

Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre

SUMARIO: PERSONAS SUJETAS A TUTELA: I. *Distinción entre tutela plena y tutela restringida.*—II. *Artículo 222 en la Ley 13/1983, de 24 de octubre:* A) Consideraciones generales: a) Prodigalidad. b) Interdicción civil. B) Menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad (art. 222, núm. 1.º). C) Incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido. D) Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.—CLASES DE TUTELA: I. *Introducción.*—II. *Tutela testamentaria:* A) Concepto. B) Medios formales. C) ¿A quién corresponde la facultad concedida por el artículo 223 del Código Civil? D) Extensión de las facultades. E) Concurrencia de nombramientos al amparo del artículo 223 del Código Civil. F) Aparición de tutor o administrador, designados al amparo de los artículos 223 y 227 del Código Civil, estando otro tutor en el ejercicio de la tutela. G) Nombramiento de administrador por extraño.—III. *Tutela legítima:* A) Concepto. B) ¿Cuándo procede? C) ¿En quién puede recaer el nombramiento de tutor? D) Supuestos especiales de nombramiento de tutor contemplados en la Ley.—ORGANOS DE LA TUTELA: I. *Introducción.*—II. *Tutor:* A) Unipersonalidad del cargo de tutor. B) Régimen de gestión de la tutela colectiva. C) Inhabilidad, remoción y excusa de tutores: a) Inhabilidad. b) Remoción. c) Excusa.—III. *Juez:* A) Idea general. B) Competencias.

PERSONAS SUJETAS A TUTELA

I. DISTINCIÓN ENTRE TUTELA PLENA Y TUTELA RESTRINGIDA

La doctrina, debido a la configuración de la Ley anterior y a la desaparición en nuestro Derecho de la figura del curador, se veía obligada a distinguir, dentro del concepto genérico de tutela, entre «tutela plena» y «tutela restringida». CASTÁN señalaba, como condiciones indispensables de las personas sujetas a tutela, las siguientes: 1.ª No estar bajo la patria potestad. 2.ª Tener limitada la capacidad de obrar. Ahora bien: las personas en quienes concurrían esas dos condiciones podían ser sometidas a una forma de protección plena y definitiva («tutela ple-

na») o transitoria e intermitente («tutela resringida»). Eran casos de tutela plena los contemplados en el antiguo artículo 200 del Código Civil, que decía:

«Están sujetos a tutela:

- 1.º Los menores de edad no emancipados legalmente.
- 2.º Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sepan leer y escribir.
- 3.º Los que por sentencia firme hubieren sido declarados pródigos.
- 4.º Los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil.»

Y como ejemplos de tutela restringida se estudiaban todos aquellos donde se podía hablar de una capacidad de obrar no totalmente desarrollada: menores de edad emancipados o habilitados de edad. Es decir, personas que necesitan para su actuación jurídica un «complemento de capacidad», materializado en el consentimiento de terceras personas, predeterminadas por la Ley y para concretos actos o negocios jurídicos.

Las diferencias fundamentales entre ambos tipos de tutela, omitiendo otros aspectos, eran:

a) Por la organización tutelar: La tutela plena exige la constitución de todo el entramado tutelar (nombramiento de tutor, protutor y Consejo de Familia); la tutela restringida precisa únicamente de la designación de tutor, y ello cuando falten las personas llamadas al ejercicio de la patria potestad.

b) Por sus consecuencias: En la tutela plena es el tutor quien interviene en lugar del menor o incapaz, como representante legal del mismo; en la restringida es el propio tutelado quien actúa, como hemos dicho, necesitando exclusivamente la concurrencia del tutor prestando su consentimiento al acto o negocio celebrado, en los supuestos que ello es preciso conforme a la Ley.

Esta identificación, bajo el manto común de la tutela, se produjo como consecuencia de haber optado nuestro Código Civil (al igual que el proyecto de 1851) por el principio de unificación en la guarda legal, influenciado muy directamente por el Derecho francés, y olvidando los antecedentes del Derecho castellano, cuyo organigrama de guarda y protección contemplaba tres facetas: la tutela, la curatela y la intervención judicial. Tal simplificación supuso que la doctrina debía concretar los criterios de distinción entre tutela plena y tutela restringida, lo que planteó varios problemas a resolver, como el que esta última precisaba de la constitución de todo el organismo tutelar, a que ya hemos hecho referencia, o no.

La nueva Ley 13/1983, de 24 de octubre, ha situado en sus justos términos la distinción entre lo que se dio en llamar tutela plena y tutela restringida, acabando con las imprecisiones y equívocos resultantes de unificar forzosamente. En la normativa recientemente aprobada resurge la figura del curador, que delimita perfectamente el carácter de su naturaleza y finalidad, quedando, en consecuencia, conceptualmente separada de la tutela, como figura independiente, dentro de las normas dedicadas a la guarda de menores e incapacitados. Por lo tanto, hoy ya no podemos hablar de tutela plena y restringida, sino tutela y curatela, cada una de las cuales tiene su ámbito de aplicación, su contenido y finalidad, aunque con necesarias identidades (lo relativo a nombramientos, inhabilidades, excusa y remoción), debido a que ambas instituciones van dirigidas, en último extremo, a amparar y proteger a los jurídicamente necesitados.

Aunque no es éste el lugar para profundizar en el estudio de la curatela, señalemos ahora su ámbito de aplicación, para constatar con mayor facilidad su semejanza con la que se denominó tutela restringida. Dice el artículo 286 del Código Civil en su nueva redacción que son personas sujetas a curatela:

1.º Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaren impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.

2.º Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad (antes habilitados de edad).

No obstante, la nueva norma (art. 286) incluye dentro de su texto situaciones anteriormente consideradas como susceptibles de tutela, a tenor del antiguo 200 CC: los declarados pródigos (art. 286, núm. 3); y, por otra parte, amplía las posibilidades de aplicación del régimen en aquellos supuestos donde el Juez lo entienda necesario, debido al grado de incapacitación: artículo 287 CC, en su nueva redacción (personas a quienes la sentencia de incapacitación o resolución judicial modificativa de la misma someta a esta forma de protección).

Lo que parece claro, y así lo reconoce la propia Ley 13/1983, de 24 de octubre, en su Disposición final, es la necesidad de una nueva norma que coordine los distintos términos utilizados en el articulado del Código Civil para un mismo fenómeno (a modo de ejemplo, art. 323, donde se debería decir curador y no tutor).

II. ARTÍCULO 222 DE LA LEY 13/1983, DE 24 DE OCTUBRE

De la redacción dada a este artículo por la nueva Ley resulta que:

«Estarán sujetos a tutela:

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

A la vista de este precepto, y comparándole con el antiguo artículo 200 del Código Civil, ya podemos intentar un análisis, por somero que sea, de lo que la reforma significa en cuanto a los sujetos pasivos de tutela:

A) *Consideraciones generales.*

Las líneas concretas modificativas más importantes, a nuestro modo de ver, aparte de las referidas en especial a cada uno de los supuestos, son las siguientes: exclusión de la prodigalidad e interdicción civil como supuestos susceptibles de tutela.

a) *Prodigalidad.*

Su exclusión es consecuencia lógica de las críticas que desde la doctrina más autorizada se venían haciendo contra el derogado sistema del Código Civil, al entender que la situación del pródigo y la causa que motivaba su incapacitación no eran suficiente justificación para someter al sujeto a un régimen tan complejo como el entonces aplicable cuando incluso el propio contenido de este tipo de tutela venía muy matizado por el articulado del Código Civil que a ella se refería (arts. 224 y 225). Por ello la nueva Ley ha extraído el supuesto de prodigalidad del ámbito de la tutela, sometiendo al pródigo al cuidado de un curador, cuya significación más concreta y determinada se adapta mejor al caso y, por otra parte, incardina con la naturaleza de la prodigalidad, que lo que requiere es un control de la persona afectada para casos determinados (judicialmente tasados) y no la aplicación de un sistema, como el tutelar, dirigido a aquellas personas que carecen de las cualidades esenciales que determinan la capacidad de obrar o que no han llegado a la edad necesaria para presumir que pueden desenvolverse por sí solos.

El problema que podían suscitar las tutelas de pródigos vigentes a la entrada en vigor de la nueva Ley ha quedado resuelto por la Disposición transitoria segunda, que establece que las mismas se regirán en lo sucesivo por lo dispuesto en la nueva normativa respecto de la curatela, aunque hemos de entender que su especial contenido será el que se determinó en la sentencia que estableció la prodigalidad. Y, por otra parte, de acuerdo con el contenido de la Disposición transitoria primera de la misma Ley, el tutor que hubiese sido designado de acuerdo con la legislación anterior se mantendrá en su cargo, aunque ajustando su actuación a la nueva Ley; esto es, actuará como un curador y no como un tutor. Entendemos que uno de los efectos de mayor importancia será que los Consejos de familia y protutores designados quedarán sin competencia alguna al acomodarse a la nueva situación el ejercicio de guarda.

b) *Interdicción civil.*

Tenía la interdicción civil el carácter de pena accesoria en los casos de pena de muerte no ejecutada (hoy desaparecida) y condena de reclusión mayor. Como dice Díez - PÍCAZO (*Comentarios al Código Civil*, tomo I), la interdicción civil no es más que «un puro residuo del viejo instituto de la muerte civil y hoy parece carente de justificación». Tal crítica y consideración, que por otra parte aparece en otros sectores doctrinales, parece haber hecho mella en el legislador, pues ha tratado el supuesto de tutela del interdicto con carácter residual y transitorio.

Nada más adecuado a su consideración que el lugar que la nueva Ley dedica a la tutela del interdicto, esto es, la Disposición transitoria tercera, donde dice:

«En cuanto subsista la pena de interdicción civil, la tutela de los condenados a ella corresponde a las personas que determinan los artículos 234 y 235 de este Código y se regirán en adelante por sus preceptos. Estas mismas normas serán de aplicación para las interdicciones ya firmes al tiempo de su entrada en vigor, continuando como tutor el que entonces lo sea».

El criterio escogido por el legislador es semejante al adoptado en los demás supuestos de transitoriedad, añadiendo el tono propio de institución a extinguir. No obstante, creemos que se hace necesario una cierta aproximación a esta disposición para mejor entender su significado. Tiene la norma dos finalidades: regular las futuras tutelas de interdictos que se establezcan mientras subsista la pena de interdicción civil y acomodar a la nueva Ley las tutelas que se hallasen vigentes a su entrada en vigor. Lo cierto es que no deja de llamar la atención el primero de los aspectos indicados, pues hemos de recordar que mediante la modificación opera-

da en el Código Penal mediante la Ley Orgánica Urgente y Parcial de reforma del mismo (Ley 8/1983, de 25 de junio), el artículo 45 impone como pena accesoria de la reclusión mayor la inhabilitación absoluta para el ejercicio de los derechos civiles, lo que supone la desaparición del único caso donde quedaba vigente la pena de interdicción civil, dejando, en consecuencia, sin materia susceptible de aplicación tal inciso de la Disposición transitoria comentada. Por otra parte, en cuanto a la segunda finalidad de la misma disposición, hemos de decir que su ámbito temporal de aplicación resultará más que reducido debido a que la citada Ley de reforma del Código Penal lleva consigo la obligación a los Tribunales de la inmediata revisión de condenas y, por tanto, la supresión de penas accesorias desaparecidas y con ello de las tutelas, que son su consecuencia.

B) *Menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad*
(artículo 222, núm. 1).

La principal diferencia de este número del nuevo artículo 222 del Código Civil respecto del antiguo artículo 200, número 1, del Código Civil está en que dentro de su propio texto se delimita ya el ámbito de aplicación de la norma, supeditada en todo caso a la patria potestad. Ciertamente que tal principio se hallaba contenido en las disposiciones positivas del derogado texto del Código Civil en esta materia, pero lo que queremos hacer notar es que tal principio se recogía en otro artículo del Código, concretamente el artículo 199, de manera general, y el artículo 206, párrafo segundo, relativo a la tutela testamentaria.

Si el presupuesto básico, hablando de menores de edad, para el sometimiento a tutela es la no sujeción a la patria potestad, habremos de ver qué ocurre o qué debería ocurrir en función de la causa de extinción de la patria potestad. El artículo 169 del Código Civil en su nuevo texto señala tres supuestos de extinción de la patria potestad: *a)* Muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres (provoca necesariamente la constitución del organismo tutelar con alguna precisión, que será objeto de estudio posterior). *b)* Emancipación (ya no se trataría de un supuesto del núm. 1 que estudiamos, y la guarda vendría dada por la incapacitación o el sometimiento a curatela, siempre que no se trate de mayoría de edad). *c)* Adopción (supone, de acuerdo con el art. 176 del Código Civil, que la titularidad y ejercicio de la patria potestad pasaría al adoptante o adoptantes). Por otra parte, el artículo 170, párrafo primero, establece la posibilidad de que el padre, la madre o ambos sean privados del ejercicio de la patria potestad, total o parcialmente, en virtud de sentencia dictada en los casos a que el precepto se refiere.

Comentemos más concretamente alguno de los supuestos contemplados:

a) Fallecimiento del progenitor que ejerce la patria potestad estando el otro privado de su ejercicio.

En tal caso debemos tener en cuenta que la sujeción del menor a tutela no será automática, pues cabe la posibilidad de que el padre privado del ejercicio lo recupere si el Juez entiende ser beneficioso para el menor (art. 170, párrafo segundo). Tengamos en cuenta que el sentido preferencial que otorgamos a la patria potestad se debe al carácter de mayor identidad con el protegido, que implica relaciones afectivas más intensas y, por tanto, más beneficiosas, lo que supone que siempre será preferible la revisión de la actuación anterior del progenitor privado que encomendar directamente la guarda del menor a un pariente o extraño en concepto de tutor. Asimismo, parece que el legislador no repudia tal criterio cuando entre las causas que dicta para la extinción de la tutela (art. 277, número 1) se refiere al caso de la recuperación de la patria potestad. Ciertamente es que nuestra idea va más allá de la recogida por el citado artículo (que se refiere al supuesto de que la tutela se halla establecida precisamente por la privación) y que supone que tal recuperación se pueda utilizar como excepción en el proceso de designación de tutor.

b) Hijo mayor de dieciséis años no sujeto a la patria potestad.

