se permita al tercero revocar el acto da a entender que respecto de él, por lo menos, sin la revocación el acto determina algún círculo de eficacia» (DÍEZ-PICAZO, últ. *ob. cit.*, pág. 222). Así, de la doctrina estudiada parece entenderse que los negocios realizados en las condiciones que ahora nos interesan, por lo que a su eficacia se refiere, tienen dos aspectos: la relación entre los contratantes y la relación con el representado. Se dice que, *ab initio*, el contrato adolecerá de «ineficacia relativa» (DÍEZ-PICAZO, últ. *ob. cit.*, pág. 223), será irrelevante respecto del representado (falta su voluntad de vinculación al acto o contrato). Centrándonos en este aspecto últimos efectos respecto del representado (dejando al margen las relaciones internas entre los contratantes, cuyo estudio excede de los límites de este trabajo), vemos que el elemento del que hace depender la doctrina la subsistencia del negocio es la intervención de su voluntad mediante la ratificación (negocio jurídico). Por últi-

mo, recordar cómo la doctrina (DÍEZ-PICAZO, PUIG FERRIOL) entiende que la facultad de revocar en el tercero queda supeditada a la concesión de un tiempo en que pueda concurrir la ratificación (claro está, cuando ambas partes contratantes, al realizar el contrato hayan sido conscientes de las condiciones en que lo verifican). ¿Es este cuadro válido para el caso que motivó su exposición? Si de todo lo dicho deducimos que el elemento definitivo se halla en la intervención del representado, prestando su consentimiento (ratificado), creemos que la respuesta debe ser afirmativa. Dice RIVERO HERNÁNDEZ (*ob. cit.*, pág. 1.052); «A falta de justificación previa de la ingerencia, es posible una justificación *a posteriori*; es decir, que el consentimiento del *dominus* al negocio hecho a su nombre y para él, puede hacerse indistintamente antes o después de éste».

2.º Estado civil de incapacitado con visos de inmutabilidad.

Planteamos la hipótesis de que el pupilo, por sus condiciones físicas o psíquicas, determinantes de su incapacitación, no tenga posibilidades previsibles de que su estado civil sea normalizado o su sistema de guarda le posibilite una intervención directa. En semejante situación debemos plantear de nuevo la cuestión de la eficacia de los actos realizados por el tutor sin la debida autorización judicial. Como anteriormente ha quedado expuesto, son dos los aspectos de mayor interés en el estudio del negocio realizado por el *falsus procurator* o del representante extralimitado: eficacia del negocio y posible sanación del mismo. En cuanto al primer aspecto, la doctrina, mediante argumentos ya conocidos, ha considerado que, contrariamente a la tesis tradicional de la nulidad absoluta (ejemplo: Sentencia de 18 de marzo de 1968), el negocio realizado en las condiciones repetidas tiene «eficacia relativa», ya que produce efectos entre el falso o extralimitado representante y el tercero. Pues bien, ¿acaso en el supuesto que ahora contemplamos no disponemos de los mismos elementos? Veamos. Contamos con un tutor extralimitado en sus funciones y facultades; con un tercero; con un negocio celebrado entre ambos (en o sin contemplación al contenido del poder de configuración del tutor) con sus correspondientes declaraciones de voluntad; y con representando, el pupilo, ajeno a la relación negocial creada. Parece que sí, que disponemos de los mismos elementos. Pero ¿dónde está la dificultad que nos impide dar la misma solución? En la imposibilidad de sanación del negocio, a través del recurso técnico de la ratificación, que supone, como hemos visto, que el representado emita una declaración de voluntad mediante la que su esfera patrimonial quede afectada por el negocio realizado. El pupilo, debido

a su limitada capacidad de obrar, carece del presupuesto necesario para llevar a cabo el negocio jurídico que implica la ratificación.