Es el caso del menor de edad, mayor dieciséis años, que por cualquier causa se ve precisado de protección al haberse extinguido la patria potestad sobre él. Tampoco en este caso es automático el sometimiento a tutela, y ello debido a las siguientes normas legales: a) Artículo 321 del Código Civil: «También podrá el Juez, previo informe del Consejo de familia, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare». b) Artículo 231 del Código Civil: «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 si fuera mayor de doce años»; y los artículos 210, 224, 225 y 234, de donde se deduce uno de los principios de mayor importancia de la reforma: la libre decisión judicial, limitada, exclusivamente, porque su actuación sea en beneficio del sujeto a tutela.

Pero, ¿qué deducimos de todos estos preceptos citados? Que al instarse ante el Juez o ponerse en su conocimiento el hecho que determina la constitución de la tutela de un menor de edad, mayor de dieciséis años, el Juez, a solicitud del propio menor o porque lo entienda beneficioso para él, le conceda el beneficio de la mayor edad (arts. 320 y 321

del Código Civil), lo que implica el sometimiento a curatela y no tutela. Volvemos a reiterar la necesidad de una pronta normativa de coordinación de términos dentro del Código Civil, pues al estudiar el problema tratado nos encontramos con que el artículo 321 sigue haciendo referencia al Consejo de familia.

c) *Hijo adoptivo.*

Bajo la normativa ahora derogada entendía la doctrina que el adoptante no podía en ningún caso designar tutor al adoptado. La profunda variación sufrida en materia de adopción, materializada en las últimas reformas, nos obliga a reconstruir la relación tutela-adopción en sus diversas facetas. Quizá la mayor variación se halle en el artículo 176 del Código Civil, de vida tan agitada. Variado su texto con la Ley de 13 de mayo de 1983, dejado sin contenido en la Ley de 7 de julio del mismo año y resurgido mediante la Ley de 24 de octubre de 1983. Y todo ello debido a que en su seno tal norma contiene la concesión al adoptado del *status familiae*, a diferencia de su anterior *status filii*.

En el aspecto que ahora nos interesa, el artículo 176 en su último párrafo dice: «Extinguida la patria potestad del adoptante o adoptantes se aplicarán, en su caso, las normas de la tutela, excluyendo de los llamamientos legales a los parientes por naturaleza».

C) *Incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido.*

Para estudiar el segundo número del nuevo artículo 222 hemos necesariamente de partir de la premisa de quiénes son susceptibles de ser incapacitados. Según el artículo 200 del Código Civil, en su nuevo texto, son causas de incapacitación: «Las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma». Y el nuevo artículo 201 del Código Civil señala que «los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad». Luego, serán incapacitados todos aquellos, mayores o menores de edad, que sufriendo alguna enfermedad o deficiencia persistente, de carácter físico o psíquico, que les impida gobernar por sí mismos su persona o bienes, sean declarados en tal situación judicialmente.

Un primer aspecto a plantear sería si la tutela del menor no emancipado ha de ampararse en el número 1 o en el número 2 del artículo 222 del Código Civil. El fundamento de la tutela del menor, basada en la propia protección del menor, donde no se entiende una falta de capaci-

dad, sino desarrollo hacia la plenitud (falta de experiencia y aprendizaje psíquico), hace que su tratamiento sea específico y en ningún caso requiera la previa incapacitación para el sometimiento a tutela. Luego, ¿qué trascendencia tendrá la incapacitación del menor? Mientras continúa la minoría de edad, la incapacitación supondrá, total o parcialmente, la supresión de la pequeña esfera de actuación que la Ley concede al menor (posibilidad de hacer testamento del art. 663; ser testigo del artículo 701; ejercicio de la patria potestad del art. 157) y, por supuesto, ser la base suficiente para que llegada la emancipación o mayoría de edad, la patria potestad quede prorrogada (art. 171 del Código Civil) o continúe vigente la tutela en ejercicio.

Desde otro punto de vista, llama la atención la distinta formulación que hace el Código en el número 2 del artículo 222 (los incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido) de aquel otro artículo 200 del Código Civil, hoy derogado, que decía: «Los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos, y los sordomudos que no sean leer ni escribir»; recordemos supuestos de las denominadas «restricciones de la personalidad jurídica» del ahora desaparecido artículo 32, párrafo segundo, del Código Civil (Ley 13/1983, de 24 de octubre).

Por tanto, lo que parece haber querido el legislador al hablar de «incapacitados», variando el criterio anterior y al definir los supuestos de incapacitación de manera genérica (nuevo art. 200 del Código Civil), ha sido romper con los criterios y conceptos excesivamente estrechos que presidían la incapacitación y por tanto la posibilidad de tutela, lo que imposibilitaba o dificultaba declarar como incapaces a personas en situaciones que no les permitían gobernarse por sí mismos, en su persona o bienes. Así la técnica anterior obligaba a meter en un mismo apartado situaciones tan distintas como los enfermos psíquicos y los deficientes por naturaleza (locos e imbeciles), o dificultaba el tratamiento de toxicómanos y alcohólicos. Asimismo, se hace innecesaria la diferencia establecida en la antigua regulación sobre la tutela del loco y demente y de la del sordomudo (decía el antiguo art. 218 que la sentencia que declaraba la incapacidad del sordomudo fijaría la extensión y límites de la tutela según el grado de incapacidad de aquéllos, principio ahora aplicado a toda incapacitación).

Por otra parte, el número 2 del artículo 222 supedita la tutela a que la sentencia de incapacitación así lo establezca. No deja de ser el lógico corolario del artículo 210 del Código Civil en su nueva redacción, donde se materializa el principio de que no necesariamente la incapacitación tiene que desembocar en tutela, sino que el Juez, atendido el interés del

tutelado, puede preferir el sometimiento del necesitado de protección a otro sistema de guarda (curatela).

Dentro del ámbito de este número 2 del artículo 222 del Código Civil, debemos incluir, como ya hacía la doctrina respecto del sistema derogado, a los menores de edad emancipados (LETE DEL RÍO, *Comentarios al Código Civil*, tomo IV, pág. 153). Ahora bien, respecto de estos menores emancipados y respecto de los mayores de edad, cuando convivan con sus padres o con uno de ellos, no se constituirá la tutela, sino que se prorrogará la patria potestad. No obstante, esta declaración, amparada en el artículo 171 del Código Civil, debe ser matizada desde un doble punto de vista:

1.º Que el llamado al ejercicio y titularidad de la patria potestad pueda ejercitarla eficazmente.

2.º Que tal prórroga quede, al arbitrio del Juez en el sentido de poder optar por la constitución de la tutela en vez de la prórroga, atendidas las circunstancias del caso, como parece deducirse del artículo 210 del Código Civil (la sentencia que declare la incapacitación determinará... «el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado»).

D) *Los sujetos a la patria potestad prorrogada al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.*

A ello se refiere el número 3 del artículo 222 del Código Civil, que necesariamente hemos de poner en relación con el ya citado artículo 171 del Código Civil. Dice el número 2 que al extinguirse la patria potestad prorrogada se constituirá alguna forma de guarda del incapacitado. Tendremos que relacionar estas causas de extinción de la patria potestad prorrogada: 1.º Muerte o declaración de fallecimiento de los titulares de la patria potestad prorrogada. 2.º Haber contraído matrimonio el sujeto a dicha prórroga. 3.º Los supuestos de privación de la patria potestad del artículo 171 del Código Civil, que entendemos perfectamente aplicable al caso. Las demás causas del artículo 171 del Código Civil lo que suponen es: dejar sin efecto la incapacitación (núm. 3 del art. 171 del Código Civil); la desaparición de la personalidad civil (núm. 1 del art. 171 del Código Civil), o continuidad de la patria potestad prorrogada en caso de adopción del sujeto a ella (núm. 2 del art. 171 del Código Civil, en relación con el art. 176 del Código Civil).

Es asimismo preciso coordinar el último párrafo del artículo 171 del Código Civil («Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación se constituirá la tutela») con el último inciso

del número 3.º del artículo 222 del Código Civil («salvo que proceda la curatela»). Aunque en principio, y en base a la repetida Disposición final, el legislador ha previsto la adecuada coordinación de términos, no parece necesario tener que recurrir a ese sistema al haber sido objeto de modificación mediante la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el contenido de ambos preceptos, por lo que el artículo 171 debería haber quedado redactado: «...se constituirá la tutela o curatela cuando procedan».

¿Podrá pensarse que el no haber llevado a cabo el legislador tal coordinación no se debe a omisión, sino que el mantener tales redacciones tiene su fundamento? Entendemos que no. Si repasamos el texto del artículo 171 del Código Civil vemos que la patria potestad prorrogada «...se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente a las reglas del presente título». De tal disposición se deduce una doble posibilidad:

a) Que en la resolución de incapacitación el Juez establezca la prórroga de la patria potestad con un contenido semejante al de la curatela. En cuyo caso, a la extinción de la patria potestad prorrogada el incapacitado quedará sometido a tal forma de guarda. Razón por la cual el número 3 del artículo 222 del Código Civil dice que se constituirá la tutela, salvo que proceda la curatela.

b) Que en la resolución judicial se disponga exclusivamente la prórroga sin más. En tal caso, al extinguirse la misma, tendremos que volvernos a la sentencia de incapacitación para determinar el tipo de guarda preciso, que puede ser tanto tutela como curatela.

c) Que la incapacitación que determina la prórroga se base en una situación semejante a la que en otro caso provocaría el sometimiento a tutela, y el Juez ante el que se solicite la constitución tutelar entienda que las circunstancias han variado, inclinándose por la curatela.

CLASES DE TUTELA

I. INTRODUCCIÓN

La forma de organizar la tutela que tenía establecida la legislación ahora derogada suponía la existencia de tres clases, a las que se les dedicó su respectivo capítulo, dentro del título IX del libro I del Código Civil. Eran: Tutela testamentaria, tutela legítima y tutela dativa. La causa de la clasificación se encontraba en el origen del nombramiento, esto es, testamento, deferido por la propia Ley o designado libremente por el Consejo de familia, cuando no existían tutores testamentarios o personas llamadas por la Ley a la tutela.

Por otra parte, dentro de capítulo destinado a la tutela legítima existían cuatro secciones, dedicadas cada una de ellas a un supuesto de incapacidad de los contenidos en el antiguo artículo 200 del Código Civil ya transcrito (menores, locos o dementes y sordomudos, pródigos e interdictos), precisando las especialidades propias de cada tipo de tutela. La actual Ley simplifica todo este entramado desde diversos puntos de vista, algunos de los cuales ya hemos comentado:

1.º Se definen de un modo genérico y amplio las causas de incapacidad (art. 200 del Código Civil: enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma).

2.º Aplicación a toda clase de tutela del principio de graduación de la incapacidad (art. 210, ya visto).

3.º Identidad de régimen legal para toda clase de tutelas (secciones 2.ª y 3.ª, capítulo II).

Todo ello supone la desaparición, salvo determinados aspectos muy concretos, de diferencias entre tipos de tutela, por lo que a su contenido se refiere, en función de la causa que la motiva. Desde otro punto de vista, al haber desaparecido el Consejo de familia como órgano tutelar, desaparecen con él las competencias que tenía asignadas, entre ellas el nombramiento de tutor dativo a que se refería el artículo 230 del Código Civil.

II. TUTELA TESTAMENTARIA

A) *Concepto.*

Será aquel tipo de tutela que se caracteriza por la forma de nombramiento del tutor, realizada mediante testamento o documento público notarial, por aquellas personas a quienes la Ley faculta para ello.

Parece que de tal definición surge un equívoco. Si llamamos a este tipo de tutela testamentaria, ¿cómo podemos incluir el documento público notarial para la designación de tutor? Bueno, ello es debido a que la nominación de tal clase de tutela se amparó en la legislación anterior, donde el único medio de designación era precisamente mediante el testamento. Quizá hoy deberíamos hablar de tutela de designación paterna o familiar, o cualquier otra semejante, que haga hincapié, no en el medio utilizado, sino en la persona de quien proviene el nombramiento, sobre todo habiendo quedado tras la Ley de reforma reducido al ámbito fami-

liar la designación de tutor, ya que los extraños podrán nombrar sólo administrador (art. 227 del Código Civil).

B) *Medios formales.*

Señala el artículo 223 del Código Civil que la designación de tutor podrá hacerse por los padres mediante testamento o documento público notarial. Parece lógica la doble vía que prepara el legislador, pues el testamento, aun cuando es documento público notarial, puede no serlo (testamento ológrafo, en peligro de muerte, marítimo, algunas modalidades de testamentos forales, etc...). Por otra parte, el término «documento público notarial», en principio impreciso, entendemos que ha sido elegido por identidad con la terminología utilizada por el Código Civil al hablar de la prueba de los contratos, ya que desde la óptica de Derecho notarial hubiese sido mucho más preciso hablar de instrumento público o escritura pública, siendo preferible este último término, que lleva consigo la exclusión del acta notarial, que no sería aplicable al caso considerado por razones obvias de finalidad de tal medio formal. Ya dentro de la propia escritura de designación de tutor diremos que su contenido puede ser directo (escritura de designación de tutor) o indirecto (por ejemplo, disposición complementaria en escritura de donación).

C) *¿A quién corresponde la facultad concedida por el artículo 223 del Código Civil?*

a) Como dice el propio artículo comentado, tal facultad corresponde a los padres, principio ya contemplado en la legislación anterior. Al hablar de padre y madre nos referimos también, aun cuando el precepto no lo diga, al padre o madre adoptivos; y ello queda fuera de toda duda tras la restauración del artículo 176 del Código Civil (redacción conforme a la Ley de 13 de mayo de 1981), por la extensión al adoptado del *status familiae*. Así en dicho artículo se contiene: la concesión de la patria potestad al adoptante (párrafo tercero), *status familiae* al adoptado (párrafo segundo), equiparación del hijo por naturaleza con el adoptado (párrafo primera), razones todas ellas más que suficientes para conceder al adoptante el derecho que a los padres otorga el artículo 223 del Código Civil.

b) ¿Qué eficacia tiene el nombramiento realizado por quien ha sido privado del ejercicio de la patria potestad?

Dice el artículo 226 del Código Civil: «Serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público notarial sobre tutela si en el momento de adoptarlos el disponente hubiese sido privado de la pa-

tria potestad». Por tanto, la eficacia de las designaciones hechas por los medios del artículo 223 del Código Civil queda condicionada a la privación de la patria potestad en el «momento de adoptarlas». Esta limitación podría interpretarse en el sentido de que la privación existiese en el momento de la designación o, por el contrario, en el de la constitución de la tutela. Parece que el sentido común nos indica que el momento que condiciona la eficacia es el de la designación en testamento o correspondiente escritura.

Pero, ¿qué eficacia tendría la designación hecha por quien hubiese sido privado de la patria potestad, y durante tal privación, si posteriormente la recuperase? Nos inclinamos a aceptar una postura admensiva, entendiendo que la recuperación supone una rehabilitación de las relaciones afectivas y de interés que la patria potestad supone; y si el padre o la madre, o ambos, en su caso, mantuvieran tácitamente la designación hecha en la época de la privación deberíamos entenderlo completamente eficaz. No plantearía problema alguno si tras la recuperación el titular de la patria potestad, utilizando uno de los medios formales que le concede el artículo 223 del Código Civil, ratificase lo anteriormente hecho.

c) ¿Podrá el padre o madre, menor no emancipado, nombrar tutor a un hijo sujeto a su patria potestad?

Hemos de partir de los siguientes presupuestos:

1.º El artículo 157 del Código Civil, que dice: «El menor de edad no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres, y a falta de ambos, de su tutor; en casos de desacuerdo o imposibilidad, con la del Juez».

2.º La posibilidad que a los padres confiere el artículo 223 del Código Civil para la designación de tutor, con la limitación del artículo 226 del Código Civil.

3.º La jurisprudencia tiene sentado el principio de que el derecho a nombrar tutor para los hijos (sobre la base del antiguo art. 206 del Código Civil) es un derecho absoluto (Sentencia de 17 de octubre de 1908).

4.º Como ya hemos apuntado en otro lugar de este trabajo, el fundamento de las restricciones que en su capacidad de obrar sufre el menor no emancipado, de acuerdo con la doctrina, no se halla en ninguna idea de sanción o prevención de la sociedad, sino que se entiende como un medio de protección del propio menor.

Conforme a lo dicho, creemos que esa protección del menor, razón de las limitaciones a su capacidad de obrar, son también el fundamento del amparo para quienes dependen de un menor que es padre y titular de la patria potestad. Empero, esa patria potestad no es normal aunque tenga el mismo contenido, sino que se ve modalizada por la necesaria interven-

ción de los padres o tutores del padre menor de edad no emancipado o del propio Juez, esto es, el ejercicio de la patria potestad por parte del menor no emancipado requiere, como requisito indispensable, que se convierta en algo inherente al ejercicio de tal forma de patria potestad, la intervención de las personas citadas en el artículo 157 del Código Civil.

Luego, si conforme a lo previsto en los artículos 223 y 226 del Código Civil entendemos que sólo podrá designarse tutor para el hijo por parte del padre que se halle en el ejercicio de la patria potestad, y si la patria potestad por el padre menor de edad del artículo 157 del Código Civil está modalizada en la forma expuesta, será requisito necesario para el ejercicio de la facultad de designación de tutor el cumplimiento de los requisitos establecidos en el propio artículo 157 del Código Civil (asistencia del padre, madre o tutor o intervención judicial).

D) *Extensión de las facultades.*

Según el artículo 223 del Código Civil, los padres no solamente podrán proceder a la designación de tutor, sino también «establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados». La parte transcrita sugiere las siguientes cuestiones:

a) ¿A qué órganos se refiere el artículo 223 del Código Civil en su nueva redacción?

Ante todo señalar que ese «órgano» puede ser tanto individual como colectivo, único o múltiple, pues el precepto confiere las más amplias facultades a los padres y, sin embargo, en principio, no dispone limitaciones. En consecuencia, ¿sería posible designar Consejo de familia y protutor? Indudablemente, esto supondría la rehabilitación del sistema derogado, pero no encontramos argumento que impida la posibilidad apuntada. Otro tema sería qué facultades pudieran otorgarse a esos órganos, cuestión que pasamos a estudiar.

b) Posibles competencias de los órganos designados por los padres en testamento o documento público notarial.

El precepto no impone limitación alguna a la voluntad de los padres y a su intención organizativa si lo consideramos aisladamente. Pero tengamos en cuenta, para resolver tales cuestiones, que por el camino marcado podríamos obviar todas y cada una de las intervenciones judiciales que la Ley prevé en el ejercicio de la tutela, por lo que es necesario hacer una mayor concreción y decidir en razón de la función que cumplen tales intervenciones judiciales respecto del menor o incapacitado.

En principio, creemos que sería imposible ampliar, restringir o variar la extensión y límites que para la tutela se deriven de la sentencia de incapacitación de tal o cual acto o negocio, no podrá este aspecto modificarse. ¿Por qué? Porque el hecho que determina la posibilidad de que el padre, con efectividad, designe tutor para el incapacitado es esa misma sentencia; y respecto del menor, su capacidad viene predeterminada a lo largo de la normativa positiva, constituyendo materia de observancia necesaria. ¿Podríamos sustituir la autorización judicial legalmente prevista por autorización prestada por el órgano creado conforme al artículo 223 del Código Civil? El término utilizado por el mencionado artículo es el de «órgano de fiscalización». Fiscalizar equivale a controlar, auditar, vigilar, pero no asistir ni autorizar. Es decir, tales órganos hemos de entenderlos como colaboradores de la autoridad judicial, complementando el deber de vigilancia que el artículo 232 del Código Civil impone al Juez, quien actuará «a instancia de cualquier interesado».

Entonces, ¿qué utilidad tienen tales órganos? Ya hemos dicho que tienen una amplia labor de complemento en la vigilancia judicial de la tutela. Ahora bien, el desarrollo de esa labor se encauza a través de dos caminos: 1.º Imposición, por los medios del artículo 223 del Código Civil, de obligaciones adicionales al tutor (por ejemplo, rendición de cuentas, informes previos a negocios o actos que requieran autorización judicial, dar cuenta el tutor, con carácter previo, de decisiones que puedan afectar o vayan a influir a la persona o bienes del tutelado). 2.º Participar en las actuaciones judiciales de la siguiente manera: a) Excitando el deber de vigilancia del Juez, al amparo de la nueva redacción del artículo 232 del Código Civil. b) Convirtiendo en requisito previo para la autorización judicial necesaria el informe del órgano de fiscalización, ya que la autoridad judicial queda vinculada por las disposiciones de los padres conforme a lo dispuesto en los artículos 223 y 224 del Código Civil. No obstante, la vinculación a las disposiciones de los padres no es absoluta, como resulta del citado artículo 224 del Código Civil, por lo que el informe del órgano de fiscalización, aun cuando negativo, podría no ser tenido en cuenta.

La tesis mantenida, que implica una mediatización de los que hemos denominado poderes absolutos de los padres, nos viene dada por los principios que inspiran la Ley reformadora del Código Civil en materia de tutela; y, concretamente, por lo que respecta al tema que estudiamos, debemos reiterarnos en que la voluntad de los padres queda supeditada al libre criterio judicial en último extremo (art. 224 del Código Civil). Luego el sobreponer o sustituir a la intervención judicial un sistema creado al amparo del artículo 223 del Código Civil vendría a suponer que el propio Juez sustituye su competencia; y hemos de tener en cuenta que tal

competencia, como en otros muchos casos, no es declinable, por cuanto que la intervención judicial es la garantía última para la persona y bienes del tutelado, lo cual es lógico en un sistema de tutela de autoridad.

Una última consecuencia del repetido artículo 223 del Código Civil sería la posibilidad de que los padres delegasen la facultad que tal precepto les otorga de nombrar tutor en favor del Consejo de familia u otro Ir-gano por ellos establecido, que a nuestro entender habría que aceptar, o tener prevista la sustitución temporal del tutor mediante un «protutor», lo que haría innecesario el nombramiento de defensor judicial.

E) *Concurrencia de nombramientos al amparo del artículo 223 del Código Civil.*

Dice el artículo 225 del Código Civil: «Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueren compatibles. De no serlo se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado».

La razón de ser de este precepto se encuentra en el repetido artículo 223 del Código Civil, donde la facultad de designar tutor corresponde a ambos padres. El antiguo artículo 209 del Código Civil establecía un orden preferencial concreto, otorgando el primer lugar al designado por aquel de los padres que últimamente hubiese ejercido la patria potestad y posteriormente, en este orden, el designado por extraño que hubiese instituido heredero al tutelado o dejado manda de importancia.

La nueva redacción dada al artículo 225 del Código Civil responde a dos criterios: a) Reservar la facultad de nombrar tutor, y por los medios formales reconocidos, exclusivamente a los padres (art. 223 del Código Civil), pues los extraños (debemos incluir demás parientes) sólo podrán nombrar administrador (art. 227 del Código Civil). b) Resolver algunos supuestos oscuros de concurrencia de designaciones, entregando el poder de dirimir al Juez competente en la constitución de la tutela. Ahora bien, del artículo 225 del Código Civil, en relación con el artículo 224 del mismo, se deduce que el Juez quedará vinculado por las disposiciones de ambos padres siempre y cuando resulten compatibles en su aplicación y beneficiosas para el menor o incapacitado, razón por la cual el Juez deberá razonar, motivadamente, por qué no ha entendido aplicables unas y otras disposiciones conjuntamente, lo que permitirá plantear recurso contra la decisión judicial, sea cual sea el resultado, si no se es conforme con las razones que motivaron la no adopción de las medidas dispuestas por ambos padres, al amparo del artículo 223 del Código Civil, y provocaron una nueva formulación judicial.

F) *Aparición de tutor o administrador designado al amparo de los artículos 223 y 227 del Código Civil, estando otro tutor en el ejercicio de la tutela.*

Bajo la legislación anterior esta concurrencia se resolvía por los cauces contenidos en el antiguo artículo 210 del Código Civil: 1.º Si estando en ejercicio un tutor apareciese el nombrado por el padre debería serle entregada inmediatamente la tutela. 2.º Si el tutor que apareciese fuese el nombrado por extraño se limitaría su actuación a administrar los bienes procedentes del que le hubiese nombrado mientras no vacase la tutela en ejercicio.

El primero de los casos resueltos con la citada norma no planteaba problemas interpretativos de importancia. No puede decirse lo mismo del segundo de los supuestos, donde la doctrina y jurisprudencia se vieron obligadas a describir soluciones a cuestiones de importancia (¿incluía tal administración el poder de disposición?). Cuestiones éstas que en la nueva regulación quedan zanjadas, pues el actual artículo 227 del Código Civil lo que concede al extraño es la facultad de nombrar administrador («reglas sobre la administración de los mismos», art. 227 del Código Civil). Luego su posterior aparición supondría, simplemente, el sometimiento de los bienes dejados al tutelado por un extraño a la administración de la persona que ese mismo extraño haya designado. Por otra parte, en cuanto al caso de aparición tardía del tutor designado por los padres, aun cuando la nueva Ley no disponga solución concreta, hemos de entender que coincide con la aportada por el antiguo artículo 210 del Código Civil, inciso primero; teoría avalada por la vinculación que para el Juez supone lo dispuesto por los padres (art. 223 del Código Civil), con la limitación ya expuesta que supone el artículo 224 del Código Civil.

G) *Nombramiento de administrador por extraño.*

Señala el artículo 227 del Código Civil: «El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar a la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor».

Obvio es que en este punto la reforma ha sido profunda. El antiguo artículo 207 del Código Civil decía, taxativamente, que el que dejare herencia o legado de importancia en favor de un menor o incapacitado podía nombrarle tutor. La diversidad apuntada entre ambos preceptos deriva de dos aspectos fundamentales: 1.º La nueva norma confiere la facultad de designación a quien dispusiere de bienes en favor del menor o incapacitado.

tado a título gratuito. 2.º Lo que se otorga al extraño es la posibilidad de nombrar administrador, no tutor. En cuanto al primer punto, la norma amplía los supuestos que permiten el nombramiento (actos *inter vivos* a título gratuito); en cuanto al segundo, queda claro que el extraño carece de poder para el nombramiento de tutor, pues la propia norma habla de «administrador»; así sus competencias irán dirigidas a la realización de actos de administración sobre los bienes dejados al menor o incapacitado, correspondiendo la representación del mismo al tutor y, por tanto, el ejercicio del poder de disposición mediatizado en la forma dispuesta por la propia Ley (autorización judicial).

El administrador, nombrado al amparo del artículo 227 del Código Civil, vendría obligado a rendir cuentas de su administración, al finalizar ésta, al mismo Juez competente en la vigilancia de la tutela (por similitud con la administración del art. 229 bis del Código Civil y aplicación de un principio general de toda administración); y aunque la Ley expresamente no lo diga, intervención directa, mediante informe, en la formación de la decisión judicial para autorizar actos o negocios relativos a los bienes administrados.

El último inciso de este artículo 227 del Código Civil señala que «las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor». Parece incuestionable que las funciones que excedan de la mera y ordinaria administración no es que no se le confieran al administrador, sino que si se le confriesen sería impugnabile la concesión por excesiva e incluso no admitida por el Juez al constituir la administración. Luego, ¿habremos de interpretar el precepto en el sentido de que sólo se atribuyen al administrador las facultades de administración expresamente señaladas por quien hizo la designación? El sentido del precepto se halla en la formulación contraria a la pregunta realizada; esto es, el administrador tendrá todas las facultades propias para poder llevar a cabo una adecuada administración, salvo aquellas que expresamente hubiere extraído de su competencia quien hubiese hecho la designación.

Para terminar, señalar que aun cuando respecto de este artículo 227 del Código Civil no exista una norma que específicamente resuelva el tema de la vinculación a que queda sometido el Juez (como es el art. 224 del Código Civil respecto del art. 223), debe entenderse una solución semejante en aras del principio de vigilancia y libre criterio judicial que propugna la Ley reformadora.

III. TUTELA LEGÍTIMA

A) *Concepto.*

Es la deferida por la Ley mediante designación judicial en el procedimiento de constitución de la tutela y que ha de recaer necesariamente en las personas llamadas por la Ley.