Visto lo anterior, atendida la circunstancia de que el Código Civil únicamente recoge como medio de sanación la ratificación (arts. 1.259 y 1.727) y ante el hecho de ser imposible el empleo de tal recurso técnico, ¿no será sanable la ineficacia relativa del negocio realizado por el autor sin autorización judicial, cuando sea precisa? Sí, pues la solución viene provocada por el texto positivo. Ahora bien, al igual que la existencia de poder puede ser anterior o posterior a la realización del negocio, la autorización puede ser concedida en cualquiera de los dos momentos; determinado la diversidad que cuando hay ratificación (que implica voluntad del representado) se producen ciertos efectos retroactivos (DÍEZ-PICAZO, *ob. cit.*, págs. 238 y sigs.), y cuando no puede haberla (caso de autorización posterior) son inviables tales efectos.

No obstante, tampoco sería correcto decir que en tanto no recaiga la preceptiva autorización judicial no se produce efecto alguno; por el contrario, y en consecuencia de lo ya expuesto, podemos afirmar que lo actuado es parte del *iter* negocial que comenzó con el acuerdo de voluntades del tutor extralimitado y tercero, al que se le puede otorgar carta de independencia como creador de relaciones jurídicas entre estos dos últimos. El camino recorrido podríamos calificarle como contrato complejo, compuesto de los siguientes elementos, requiriéndose para este cuadro buena fe por ambas partes contratantes: 1.º Oferta contractual del tercero, que podrá ser revocable o irrevocable. En cuanto a la irrevocabilidad de la oferta de contrato, elemento imprescindible en este caso, muy sucintamente hay que sentar que contra la tesis tradicional de la necesidad de la forma expresa que determine esa irrevocabilidad, se alzan en la doctrina posiciones contrarias que hacen hincapié en que tal requisito no será necesario cuando así lo requiera la misma naturaleza de la oferta. La Sentencia de 22 de diciembre de 1956 viene a recoger tales posiciones, a las que considera, aunque no se adhiere. Posiciones como de la LUNA SERRANO (LACRUZ: *Elementos*, T. II, vol. 2.º, página 76), que dice: «... aparte del supuesto de la propuesta hecha de manera irrevocable por cierto tiempo, parece que si la oferta ha sido hecha al público en general o mediante carta..., el ofertante debe quedar vinculado por su propuesta durante un tiempo prudencial en el que razonablemente podría llegar la aceptación». ¿Sería este comentario aplicable al caso comentado, cuando existe una clara conciencia del tercero u oferente de la necesidad de autorización para que se logre el contrato? 2.º Obligación de hacer del tutor, consistente en llevar a cabo los trámites necesarios para conseguir la autorización precisa. Será,

en consecuencia, responsable de los daños y perjuicios ocasionados por su incumplimiento frente al tercero (arg. arts. 1.098 y sigs.), matizada por la revocabilidad y irrevocabilidad de la oferta; y frente al pupilo, si por tal incumplimiento se ha perjudicado el fin primordial de la tutela el beneficio del pupilo (agr. arts. 216 y 285 del Código Civil).

No queremos concluir esta parte sin señalar que aun cuando para nosotros son válidas las fórmulas contempladas para solventar el problema de la eficacia y posible sanación del negocio jurídico llevado a cabo por el tutor extralimitándose en sus facultades, de alguna de las opiniones doctrinales vistas pueden aventurarse posiciones más arriesgadas. A través de la idea de que la ratificación es un recurso técnico utilizado por el legislador para poder alcanzar la finalidad perseguida en el artículo 1.259 del Código Civil: sanar el negocio afectado de ineficacia relativa mediante el posterior concurso de la voluntad inicialmente inexistente, se podría llegar a instrumentalizar el término ratificación. ¿Ratificación es traducción limitativa de la idea del legislador? Cuando el artículo 1.259 del Código Civil se refiere a «ratificación» ¿podemos entender ratificación (representación voluntaria) o autorización (representación legal)?...

JOSÉ MARÍA GÓMEZ-OLIVEROS
Notario