B) *¿Cuándo procede?*

Los supuestos en que se hace necesaria son fáciles de determinar. Así pues: *a)* Cuando falte nombramiento de tutor al amparo del artículo 223 del Código Civil. *b)* Cuando tal nombramiento sea nulo o ineficaz. *c)* Cuando el nombrado resulte inhábil, premuera, se excuse o sea removido de su cargo. *d)* Cuando el Juez, conforme a lo dispuesto en el artículo 224 del Código Civil, mediante decisión motivada, se apartase de las disposiciones dictadas por los padres y defiera legítimamente la tutela. ¿Procede en el caso de nombramiento de administración al amparo del artículo 227 del Código Civil? Reiterándonos en lo ya expuesto, tal nombramiento es de administrador y no de tutor, lo cual no impide, sin embargo, que el administrador pueda ser nombrado tutor por el Juez según lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del Código Civil, que dan libre decisión al Juez y matizan la vinculación a las disposiciones testamentarias o de documento notarial. Pero en tal caso estaríamos ante un tutor designado por el Juez, independientemente de su condición de administrador.

C) *¿En quién puede recaer el nombramiento de tutor?*

El sistema positivo derogado establecía distintas listas de preferencia para cada uno de los supuestos tutelares. Esta materia, muy influenciada por los principios de afectividad, inmediatividad, eficacia y beneficio del tutelado, fue ya objeto de reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, donde manteniéndose los distintos órdenes se modificaba el contenido de los mismos (antiguos arts. 211, 220 y 227 del Código Civil). La Ley 13/1983, de 24 de octubre, ha terminado con tal diversidad, estableciendo un sistema de general aplicación, sea cual sea la persona sujeta a tutela, en el artículo 234 del Código Civil, que dice:

«Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1.º Al cónyuge que viva con el menor o incapacitado. 2.º A los padres. 3.º A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 4.º Al des-

cendiente, ascendiente o hermano que designe el Juez. Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas si el beneficio del menor o incapacitado así lo exigiere».

Por tanto, la norma tiene dos aspectos: el primero, la escala preferencial para el nombramiento de tutor; el segundo, la reiteración de un principio ya recogido anteriormente en la propia Ley, el libre arbitrio judicial.

a) Orden de preferencia del artículo 234 del Código Civil. Carácter.

Como ya hemos señalado en su párrafo primero, el artículo 234 del Código Civil determina las personas a quienes ha de corresponder el nombramiento de tutor y orden de preferencia entre las mismas. Atendiendo exclusivamente a ese párrafo primero, parece que la preferencia dispuesta es de carácter prelativo: existiendo cónyuge que conviva con el menor o incapacitado no puede deferirse el nombramiento de tutor a los padres, y así sucesivamente con el resto de las personas encuadradas en los números posteriores. Luego, ¿cuándo podremos pasar de un número a otro? La respuesta, a nuestro entender, es similar a la utilizada para resolver la cuestión de cuándo procede la tutela legítima. Pasaremos de un número a otro de los del artículo 234 del Código Civil: a) Cuando las personas a que se refiera el número precedente no existan. b) Cuando sean inhábiles, hubieren premuerto, se excusen o sean removidas del cargo.

c) Que el Juez haga caso omiso del orden del precepto al amparo de las facultades que le confiere el párrafo segundo de la misma norma.

Puede parecer que el supuesto señalado bajo la letra c) es causa de ruptura del que hemos definido como orden preferencial del párrafo primero del artículo 234 del Código Civil. Ciertamente, la amplitud con la que queda formulado el libre arbitrio judicial en el párrafo segundo del artículo 234 del Código Civil nos hace dudar de nuestra anterior afirmación. No obstante, si relacionamos el párrafo citado con el artículo 224 del Código Civil descubramos alguna solución intermedia que mantenga, aunque sólo sea teóricamente, lo prelativo del orden del párrafo primero. Así pues, como ya dijimos, el artículo 224 del Código Civil dispone que el Juez quedará vinculado por las disposiciones paternas sobre tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado requiera otra solución, que adoptará el Juez mediante decisión motivada. Si diseccionamos el párrafo segundo del artículo 234 del Código Civil encontraremos indiscutibles similitudes con la forma de redacción del último inciso del artículo 224 del Código Civil: «resolución motivada»; «beneficio del menor o incapacitado si así lo exigiere». Y la utilización de un término distinto en cada uno de los preceptos comparados: vinculación (art. 224 del Código Civil); excepcionalmente (art. 234, párrafo 2.º, del Código Civil). Todo ello conduce a que la vinculación que dictamina el artículo 224 del Có-

digo Civil viene a ser aplicable al supuesto contemplado por el artículo 234 del Código Civil, porque la excepcionalidad lo que permite al Juez es salirse de la regla general cuando haya causa para ello; y esto no es otra cosa que vinculación para el Juez, que únicamente podrá dejar a un lado el orden de preferencia del artículo 234, párrafo primero, cuando el beneficio del menor o incapacitado así lo exigiere.

b) Cónyuge del menor o incapacitado.

La exigencia que plantea el número 1.º del artículo 234 del Código Civil es la de convivencia del cónyuge del tutelado para que pueda ser llamado a su tutela. Vamos a intentar aproximarnos al sentido de tal requisito trayendo a colación los artículos 68 y 71 del Código Civil, ambos reformados por la Ley 30/1981, de 7 de julio, y ello con la finalidad de discernir si el cónyuge del tutelado, que no tiene su mismo domicilio, sin estar separados o disuelto el matrimonio, puede desempeñar el cargo de tutor.

La doctrina más acreditada ha entendido siempre que la obligación de convivencia de los cónyuges (recogida en el art. 68 del Código Civil) es de orden público; así, como señala SANCHO REBULLIDA en la obra *Comentarios al Código Civil*, no cabe convenio sobre tal deber ni entre los cónyuges ni con tercero. Por otra parte, el artículo 70 del Código Civil dice que los cónyuges fijarán de común acuerdo el domicilio conyugal. Es decir, si recordamos lo que el profesor ALBADALEJO escribe, sistematizando un reiterado criterio doctrinal acogido por la jurisprudencia, al decir que el domicilio se compone de dos elementos: *corpus* (hecho de residir en un lugar determinado) y *animus* (propósito o intención de hacerlo de un modo permanente), lo que el artículo 70 del Código Civil dispone es que los cónyuges deben fijar, de común acuerdo, el domicilio conyugal, dentro del cual habrán de cumplir su obligación de convivencia («vivir juntos»).

Tras lo expuesto parece que deberíamos dar una respuesta negativa a la cuestión planteada: el cónyuge que no conviva en el domicilio del sometido a tutela no podrá ser nombrado tutor. No obstante, existen ciertos preceptos legales que nos obligan a seguir profundizando.

El artículo 1.325 del Código Civil otorga una total libertad a los cónyuges para pactar en capitulaciones lo relativo a las relaciones económicas y personales de los cónyuges sin más limitaciones que las establecidas en el artículo 1.328 del Código Civil (ley, costumbre e igualdad de derechos de los cónyuges). ¿Contravendrá el artículo 1.328 del Código Civil un pacto por el cual se determinase un domicilio para cada uno de los cónyuges? Entendemos que no, pues el propio Código Civil en su artículo 67 impone a los cónyuges la obligación de ayudarse mutuamente y actuar

siempre en interés de la familia, y en el artículo 68 les impone la de socorrerse. Si entrelazamos unos preceptos y otros, resulta como principio último de todo ello, recogido constitucionalmente (art. 39, 1), el siguiente: protección de la familia, esto es, actuar siempre en beneficio de ella. Por tanto, interpretando las normas legales de acuerdo con la realidad social (art. 3.º, 1.º, del Código Civil), visto el principio constitucional, debemos concluir que la falta de convivencia efectiva no es por sí sola causa para que el cónyuge del sujeto a tutela no pueda ser nombrado su tutor cuando esa falta de convivencia (una vez rota la presunción de existencia del art. 70 del Código Civil), venga motivada por una situación capitular o de hecho que tenga su origen en necesidades del desarrollo económico y social de la familia (no podemos olvidar los matrimonios compuestos por funcionarios, los destinos forzosos en empresas o Administración, traslados del lugar de residencia a que obliga la actual crisis económica, con su secuela de paro). Esto no obstante, siempre existe la posibilidad de que el Juez entienda que el beneficio del menor o incapacitado exige que se nombre tutor a persona distinta del cónyuge en aras del principio de efectividad e inmediatividad de la tutela. En todo caso, nos parece que el número 2.º del artículo 234 debería haberse referido al cónyuge que no se haya separado, divorciado ni el matrimonio hubiese sido declarado nulo, por cuanto las demás situaciones (incluidas las separaciones de hecho) en las que no conviniese el nombramiento del cónyuge quedarían amparadas por el párrafo último del artículo 234 del Código Civil e incluso artículo 235.

c) A los padres.

a') Crítica a su situación preferencial dentro del artículo 234 del Código Civil.

La primera consideración que nos provoca este número 2.º del párrafo primero del artículo 234 del Código Civil es la de que parece pensada para los menores e incapacitados jóvenes. Es lógico que en un orden preferencial como el establecido figure en primer lugar el cónyuge del sujeto a tutela; sin embargo, no nos parece tan obvia la elección de los padres para el número 2.º, dejando en último lugar, e indiscriminadamente con otros parientes, la posición de los descendientes; teniendo en cuenta un momento como el actual, donde la familia tiene un sentido celular, lo inmediato de la relación padre e hijo y circunstancias naturales, como el hecho de que el incapacitado que tenga hijos mayores de edad y a su vez le sobrevivan sus padres es de suponer que éstos tengan una avanzada edad. Se podrá objetar diciendo que tales hijos siempre podrán ser preferidos por decisión judicial, al amparo del párrafo segundo del precepto que estudiamos. Cierto, pero ¿qué necesidad hay de acudir a un

procedimiento que la propia Ley califica de excepcional para adoptar una solución que parece lógica? Por ello el segundo lugar del orden de preferencia debería haber sido ocupado por los hijos mayores de edad, favoreciendo al que de entre los hijos viva en compañía del incapacitado.

b') ¿Podría ser nombrado tutor el padre excluido de la patria potestad?

Lo cierto es que las causas de privación de la patria potestad presuponon circunstancias y relaciones muy viciadas. Debemos recordar que el artículo 170, párrafo primero, establece como causas de privación el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad o sentencia dictada en causa criminal o matrimonial. Así los artículos 92 (posible o necesario efecto de la nulidad del matrimonio, separación o divorcio) y 111 del Código Civil (condena a causa de las relaciones a que obedezca la generación y filiación judicialmente determinada, contra la oposición del progenitor).

Por tanto, en caso de extinción de la patria potestad ejercida por uno de los padres se nos hace complicado, por las razones dadas, que el progenitor anteriormente privado de su ejercicio pueda ser llamado como tutor. No obstante, hemos de considerar algunos aspectos. Antes señalábamos, en semejante situación de patria potestad, que la constitución de la tutela no era automática, sino que dependía de una posible recuperación del ejercicio de la patria potestad; asimismo que el artículo 234 del Código Civil habla de padres sin calificarles en sentido alguno; por último, las amplias facultades de decisión concedidas al Juez en el último párrafo del artículo 234 y en el artículo 235. En conclusión, que vistos todos estos argumentos legales, creemos que el padre privado de la patria potestad puede ser llamado al cargo de tutor legítimo aun cuando el Juez hubiese entendido que no era apto para la recuperación de la patria potestad debido a la diferente naturaleza de una y otra institución.

c') ¿Podrá ser llamado a la tutela del hijo adoptivo el padre o madre por naturaleza?

El inciso último del párrafo tercero del artículo 176 del Código Civil señala que en la constitución de la tutela de los adoptados se omitirá cualquier llamamiento a los parientes por naturaleza. Por tanto, la norma veta, de modo absoluto, el supuesto que tratamos. No obstante, lo cierto es que el artículo 234, número 2.º, habla de padres sin más, y el artículo 235 del Código Civil permite al Juez nombrar a quien le pareciere, siempre que sea positivo por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste. Quizá abramos excesivamente el sentido de la Ley, pero a nuestro juicio el Juez podría hacer tal nombramiento basado en los dos últimos preceptos citados.

d) A la persona o personas designadas por éstos (los padres) en sus disposiciones de última voluntad.

Es de notar que la Ley en este precepto sólo se refiera a las personas designadas por los padres «en actos de última voluntad», cuando en el resto de las normas que hacen referencia a la facultad de los padres de nombrar tutor a sus hijos siempre se recalca la doble vía del testamento o documento público notarial (arts. 223, 225 y 236, y para la exclusión de tutor, art. 245 del Código Civil). No encontramos fundamento alguno que dé fuerza a la especialidad que supondría el tener en cuenta únicamente la designación hecha en actos de última voluntad, que iría en contra del principio general recogido en el artículo 223 del Código Civil, ya citado.

Entrando ya en el significado de este número 3.º, viene a suponer una alternativa de eficacia a las disposiciones paternas; esto es, un camino por el cual pueda llegar a ser tutor el designado por los padres cuando la designación directa ha sido ineficaz (nulidad del testamento o del documento público notarial o designación hecha por padre excluido de la patria potestad).

e) Al ascendiente, descendiente o hermano que designe el Juez.

Este número recoge en su seno distintas personas, con grado de parentesco diverso, tratadas desde una óptica de igualdad, destruida únicamente por la elección judicial. Dicho plano de igualdad no merecería especial atención si contuviese exclusivamente a ascendientes (recordemos que los padres son los sujetos del núm. 2 del mismo art.) y hermanos; como ya dijimos anteriormente, somos de la opinión de que a los descendientes debería habérseles otorgado un lugar de mayor preponderancia, o por lo menos al hijo (distinguiendo en la misma forma que hace la Ley para con los padres y ascendientes).

Hagamos alguna precisión al estudiar esta norma poniéndola en relación con el fenómeno de la adopción:

a') ¿Podrán ser designados tutores del hijo adoptivo los parientes por naturaleza a pesar de lo dispuesto en el artículo 176 del Código Civil?

El inciso último del párrafo final del artículo 176 del Código Civil dispone expresamente que en la constitución de la tutela del adoptado se excluirán los parientes por naturaleza. Ante todo, aunque sea obvio, debemos precisar que no por referirse el precepto a los parientes por naturaleza debemos entender incluidos dentro de su ámbito a los propios hijos del adoptado y demás descendientes, que son parientes por naturaleza. En cuanto a los demás parientes, nos remitimos a lo ya dicho al comentar la posibilidad de que el padre por naturaleza fuera nombrado tutor de su hijo, que fue adoptado.

b') ¿Podrán ser designados tutores del hijo adoptivo los ascendientes y descendientes del adoptante o adoptantes?

Antes de la nueva redacción dada al artículo 176 del Código Civil por la Ley de 13 de mayo de 1981 (reinstaurado por la Ley 13/1983, de 24 de octubre) tal posibilidad era impensable (recordemos que mediante el contenido dado a este precepto por la Ley de 4 de julio de 1970 cualquier relación de parentesco entre adoptado y familia del adoptante era inviable). La nueva Ley supone un giro total en las concepciones que presiden el régimen positivo de adopción; y así declara el párrafo segundo del artículo 176 del Código Civil: «La adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante». A la vista de la norma cabe afirmar tajantemente que los ascendientes, descendientes u otros parientes del adoptante tienen una relación, en el grado que corresponda, de la misma naturaleza con el adoptado, y, por tanto, son susceptibles de ser nombrados tutores. Lógicamente, y como consecuencia de lo expuesto, el hijo adoptivo podrá ser designado, como descendiente o hermano, tutor para los ascendientes y demás descendientes del adoptante. No entramos a valorar, limitándonos a dejar constancia de unos efectos provocados por la propia norma positiva.

D) Supuestos especiales de nombramiento de tutor contemplados en la Ley.

Nos referimos a los artículos 239 y 242 del Código Civil, que tratan de resolver los problemas planteados por los menores e incapaces abandonados o recogidos en centros especializados, aunque marginalmente el último de los preceptos citados pueda amparar la posibilidad del simple nombramiento de la persona jurídica como tutor sin relación de acogimiento.

Dice el artículo 239: «Si se tratase de un menor acogido en establecimiento público, la tutela podrá ser atribuida al Director del establecimiento». Y el artículo 242: «Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados».

Este último precepto constituye una auténtica novedad en nuestro sistema tutelar, al que después no referiremos debidamente. En cuanto al artículo 239, su origen se halla en el antiguo artículo 212 del Código Civil, dedicado al caso de tutela de los recogidos en las que se denominaron «Casas de expósitos» (término hoy desaparecido). Disponía dicho precepto derogado que la tutela de los menores recogidos en tales instituciones correspondía a los jefes de esas casas, aunque la representación en juicio era competencia del Ministerio Fiscal. Algunas disposiciones

venían a complementar el panorama legislativo, sobre todo debido al desarrollo de funciones sociales y de protección del menor por parte del Estado (Orden de 1 de abril de 1937 sobre prohijamiento y colocación en familia de niños abandonados; Decreto de 2 de junio de 1944, que atribuía a las Juntas de Protección de Menores la facultad de designar protector a las hijas de padres desconocidos; Ley de 20 de diciembre de 1952, que otorgaba a las Juntas Provinciales del Patronato de Protección de la Mujer funciones tutelares sobre huérfanas mayores de dieciséis años y menores de veintiuno). Tal fragmentación de la normativa sobre la materia tratada y la consiguiente proliferación de normas positivas de distinto rango, normalmente causada por la oscuridad o anacronismo de la norma fundamental, implica una complicación excesiva del régimen a aplicar y hace conveniente su clarificación mediante una norma de rango superior, objetivo conquistado por la nueva Ley de 24 de octubre de 1983.

A primera vista parece que los dos preceptos transcritos de la Ley reformadora inciden sobre el mismo tema: menores o incapacitados que carecen de relaciones familiares o menores e incapacitados que aun cuando teniendo relaciones familiares se hallan internados en instituciones o establecimientos o dependientes de ellos, donde el principio de efectividad e inmediatividad de la tutela hacen conveniente que sea nombrado tutor el Director del establecimiento o la propia persona jurídica bajo cuya protección se halla el tutelado.

Desde la óptica elegida para el estudio de los artículos 239 y 242, distinguiremos en el sentido de que el primero de los preceptos se refiere a los establecimientos dependientes del Estado («establecimiento público»), en cuyo caso echamos en falta en la norma la referencia a los incapacitados, completando así el sistema, y concretando que el nombramiento de tutor que puede recaer sobre el Director del establecimiento está directamente unido al disfrute de tal cargo. El artículo 242, como lógica consecuencia, estaría pensado para los supuestos en que la protección estuviese a cargo de personas jurídicas no dependientes del Estado, condicionadas por la carencia de ánimo de lucro y la expresa finalidad de protección de menores e incapacitados.

a) Personas jurídicas eclesiásticas.

Ante todo serán de aplicación las dos limitaciones contenidas en el artículo 242 del Código Civil (falta de ánimo de lucro y finalidad de protección). Respetadas ambas limitaciones, la solución a su designación como tutores se encuentra en el Acuerdo entre España y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979, ratificado el día 4 de diciembre del mismo año. En el artículo I), 4.º, del citado instrumento se dice: «El Estado reconoce la personalidad jurídica civil y plena capaci-

dad de obrar de las Ordenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas y de las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que gocen de ella a la entrada en vigor del presente Acuerdo». En los párrafos siguientes se establece el procedimiento a seguir en caso de que tal personalidad civil no estuviese reconocida al tiempo de la entrada en vigor del Acuerdo, así como respecto de las Ordenes, Congregaciones religiosas, Institutos de vida consagrada, asociaciones y fundaciones de nuevo cuño. Por último, el artículo V), 1.º, señala que «la Iglesia puede llevar a cabo, por sí misma, actividades de carácter benéfico o asistencial. Las Instituciones de carácter benéfico o asistencial de la Iglesia o dependientes de ella se registrarán por sus normas estatutarias y gozarán de los mismos derechos y beneficios que los entes clasificados como de beneficencia privada».

b) ¿Qué tipos de personas jurídicas civiles son susceptibles de encajar en el ámbito del nuevo artículo 242 del Código Civil?

Distingue el artículo 35 del Código Civil entre corporaciones, asociaciones y fundaciones; por otra parte, les denominadas asociaciones pueden ser de interés público o interés particular, sean estas últimas civiles, mercantiles o industriales. En primer término, y como tiene sentado la doctrina, no se ha de identificar interés público-Derecho público, interés particular-Derecho privado; es decir, interés público se ha de traducir por interés general, interés particular por interés privado.

La corporación es persona de Derecho público, lo cual no implica necesariamente que forme parte de la estructura del Estado (por ejemplo, colegios profesionales). Pues bien, tales personas jurídicas son susceptibles de protección de menores e incapaces con una matización. Entendemos, como ya dijimos, que el artículo 239 del Código Civil está pensado para todos aquellos establecimientos asistenciales o residenciales dependientes de la Administración central, autonómica, local o entidades estatales autónomas. En cuanto a aquellas corporaciones que vienen a amparar intereses sectoriales a través de organizaciones de base humana, cuya protección corresponde al Estado, integradas obligatoriamente por los ciudadanos que formen parte del sector de que se trate o de la actividad protegida (colegios profesionales), serán susceptibles de ser designados tutores cuando en sus respectivas normas constitutivas incluyan la finalidad de protección de menores e incapaces conforme al artículo 242 del Código Civil.

Por lo que se refiere a las fundaciones, sin entrar ahora en la discusión sobre las de interés particular, indudablemente carecen de ánimo de lucro, y su finalidad puede ser perfectamente la de protección de menores e in-

capacitados (las denominadas fundaciones benéfico - docentes, reguladas por la Ley de Beneficencia de 20 de julio de 1849). Así dependerá del fundador el incluir dentro de los fines de la fundación la materia de protección, pues la falta de ánimo de lucro ha de entenderse como cumplida por la propia naturaleza de la persona jurídica de que se trata.

El artículo 35 del Código Civil distingue entre asociaciones de interés público y de interés privado. La doctrina ha entendido que las diferencias existentes entre ambas suponen que las primeras quedan sometidas a la Ley de 24 de diciembre de 1964 y las segundas reguladas por el Código Civil, Código de Comercio y Leyes especiales. La frontera entre unas y otras, origen de la diferente legislación aplicable, se halla en la existencia o no de ánimo de lucro, límite que ha servido para distinguir el interés público del interés particular (COSSÍO ; CORRAL, *Comentarios al Código Civil*, tomo I, pág. 832). No obstante lo dicho, algún insigne mercantilista ha defendido la posibilidad de existencia de sociedades mercantiles sin ánimo de lucro, lo que supondría la ruptura de la frontera marcada, teniendo que buscar en la organización, sometimiento a determinada normativa o en su finalidad concreta la diferencia entre asociaciones de interés público y asociaciones de interés particular o sociedades. Tal criterio, excesivamente permisivo, queda corregido por CÁMARA (*Estudios de Derecho mercantil*, tomo I, pág. 555 y sigs.) mediante la distinción entre lucro directo e indirecto, que reconduce el problema a sus justos términos. Por tanto, y a modo de conclusión, debemos excluir del ámbito de aplicación del nuevo artículo 242 del Código Civil cualquier tipo de asociación de interés particular (sociedades), considerando que el precepto se refiere exclusivamente a las asociaciones de interés público, objeto de la Ley de 24 de diciembre de 1964.

ORGANOS DE LA TUTELA

I. INTRODUCCIÓN

Desde la publicación del Código Civil, al tratar el tema de tutela, todos los estudios contenían un apartado dedicado a los órganos de la misma, dentro del cual se hallaban el tutor, el Consejo de familia y el protutor. Tras la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, al inclinarse ésta por un sistema de tutela de autoridad, el panorama organizativo varía sustancialmente con la desaparición de la figura del protutor y del Consejo de familia, habiendo sido encomendadas las competencias propias de este último a la autoridad judicial («la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez...», art. 232 del Código Civil) y las del protutor, bien al defensor judicial o a las personas u órganos a que se re-

fiere el mismo artículo 232 del Código Civil. Por todo ello, como órganos tutelares podemos considerar los siguientes: *a)* De necesaria intervención: tutor y Juez. *b)* De incidental intervención: defensor judicial, Ministerio Fiscal, administrador nombrado por extraño del artículo 227 del Código Civil. A pesar de este organigrama expuesto, existen dos posibles variantes del mismo debidas a diverso origen: *a)* Familiar. *b)* Judicial. En cuanto al primero, ya dijimos y comentamos con cierta extensión cómo el artículo 223 del Código Civil concedía a los padres, mediante testamento o documento público notarial, la posibilidad de «establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos...» y el sentido complementario que dábamos a tales órganos. Similares facultades tiene concedidas el Juez, pues, según el artículo 233 del Código Civil, «podrá establecer en la resolución por la que se constituye la tutela o en otra posterior las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado».

II. TUTOR

Debemos centrarnos ahora exclusivamente en algunos aspectos de los relacionados con la figura del tutor, pues unos han sido ya tratados, como los relacionados con delación y nombramiento de tutores, y otros tienen mejor encuadre bajo epígrafes de constitución, contenido o extinción de la tutela. Por ello son tres los extremos a tratar: A) Unipersonalidad del cargo de tutor. B) Régimen de gestión de la tutela colectiva. C) Inhabilidad, excusa y remoción de tutores.

A) *Unipersonalidad del cargo de tutor*

Decía el antiguo artículo 201 del Código Civil, tajantemente: «La tutela se ejercerá por un solo tutor...». Principio éste que venía complementado en sus posibles ramificaciones. Así:

1.º No impedía que el tutor confiriese poder a terceras personas para que realizasen actos o negocios jurídicos concretos en nombre y por cuenta del menor o incapaz (DÍEZ-PICAZO, *RCDI*, 1973, pág. 1389).

2.º Pluralidad de nombramientos.—El antiguo artículo 208 del Código Civil, párrafo primero, disponía que tanto el padre como la madre podían nombrar un tutor para cada uno de los hijos, e incluso hacer nombramientos sucesivos de tutores a fin de sustituirse unos a otros los nombrados. Como criterio interpretativo, el párrafo segundo del mismo artículo para caso de duda favorecía al primero de los nombrados y la presunción de único nombramiento para todos los hijos.

El panorama legislativo actual, creado por la Ley de reforma que comentamos, parte de una declaración de principio contenida en el artículo 236 del Código Civil cuando dice: «La tutela se ejercerá por un solo tutor». Pero aun a pesar del principio transcrito, similar al rector del régimen anterior, se separa el actual inmediatamente al consagrar en el citado artículo 236 del Código Civil una serie de excepciones de gran importancia.

1.^a Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio convenga separar, como cargos distintos, el del tutor de la persona y el de los bienes, actuando cada uno de ellos independientemente en el ámbito de su propia competencia, si bien las decisiones que afecten a ambos deberán tomarlas conjuntamente.

2.^a Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente, de modo análogo a la patria potestad.

3.^a Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano, y se considera que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela.

4.^a Cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente.

A estos casos expuestos debemos darles el carácter de excepciones a la regla general, que sigue siendo la unipersonalidad del tutor, amparada por la declaración ya apuntada del artículo 236 del Código Civil y el propio artículo 240 del Código Civil, para el caso de designación de tutor para varios hermanos. En un intento de sistematización vemos que la pluralidad de tutores tiene diversos orígenes:

a) *Decisión judicial*.—Es el Juez competente en la constitución de la tutela quien, por razones de conveniencia del menor o incapacitado, puede hacer un nombramiento múltiple: a) distinción entre la persona y bienes del sujeto a tutela; b) cónyuge del designado tutor de los hijos de un hermano. Entendemos que aun cuando en ambos casos la pluralidad viene motivada por la conveniencia del menor o incapaz, esa misma conveniencia se concreta de distinta forma en los supuestos contemplados. Así, el número 1.º del artículo 236 del Código Civil intenta resolver el problema que plantea un patrimonio repartido o de importancia o situado en lugar distinto al de la residencia del menor o incapaz, que hace necesaria la adopción de medidas especiales para la conservación de la debida eficacia en el ejercicio de la potestad tutelar, como la que ahora comentamos. Y el número 2.º del mismo artículo se destina a soslayar aquellos problemas que pueden surgir en el ejercicio de la tutela, fundamentalmente en cuanto a las relaciones personales que de ella se deri-

van, sobre todo cuando existe convivencia entre tutor y tutelado, al no tener el cónyuge del primero potestad alguna sobre el segundo.

Ahora bien, ¿debe ser tajante la separación entre el tutor de la persona y el tutor de los bienes? Como ya hemos apuntado, el origen de la pluralidad se halla en la conveniencia del propio menor o incapaz, motivada por una diversidad o complejidad patrimonial. Esto es, la existencia de un gran patrimonio o de un patrimonio especial en su contenido, pueden requerir el nombramiento como tutor de persona con especiales conocimientos técnicos o acreditada experiencia, dejando las relaciones personales para quien esté unido al pupilo por vínculos de afectividad y proximidad. Pero este esquema, de fácil configuración, se rompe ante una doble consideración:

1.^a El tutor personal, por muy separado que se halle de cuestiones patrimoniales, precisa de ciertas facultades de administración y disposición sobre un patrimonio que, aun cuando pequeño, le permita cumplir eficazmente con su labor, sin necesidad de acudir al régimen de actuación conjunta que prevé el propio precepto. Nos estamos refiriendo a lo que el antiguo artículo 66 del Código Civil definía con gran precisión: los actos relativos al sostenimiento del tutelado y cosas o servicios propios de la economía doméstica, que serían los que llenasen de contenido las funciones económicas del tutor de la persona.

2.^a Patrimonios situados en distintos lugares o de diverso contenido económico.—Respecto de este punto podemos volver a plantearnos si la distinción entre tutor de la persona y tutor del patrimonio ha de ser radical o no. Los precepos siguientes al artículo 236 del Código Civil se refieren, en su caso, a tutores en plural, pero no solventan la cuestión planteada. Sí hay en la nueva Ley un precepto que puede servirnos de ayuda: se trata del artículo 238 del Código Civil, que dice: «En los casos en que por cualquier causa cese alguno de los tutores, la tutela subsistirá con los restantes...». A la vista de esta norma, consideramos que es obligado pensar que el legislador al hablar de tutor de la persona y tutor de los bienes, no ha pensado en dos personas distintas (una por cada actividad), sino que puede darse el caso de un mayor número de tutores, debido a las circunstancias patrimoniales del tutelado, como asimismo la designación de un solo tutor de la persona y bienes, a excepción de una parte de la masa patrimonial que precise de nombramiento individualizado.

b) *La Ley*.—Es la Ley el origen inmediato de otro de los supuestos de tutela plural. Nos referimos al número 2.º del artículo 236 del Código Civil: «Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre, será ejercida por ambos conjuntamente, de modo análogo a la patria potestad». La

norma transcrita tiene algunos aspectos dignos de comentar. En primer lugar, si establecemos su relación con el número 2.º del artículo 234 del Código Civil, entenderemos la anterior afirmación de que es la propia Ley quien crea un supuesto de tutela plural. El número 2.º del artículo 234 dispone que para el nombramiento de tutor se preferirá, tras el cónyuge que viva con el menor o incapacitado, a los padres, o sea, padre y madre. Tal tutela plural no tendrá lugar cuando falte uno de ellos o no pueda o no deba ejercer de tutor, para lo que deberemos estar al criterio judicial.

Dispone el número 2.º del artículo 236 que los padres tendrán conducirse en el ejercicio de la tutela de modo análogo a la patria potestad. ¿Quiere ello decir que en el caso de ser llamados a la tutela ambos padres, o uno de ellos, serán de aplicación las normas relativas a la patria potestad? Ante todo, señalar que de la propia redacción del precepto se desprende que la cuestión a plantear lo ha de ser exclusivamente respecto del caso de tutela plural, pues la tutela ejercida por uno solo de los padres deberá acomodarse completamente al régimen tutelar. En cuanto al caso de tutela plural, y dejando a un lado el tema de ejercicio de la tutela, al que posteriormente hemos de hacer referencia, creemos que la contestación ha de ser negativa, pues si el legislador hubiese querido tal efecto, habría tenido fácil solución: incluir todo caso de tutela ejercida por los padres como supuestos de patria potestad porrogada, y no lo ha hecho, como queda claro al tener esta nueva forma de patria potestad un contenido tasado (art. 171 del Código Civil, hijos menores al llegar a la mayor edad e hijos mayores y emancipados cuando convivan con ambos padres o uno solo de ellos). Así, y a excepción del ejercicio, la tutela ejercida por ambos padres, deberá regirse por las normas de la tutela. ¿Qué sentido tiene entonces la remisión al sistema de patria potestad? Un doble sentido: en cuanto al modo de conducirse en el ejercicio de la tutela, y como declaración de principio que habrá de servir de apoyo a jurisprudencia y doctrina a la hora de interpretar las normas aplicables a este supuesto de tutela.

c) *Disposición paterna*.—Se trata del número 4.º del artículo 236, que establece una nueva excepción al principio de tutela individual, «cuando el Juez nombre tutores a las personas que los padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial». Llama la atención que el precepto haga referencia a que el nombramiento haya sido para «... ejercer la tutela conjuntamente». Si, como después veremos, el ejercicio conjunto de la tutela es una de las posibilidades que pueden darse en la gestión de la tutela ejercida por varios tutores, se podría llegar a la conclusión de que el precepto que comentamos excluye

los demás procedimientos. Sin embargo, tal conclusión sería contradictoria con lo dispuesto por el artículo 237 del Código Civil, por lo que la correcta aplicación del precepto exige la ampliación de los márgenes de aplicación de la norma por vía de la interpretación analógica e integradora del sistema, para respetar los mismos principios que ella proclama (en este caso, art. 223 del Código Civil).

B) *Régimen de gestión de la tutela colectiva*

Los supuestos de pluralidad de tutores provocan una diversidad de formas en cuanto al procedimiento para la adopción de acuerdos o toma de decisiones en los que los tutores sean competentes. Podemos plantear las siguientes posibilidades:

a) *Conjunta o mancomunadamente*.—No parece extraño que el legislador, al enfrentarse con el problema en el que nos adentramos, haya optado, como criterio general, por el de la mancomunidad, pues, a fin de cuentas, es ya utilizado en otras materias objeto de regulación en nuestro Código Civil (art. 897, respecto de los albaceas; arts. 1.137 y 1.138, en cuanto a las obligaciones solidarias y mancomunadas). En tal sentido, el artículo 237, párrafo segundo, ordena que «las facultades de la tutela encomendadas a varios tutores habrán de ser ejercitadas conjuntamente», o sea, mancomunadamente. Tratando de albaceas, el Código Civil, en su artículo 896, acepta como excepción a la regla general de mancomunidad el caso de suma urgencia, donde «uno de los albaceas mancomunados podrá practicar, bajo su responsabilidad personal, los actos que fueren necesarios». Tras la excepción señalada queda incólume la regla general de mancomunidad. No ocurre lo mismo al hablar de tutela, pues en este caso la excepción viene configurada en el propio párrafo segundo del artículo 237, al decir que «valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número», lo que supone, desde nuestro punto de vista, una ruptura de la mancomunidad como regla general de gestión, al adoptarse el sistema general de mayorías.

No obstante, y para los casos en que no se llegue a esa mayoría (que parece ser simple, al no calificarla la Ley), se dispone un procedimiento de arbitraje en el repetido párrafo segundo del artículo 237: «A falta de tal acuerdo (del mayor número), el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado, si tuviere suficiente juicio, resolverá, sin ulterior recurso, lo que estime conveniente». Para el caso de que los desacuerdos fueren tan frecuentes que supusiesen un peligro al normal desarrollo de la tutela, «el Juez podrá reorganizar su funcionamiento e incluso proveer de nuevo tutor». Al formular con tal amplitud la nueva Ley las competen-

cias judiciales, entendemos que ellas incluyen asimismo el caso de remoción de tutores, no para el nombramiento de otros nuevos, sino exclusivamente para reducir su número.

b) *Independencia*.—Este es el régimen que establece el artículo 236, en su número 1.º, al disponer que en el caso de nombramiento de tutor de los bienes y de la persona, «cada uno... actuará independientemente en el ámbito de su competencia». Ahora bien, como es indudable que existe una zona donde las competencias de ambos confluyen, la norma concluye diciendo que «las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente». No obstante, y para completar el cuadro, hemos de remitirnos a lo ya dicho en cuanto a la radicalidad de la separación entre tutor de los bienes y tutor de la persona.

c) *Solidaridad*.—Dice el artículo 237, párrafo primero, que «en el caso del número 4.º del artículo anterior, si el testador lo hubiese dispuesto de modo expreso, y en el caso del número 2.º, si los padres lo solicitaran, podrá el Juez, al efectuar el nombramiento de tutores, resolver que éstos puedan ejercitar las facultades de la tutela con carácter solidario».

d) *Aplicación del sistema del artículo 156 del Código Civil*.—De los artículos 236, número 2.º, y 237, se infiere una nueva excepción a la regla general de actuación conjunta de tutores, cual es la de aplicar al ejercicio de la tutela las normas relativas a la patria potestad, y, concretamente, el artículo 156 del Código Civil.

El párrafo segundo del artículo 237 señala, como excepción al régimen general establecido, además de las ya dichas, «lo dispuesto en el número 2.º», suponemos que del artículo anterior (suposición basada en que las remisiones contenidas en el párrafo primero del propio art. 237, lo son al art. 236), que se refiere a la tutela encomendada a ambos padres. Por otro lado, la solidaridad en el ejercicio de la tutela, en este caso, ha de determinarse de modo expreso por el Juez, a instancia de ellos mismos. Luego de todo lo dicho se deduce que la excepción de la norma comentada no es otra sino el deber de los padres de acomodar la tutela a las pautas de la patria potestad, esto es, a lo dispuesto en el artículo 156 del Código Civil.

La tutela, cuando está encomendada a ambos padres, debe ser ejercida por ellos conjuntamente o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro, siendo válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en las situaciones de urgente necesidad (art. 156, pfo. 1.º, del Código Civil). Por lo que se refiere al segundo párrafo del mismo artículo de patria potestad, donde se dispone la intervención judicial como forma de arbitraje, cuya decisión

no tiene ulterior recurso, en los casos de desacuerdo entre los padres, es de notar la identidad del sistema con el del inciso último del párrafo segundo del artículo 237 del Código Civil. Tal identidad inicial se mantiene incluso respecto de la solución a aplicar en caso de desacuerdos reiterados, aunque, eso sí, en el artículo 156 lo que se remodela es el ejercicio de la patria potestad, y en el artículo 237 será la tutela. ¿Sería de aplicación al caso que nos ocupa la solución del artículo 156? Entendemos que no, pues no se puede atribuir o privar de lo que no existe. Luego la solución estará en la posible remodelación de la tutela, del artículo 237 del Código Civil. Remodelación que, a diferencia de la situación del artículo 156 del Código Civil, cualificada por el plazo de dos años, no podrá ser transitoria, al no contemplarse en la Ley la posibilidad de que el tutor sea suspendido por tiempo determinado del ejercicio de su cargo (excepción hecha del supuesto del art. 249 del Código Civil, respecto de la suspensión del tutor en sus funciones mientras se sustancie el procedimiento de remoción). Se podría contraargumentar que, al amparo del artículo 233 del Código Civil, puede el Juez suspender temporalmente al tutor en el ejercicio de sus funciones; pero aun cuando es obvia la amplitud de competencias concedidas al Juez en dicho precepto, no es menos cierto que tales facultades van concretamente dirigidas a la vigilancia y control del ejercicio del tutor o tutores en sus funciones, saliéndose de su ámbito la posibilidad apuntada de la suspensión. Por último, hay que deslindar perfectamente el caso que tratamos respecto del supuesto de intereses contrapuesto entre padres-tutores, hijos-tutelados, cuya solución está en la vía de los artículos 163, 237 bis y 299 del Código Civil.

Además de los casos de intervención individual consentida, de acuerdo al uso social, a las circunstancias o a situaciones de urgente necesidad, del párrafo primero del artículo 156 del Código Civil, en el párrafo tercero del mismo artículo se hace referencia a otros casos, para cuya concreción nos remitimos a los autores LACRUZ y SANCHO (*Derecho de familia*, edición 1982, págs. 731-732), donde se refieren al «defecto» (que se interpreta por muerte, declaración de fallecimiento e indeterminación); ausencia (donde incluyen la declarada y de hecho, aunque en conocido paradero); incapacidad (declarada o de hecho), e imposibilidad. Tales situaciones se caracterizan en una doble vía, siempre siguiendo a los citados autores: no ejercicio individual de la patria potestad, sino titularidad única («defecto»); imposibilidad estable o duradera (ausencia, incapacidad o imposibilidad), que afectan al ejercicio de dicha patria potestad. ¿En qué forma influye este cuadro en el régimen de tutela? Semejante al de patria potestad cuando se trate de «defecto» de uno de los

padres al sobrevenir alguna de las causas antes citadas: la tutela quedará ejercida por un solo tutor, siendo su titular, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 238 del Código Civil. En cuanto a la ausencia (declarada o de hecho), incapacidad e imposibilidad, entendemos sería necesaria una previa remoción del tutor, o respecto de ciertas imposibilidades o incapacidades de hecho, la previa excusa del tutor. La conclusión práctica en ambos casos es la misma: ejercicio individual de la patria potestad o de la tutela. El entramado teórico diverso: en patria potestad, el progenitor ausente, incapaz o imposibilitado no pierde la titularidad de la misma, sino su ejercicio (teoría recogida de los autores citados); en la tutela, el tutor cesa en su cargo, por cuanto no cabe separar titularidad y ejercicio, salvo las excepciones de suspensión en el procedimiento de remoción, dejación de funciones en el de excusa y los de incompatibilidad o contraposición de intereses entre tutor y pupilo, que confirman la regla general.

El último párrafo del artículo 156 del Código Civil nos sugiere la siguiente cuestión: ¿si los padres viven separados, corresponderá la tutela a aquel de ellos que viva en compañía del hijo tutelado? Hay dos supuestos de hecho a considerar: primero, que la separación sea anterior a la constitución de la tutela; segundo, que se trate de una situación sobrevenida. En el primero de los casos entendemos que el Juez, al conocer la separación, ha debido valorar sus efectos, y si se ha decidido por mantener una tutela plural, no es causa que la imposibilite el hecho de tal separación, siempre que favorezca al pupilo. En cuanto al segundo de los casos propuestos, aunque la separación provoque que el hijo vaya a vivir con uno solo de los padres, no es, a nuestro juicio, causa suficiente para atribuir la tutela a dicho progenitor, a diferencia de la solución dada en el artículo 156, párrafo cuarto, para la patria potestad. Esta última es institución que no se declara por autoridad alguna, sino que depende de una relación jurídica superior, natural o no, que es la filiación, que, a su vez, va unida a la idea de procreación o descendencia y pareja. La patria potestad tiene dos componentes: la propia relación humana de procreación o adopción, que determina una filiación, con la correspondiente atribución *ope legis* de titularidad de la patria potestad, y el conjunto de deberes, derechos y facultades que de ella se derivan (aspecto jurídico funcional), que es contenido del ejercicio de la misma. Esta duplicidad de elementos, que justifica la distinción entre titularidad y ejercicio, no se da en la tutela, cuyo origen es estrictamente jurídico, por lo que las relaciones humanas, y entre ellas la filiación, vienen a modalizarla, pero no se le superponen, y por ello la remisión a materia de patria potestad de los artículos 236 y 237 del Código Civil. Por otra parte, al

no distinguirse entre titularidad y ejercicio, salvo las excepciones antes apuntadas, no cabe la posibilidad de aplicación inmediata de la solución propuesta en el inciso inicial del párrafo cuarto del artículo 156 del Código Civil. Otra cosa será que la separación sea origen de causa de remoción o excusa del tutor o que provoque reiterados desacuerdos que amparen una decisión judicial remodelando la tutela, conforme lo dispuesto en el artículo 237, párrafo segundo.

Para concluir con el apartado sobre gestión de la tutela múltiple, hemos de comentar dos preceptos, cuya finalidad es la de paliar los problemas que pueden surgir entre los intereses de tutores y pupilo y facilitar la continuidad de la tutela en ejercicio.

Así, el artículo 237 bis dice: «Si los tutores tuvieren sus facultades atribuidas conjuntamente y hubiese incompatibilidad u oposición de intereses de alguno de ellos para un acto o contrato, podrá éste ser realizado por el otro tutor, o de ser varios, por los demás en forma conjunta». Entendemos, desde luego, que en la formación de la mayoría requerida por el artículo 237, párrafo segundo, debe quedar excluido el tutor incompatible, debiéndose añadir este requisito al ya apuntado por la norma al excluir al tutor con intereses incompatibles de la realización del acto o contrato. De otro lado, cabría plantearse si la actuación de «los demás» tutores, a que se refiere el precepto, se da en todo caso o tendría que distinguirse según que el nombramiento de tutores haya sido indiferenciado en cuanto al contenido o no (tutores, en general; tutor de la persona-tutor del patrimonio). Ante esta cuestión nos inclinamos por una solución diversa. Si el nombramiento es indiferenciado, podrán «los demás» tutores llevar a cabo el acto o contrato de que se trate; si el incompatible es el tutor del patrimonio o de una parte del patrimonio, se requerirá de una habilitación especial en favor del tutor de la persona, que, al no preverse por la Ley, deberá acomodarse a lo previsto respecto del defensor judicial.

Y el artículo 238, que dice: «En los casos en que por cualquier causa cese alguno de los tutores, la tutela subsistirá con los restantes, a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso». En una primera lectura, el precepto no plantea mayores problemas de interpretación. Así parece si consideramos los supuestos de nombramiento conjunto de tutores, e incluso los casos de ejercicio solidario o sometido a las reglas de la patria potestad. No es tan clara la solución cuando estamos ante una tutela con tutor de la persona y tutor de los bienes o de una parte del patrimonio. Respeco de esta hipótesis se nos antoja una doble postura: a) aplicación inmediata del artículo 238 del Código Civil y, por tanto, subsistencia de la tutela

en ejercicio, extendiendo sus competencias el tutor que continúe a las áreas del desaparecido; *b)* imposibilidad de esa ampliación tácita de competencias. La idea de eficacia de la tutela nos inclinaría por la primera de las soluciones apuntadas; pero, a nuestro juicio, existen argumentos que nos obligan a complicar el resultado. El punto de partida se halla en el porqué los padres o el Juez deciden hacer distintos nombramientos de tutores para la persona y para el patrimonio, y qué cualidades se han tenido en cuenta a la hora de concretar tales nombramientos. Con todo ello queremos llamar la atención sobre el hecho de que las cualidades requeridas para cada nombramiento específico (técnicas o personales) pueden suponer que la persona llamada al desempeño de la tutela en cualquiera de los campos señalados no sea considerada adecuada o idónea para desempeñar el cargo de tutor en la esfera que le es ajena, por las propias personas o autoridad que le designaron. Por tanto, y a modo de conclusión, la vacancia en la tutela de la persona o en la de los bienes obliga a poner tal situación en conocimiento del Juez competente, quien, a la vista de lo expuesto y en uso de las facultades que le concede el artículo 233 del Código Civil, decidirá si se amplían las facultades del tutor que continúa, si se nombra un nuevo tutor de la persona o bienes o si se remodela la tutela en su conjunto, y todo ello supeditado a que si el nombramiento de tales tutores fue debido a testamento o documento público notarial de los padres, deberá ser aplicado lo que en él se disponga, o lo que hubiese establecido la resolución judicial constitutiva del régimen, si tal caso hubiese sido previsto.

C) Inhabilidad, remoción y excusa de tutores

a) *Inhabilidad*.—A diferencia de la legislación anterior, donde se utilizaba una norma enumerativa de las causas que imposibilitaban el acceso al cargo de tutor, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se inclina por un sistema de declaraciones genéricas, complementadas por varias normas concretas y específicas. Así, el artículo 241 del Código Civil dice: «Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurren alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes». Por otro lado, el artículo 242 del Código Civil señala que «podrán ser también tutores las personas jurídicas no que tengan finalidad lucrativa, y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapaces».

Los aspectos relativos a las personas jurídicas, como tutores, ya han sido tratados, por lo que nos vamos a centrar en el estudio del artículo 241 del Código Civil, y concretamente en el significado de la frase «pleno ejercicio de los derechos civiles». La única materia en la que es utilizado

como condicionante el ejercicio de los derechos civiles, dentro del Derecho privado, es en sede de adopción, ya en la redacción originaria del Código Civil, donde el artículo 172 dice (conforme a la Ley de 4 de julio de 1970) que «la adopción requiere que el adoptante se halle en el ejercicio de todos sus derechos civiles». La doctrina, al hacer el estudio interpretativo de la Ley reformadora, identificó ejercicio de derechos civiles con capacidad de obrar (así, GARCÍA CANTERO, en *ADC*, 1971, página 817; RODRIGO BERCOVITZ: *Comentarios al Código Civil*, tomo III, volumen 2.º, segunda edición, pág. 295), siendo el más claro exponente de esta tendencia FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO (*ADC*, 1971, págs. 700 y sigs.), donde con mayor profundidad se plantea el problema interpretativo a que nos estamos refiriendo.

Señala el último de los autores citados que «derechos civiles» pueden interpretarse en una de las siguientes acepciones:

- a) Derechos que corresponden a un individuo en cuanto miembro de la comunidad social.
- b) Derechos privados, frente a los denominados derechos públicos.
- c) Como equivalente a capacidad de obrar.

Por nuestra parte, creemos que las posibilidades de interpretación planteadas no se excluyen, sino que suponen una serie descendente, desde el género hasta la especie. La persona es sujeto de derechos simplemente por tal condición. Las tendencias asociativas del individuo, en plano político, se sustancian a través de la idea de ESTADO, en quien se delega el poder de ordenar los derechos y deberes de la persona (ahora ciudadano), recogiendo tales elementos en una norma básica (Constitución); caracterizándose tales derechos por el hecho de en ningún caso o sólo en situaciones excepcionales, podrá el ciudadano ser privado de ellos (derechos fundamentales). Ahora bien, dentro de los llamados derechos fundamentales y libertades públicas (capítulo II del título I de la Constitución Española de 1978), se puede distinguir según que el contenido de tales derechos vaya encaminado a salvaguardar al ciudadano en su actividad «política» o pública, o dirigido a ordenar las bases de actuación de tal ciudadano en su esfera privada (relaciones con otras personas o el propio Estado), en cuanto a la esfera de derechos que se le deben reconocer. Dentro de esta última categoría, y como especie de la misma, debemos incluir los relativos a las relaciones personales y patrimoniales del individuo, que constituirán los denominados derechos civiles. Estos, nominativamente en muchos casos, no se hallan recogidos de forma expresa en el texto constitucional, pero son deducción, en grado de mayor concreción, de los llamados derechos fundamentales y libertades públi-

cas. Una vez sentado el principio de lo que entendemos por derechos civiles, hemos de considerar que en los mismos existen dos aspectos: negativo y positivo. El primero hace referencia a la obligación que incumbe al resto de la sociedad, incluido el propio Estado, de respetar tales derechos; el segundo, supone el ejercicio de tales derechos. Como reiteradamente tiene sentado la doctrina, a partir de las tesis del profesor DE CASTRO, tal ejercicio se halla condicionado por el «estado civil», en el sentido de que cada estado civil delimita las posibilidades de ejercicio de los derechos civiles a las personas que son titulares de los mismos. Y tal posibilidad de ejercicio de los derechos civiles no es otra cosa que la denominada por la doctrina «capacidad de obrar»; así, el profesor DE CASTRO (*Derecho civil de España*, tomo II, 1.º, pág. 48) decía que la capacidad de obrar «es la cualidad jurídica de la persona que determina la eficacia jurídica de sus actos»; cualidad jurídica de disfrutar, en función del respectivo estado civil, de los derechos civiles. Por tanto, derechos civiles son el contenido; capacidad de obrar es la posibilidad de ejercerlos, que se mediatiza por el estado civil de la persona. Pero ¿cuáles son los estados civiles que minoran, en mayor o menor medida, la capacidad de obrar? El del menor de edad y el del incapacitado.

Al margen de los denominados estados civiles que no suponen el pleno ejercicio de los derechos civiles, existen otras situaciones donde la capacidad de obrar del individuo no es plena, aunque no constituye tal situación un estado civil específico (quebrados, concursados) u otras situaciones personales que aconsejan excluir a quien las sufre del ejercicio de la tutela. A ello se refieren los siguientes preceptos, desarrollo del inciso final del artículo 241 del Código Civil:

Artículo 243 del Código Civil: Tampoco pueden ser tutores:

1.º Los que estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, total o parcialmente, o de los derechos de guarda y educación por resolución judicial.

2.º Los que hubieran sido legalmente removidos de una tutela anterior.

3.º Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.

4.º Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.

Artículo 244 del Código Civil: Tampoco pueden ser tutores:

1.º Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.

2.º Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.

3.º Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.

4.º Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.

5.º Los quebrados o concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.

El contenido de los artículos transcritos es sustancialmente similar al del antiguo artículo 237 del Código Civil; han desaparecido las referencias expresas a los sometidos a tutela, los parientes y tutores testamentarios que no hubiesen cumplido la obligación de comunicar al Juez el hecho que motivaba la tutela, la de los religiosos profesos y extranjeros no residentes en España. Entendemos que la desaparición de tales referencias expresas obedece a diversas causas.

La relativa a las personas sujetas a tutela parece es consecuencia lógica de la nueva formulación principal de las condiciones de habilidad para el cargo de tutor, del artículo 241 del Código Civil, pues es claro que el sujeto a tutela no tiene el «pleno ejercicio de los derechos civiles». En cuanto a los parientes y tutores testamentarios, del antiguo número 10 del artículo 237 del Código Civil, opinamos que aun cuando la nueva Ley nada dice respecto de ellos, debe entenderse supuesta su inhabilidad para el cargo de tutor (eso sí, sujeta a la apreciación judicial), ya que la obligación de comunicar en similares términos e idéntica sanción, contempla el nuevo artículo 229 del Código Civil, cuyo incumplimiento supone *a priori* desinterés respecto del menor o incapacitado. Por lo que se refiere a los religiosos profesos y extranjeros no residentes en España, nos mostramos conformes con la desaparición de tal mención, que suponía la exclusión *a priori* de personas susceptibles de un perfecto ejercicio tutelar, debiéndose para excluirlos estudiar sus causas y circunstancias concretas. También ha desaparecido la profusa relación de delitos del número 2.º del antiguo artículo 237 del Código Civil. LETE DEL RÍO (*obra citada*, pág. 244), citando a SÁNCHEZ ROMÁN, se hace eco de la crítica que merecía el precepto ahora desaparecido, en el sentido de que en su contenido no se incluían delitos de gran importancia (rapto, homicidio, asesinato, etc....), que bien deberían ser considerados como causas de inhabilidad para el cargo de tutor. Por todo ello entendemos más adecuada la nueva fórmula de los números 3.º y 4.º del artículo 243 del Código Civil.

Dejando al margen los números de los preceptos que comentamos, que son repetición exacta de lo dispuesto en el antiguo artículo 237 del Código Civil, comentaremos novedades provocadas por la nueva redacción positiva:

Artículo 243, 1.º: «Los que estuvieren privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, total o parcialmente, o de los derechos de guarda y educación por resolución judicial».

La finalidad de esta norma parece ser la adecuación de la institución que estudiamos a las ideas y principios que sobre patria potestad ha adoptado nuestro Código a la hora de hablar de suspensión o privación de la patria potestad (art. 170 del Código Civil) y de los efectos de la separación matrimonial, nulidad o divorcio (arts. 92 y sigs. del Código Civil).

Artículo 244, 2.º: «Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado».

Norma de carácter subjetivo, donde se otorga la importancia que merecen los sentimientos afectivos del propio tutelado o que a él le puedan afectar, elemento éste de imprescindible consideración para un adecuado desenvolvimiento de la tutela. Lógicamente, la apreciación de tal enemistad y su importancia serán competencia del Juez, quien deberá decidir siempre en beneficio del menor.

Artículo 244, 5.º: «Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona».

La novedad consiste en que la inhabilidad para que los declarados concursados o quebrados puedan ser tutores se refiere exclusivamente al contenido patrimonial del cargo de tutor, lo que parece, desde luego, mucho más adecuado a su situación jurídica.

Por último, y para completar la exposición relativa a la inhabilidad para el cargo de tutor, transcribiremos dos preceptos que son consecuencia de las amplias facultades otorgadas a los padres en el artículo 223 del Código Civil y del sistema de tutela de autoridad adoptado por la reforma:

Artículo 245: «Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento público notarial, salvo que el Juez en resolución motivada estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado».

Artículo 246: «Las causas de inhabilidad contempladas en los artículos 243, 4.º, y 244, 4.º, no se aplicarán a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres, cuando fueren conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del menor o incapacitado». Este precepto nos sugiere consideraciones en un doble sen-

tido: primero, que aun cuando el precepto no incluya el documento público notarial, por integración analógica del sistema (a partir del art. 223), debemos considerar válido este medio formal; segundo, los condenados a la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de los derechos civiles no es preciso que sean excluidos por los padres, al no estar encuadrados dentro de los supuestos del artículo 243, 3.º y 4.º, sino que su exclusión es motivada directamente por el artículo 241 del Código Civil.

Para concluir la exposición relativa a las condiciones precisas para poder desempeñar el cargo de tutor plantearemos la siguiente cuestión: ¿Tienen los menores emancipados el pleno ejercicio de los derechos civiles? Bajo la legislación ahora derogada, la doctrina mayoritaria entendía que el menor de edad emancipado podía ser designado tutor debido a que el antiguo artículo 237 del Código Civil excluía únicamente a las personas sujetas a tutela, y los menores emancipados, por esa sola circunstancia, no eran sujetos de tutela (según se deducía del antiguo art. 200 del Código Civil, o que el artículo 200, 1.º, llamaba a la tutela del loco al cónyuge no separado legalmente, sin más requisitos (LETE DEL RÍO, *obra citada*, pág. 244; el mismo criterio, PUIG FERRIOL-PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, vol. I, pág. 344). El primero de los autores citados excluía, sin embargo, al menor de edad emancipado por matrimonio, debido al régimen de administración de bienes comunes del antiguo artículo 60 del Código Civil.

Ante todo, a la hora de estudiar el problema bajo la óptica de la nueva Ley, hemos de considerar que en la actualidad carece de base el establecer diferencia alguna entre el régimen aplicable al menor de edad emancipado por cualquier causa o que ha obtenido el beneficio de la mayor edad, respecto del emancipado por matrimonio. Y ello por cuanto que mediante la reforma operada en el Código Civil, a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, se identifica el régimen aplicable a todas las formas de emancipación (arts. 323 y 324 del Código Civil), y en cuanto al régimen de los bienes comunes del matrimonio tendremos que estar a lo dispuesto en los artículos 1.375 y siguientes del Código Civil, en relación con los preceptos citados.

Tras la reforma que supone la Ley 13/1983, de 24 de octubre, debe seguir manteniéndose el criterio de que los menores emancipados son hábiles, por esa sola condición, para el desempeño del cargo de tutor. Es obvio que el menor emancipado tiene un estado civil que no le otorga una plena capacidad de obrar. Ahora bien, la situación jurídica del emancipado no es de incapacitado, y no lo es porque sobre él no recae presunción de incapacidad, cuyo exponente máximo sería que, al desaparecer la patria potestad sobre él, se le sometiere al régimen tutelar,

y no es así. Al contrario, el menor emancipado goza de una real capacidad de obrar (art. 323 del Código Civil: «La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor»), únicamente desvirtuada por la exigencia legal de que en determinados casos (que deben ser de interpretación restrictiva) exista un complemento de capacidad (que más bien debería denominarse «complemento de eficacia») otorgado por tercera persona, que no suplanta la intervención del emancipado, sino que la complementa. Por tanto, entendemos que la propia esencia de la emancipación supone el pleno ejercicio de los derechos civiles, que no es limitado, sino modalizado por la necesidad de intervención de un tercero, que con su intervención dé plena eficacia al acto o contrato. Pero si el emancipado, respecto de los supuestos contemplados en los artículos 323 y 324 del Código Civil, no puede actuar por sí solo, ¿qué hacer cuando se plantee el mismo caso en el ejercicio de la tutela que desempeñe? De la propia Ley resulta que el tutor en el ejercicio de sus funciones tiene una esfera de actuación propia inferior a la de los emancipados, si comparamos las normas positivas que son base de las posibles actuaciones; así, en el caso planteado, lo único que debe hacer el tutor-emancipado es poner en marcha el mecanismo legal: pedir la autorización judicial preceptiva para el caso de que se trate que, en último término, es uno de los mecanismos de intervención previstos en el artículo 323 del Código Civil, de menor ámbito que en el caso de tutela, y quien puede lo más, puede lo menos.

b) *Remoción*.—Remoción es la separación del tutor de su cargo, en base a una resolución judicial y debido a la concurrencia de algunas de las causas que marca la Ley. Si tenemos en cuenta que el principio básico de la institución tutelar es la actuación en beneficio del menor o incapacitado, vemos porqué el Derecho positivo es tan cauteloso ante la posibilidad de dar por terminada una tutela en ejercicio, que indudablemente supondrá inconvenientes para el pupilo, aceptándolo sólo en aquellos supuestos en que la permanencia del tutor en ejercicio suponga un peligro de mayores inconvenientes o perjuicios. Vamos a estudiar, con los límites exigidos, varios aspectos de la remoción:

a') *Causas de remoción*.—A diferencia del criterio enumerativo que contenía el antiguo artículo 248 del Código Civil, la nueva Ley, al dar contenido al artículo 247 del Código Civil, se inclina por un sistema de mayor concisión, aunque con formulaciones más genéricas, que hace a este sistema ser más liberal a la hora de poder concretar las posibles causas de remoción. Así, el artículo 247 del Código Civil dice: «Serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela por

incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud en su ejercicio». Por tanto, son causas de remoción: *a)* el advenimiento de una causa de inhabilidad de los artículos 241, 243 y 244 del Código Civil; *b)* que la gestión del tutor, bien en su aspecto personal o en el patrimonial, arroje un saldo negativo o escasamente positivo, y todo ello sujeto a la apreciación judicial, como veremos. Ahora bien, en cuanto a las causas de remoción encuadradas bajo el apartado *b)*, debemos señalar que la mala gestión, a que hacíamos referencia, puede ser originada por una circunstancia que normalmente pudiera ser tratada como causa de excusa de la tutela. El fundamento de tales excusas se halla en el propio beneficio o ventaja del tutor; pero si concurre una de estas causas, que indudablemente afectan al buen desarrollo tutelar, y no es alegada como tal excusa, entendemos que mediante el procedimiento específico de remoción pudiera ser alegada como causa de ella.

b') Procedimiento de remoción.—Dice el artículo 248 del Código Civil: «El Juez, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal o de persona interesada, decretará la remoción del tutor, previa audiencia de éste, si citado compareciere».

El precepto, en concordancia con ideas recogidas en otros momentos de la nueva Ley reformadora, significa una nueva expresión del sentido liberal para instar el procedimiento que nos ocupa. No obstante, si echamos en falta que el artículo 248 no haga mención al propio tutelado, cuando tenga suficiente juicio, concediéndole la posibilidad de ser oído en el procedimiento de remoción de su tutor. Y ello por aplicación uniforme de un principio de participación en las decisiones que le afectan de todo aquel que se halla sujeto a una potestad ajena: el sujeto a la patria potestad (así, arts. 156 del Código Civil y otros, redactados conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo), o el propio artículo 231 del Código Civil (redactado conforme a la Ley 13/1983, de 24 de octubre), que impone, con carácter necesario, que el Juez dé audiencia al tutelado («en todo caso», dice el precepto), o el propio artículo 273 del Código Civil, en su nueva redacción, donde impone audiencia semejante para que el Juez pueda otorgar las autorizaciones a que se refieren los artículos anteriores.

c') Efectos de la remoción.—Dos momentos a considerar:

Primero: Efectos durante el desarrollo del procedimiento. A ellos se refiere el nuevo artículo 249 del Código Civil, que dice: «Durante la tramitación del procedimiento de remoción, podrá el Juez suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado defensor judicial».

Segundo: Efectos tras la resolución de remoción. Dice el artículo 250 del Código Civil: «Declarada judicialmente la remoción, se procederá al

nombramiento del nuevo tutor en la forma establecida en este Código». De ello se deduce que el tutor removido quedará obligado al cumplimiento de los deberes que le imponen los artículos 279 y siguientes, en cuanto a la rendición de cuentas y liquidación de la tutela que ha ejercido. Por otra parte, aunque del precepto transcrito se infiere que el nombramiento de nuevo tutor es necesidad automática, no es menos cierto que el artículo 212 del Código Civil autoriza al Juez a modificar, en la forma que crea conveniente, la situación del incapacitado o del menor mayor de dieciséis años (aunque en este último caso, entre otros, a solicitud del propio menor, conforme al art. 321 del Código Civil).

c) *Excusas:*

a') *Caracteres.*—Las excusas para el ejercicio del cargo de tutor vienen doblemente caracterizadas:

1.º *Voluntariedad en la alegación de la causa.*—El profesor CASTÁN, citando a GARCÍA GOYENA, recordaba que, a diferencia de las inhabilidades para el cargo de tutor, fundadas en el interés del sometido a tutela, las excusas tienen por objeto el interés del beneficiado por ellas y, por tanto, es potestativo acogerse a ellas o renunciarlas (*Derecho civil español, común y foral*, tomo V, vol. II, 7.ª edición, pág. 286). No obstante, y precisamente por ese carácter potestativo de la causa de excusa, si ésta no es alegada, entendemos que puede convertirse en causa de remoción, como ya dijimos al tratar el tema.

2.º *Tasación positiva de las causas de excusa.*—Dice el artículo 217 del Código Civil: «Sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos». Ello es lógico, por cuanto, como señala el artículo 216, «las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado...». De donde se deduce la primacía del principio contenido en el último de los preceptos citados, y el sometimiento a él de toda la materia relativa a las excusas para el ejercicio de los cargos tutelares. Para completar el cuadro, garantizando un exacto cumplimiento de lo prevenido en los citados artículos 216 y 217 del Código Civil, la Ley obliga a que sea el Juez quien declare la adecuación de la causa de excusa a los supuestos recogidos en la norma positiva, como consecuencia del principio general de salvaguarda judicial de la tutela (art. 216 del Código Civil) y sus competencias de vigilancia (artículo 232 del Código Civil).

b') Dice el artículo 251 del Código Civil: «Será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase

entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo. Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela».

Es de destacar la variación que supone en nuestro sistema positivo el criterio adoptado por el legislador al regular la materia que nos ocupa, apartándose de la fórmula enumerativa del antiguo artículo 244 del Código Civil e inclinándose por definiciones de carácter general; criterio, por otra parte, escogido por el legislador para otras materias comentadas, aunque llevándole hasta unos límites acaso excesivos, desde el punto de vista de nuestra tradición positiva, aun cuando estemos en un sistema de tutela de autoridad.

c') Procedimiento.—La normativa derogada, en cuanto al momento en que debía ser alegada la excusa (antiguos arts. 247 y 248 del Código Civil), distinguía tres situaciones:

- Excusa alegada ante el Consejo de Familia durante la reunión de éste para la constitución de la tutela.
- Excusa alegada ante el mismo Consejo, dentro de los días siguientes a aquel en que el tutor hubiese tenido noticia de su nombramiento, cuando no hubiese concurrido a la reunión del Consejo de Familia para la constitución de la tutela.
- Excusa sobrevenida durante la tutela en ejercicio.

Los preceptos que ahora se refieren a este punto (arts. 251 a 255 del Código Civil) no recogen más que el segundo y tercero de los supuestos que contemplaba la legislación hoy derogada. Es decir, no se distingue de modo expreso, según que el tutor haya participado o no en el procedimiento de constitución de la tutela, posibilidad de participación, que no debe desdeñarse, al amparo de lo dispuesto en el artículo 231 del Código Civil.

En cuanto a la causa de excusa sobrevenida, señala el artículo 253 del Código Civil: «El tutor podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle, cuando en el desempeño de aquélla le sobrevenga cualquiera de los motivos de excusa contemplados en el artículo anterior».

Aunque en una primera lectura el precepto pueda parecer algo oscuro, su razón de ser es diáfana al ponerlo en relación con el propio fundamento, ya dicho, de las excusas. Si la tutela es un deber, y se debe ejercer en beneficio del tutelado, el interés del tutor, aun amparado por las causas del artículo 251 del Código Civil, no debe perjudicar nunca el desenvolvimiento y eficacia de la tutela en ejercicio, por lo que no permite

el precepto resolver favorablemente una petición de excusa si previamente no hay una persona que aparezca como idóneo sustituto.

De acuerdo con el artículo 254 del Código Civil, no se aplicará lo ordenado en el artículo anterior a las tutelas encomendadas a personas jurídicas, lo que significa que éstas sólo podrán alegar causa de excusa en el momento de la designación como tutor o en el plazo del artículo 252 del Código Civil.

Por último, dice el artículo 255 del Código Civil que «si la causa de excusa fuere sobrevenida, podrá ser alegada en cualquier momento», no quedando, en consecuencia, sujeta a término alguno. No obstante, reiterándonos en lo ya dicho, tal situación puede ser origen de desviaciones en la eficacia exigida en el desarrollo eficaz del cargo de tutor y convertirse en fundamento suficiente para iniciar el procedimiento de remoción, al amparo del artículo 247 del Código Civil.

d') Efectos.—Debemos separar dos momentos, en cada uno de los cuales han de adoptarse medidas precisas:

1.º Durante el proceso para apreciar la viabilidad de la causa de excusa alegada.—Preceptúa el nuevo artículo 256 del Código Civil que «mientras se resuelva acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer la función. No haciéndolo así, el Juez nombrará un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa, si fuere rechazada».

La norma tiene una finalidad semejante a la del antiguo artículo 250 del Código Civil, que imponía al tutor que alegaba excusa, mientras se resolvía sobre su procedencia, la obligación de seguir en el desempeño de su cargo. El incumplimiento de tal obligación hacía necesario el nombramiento de un «tutor provisional». Las variaciones son consecuencia lógica de la adopción de un sistema tutelar radicalmente distinto: tutela de autoridad y creación de la figura del defensor judicial.

En cuanto a la responsabilidad del sustituido, decía el antiguo artículo 250 del Código Civil que «quedaba responsable de la gestión del sustituto, si fuere desechada la excusa». El nuevo artículo 256, párrafo segundo, impone al sustituido la responsabilidad de todos los gastos ocasionados por la excusa, si ésta fuere rechazada. En ambos casos, el elemento condicionante es el mismo: que la causa de excusa sea rechazada; *a sensu contrario*, si se acepta, el sustituido quedará exonerado de cualquier responsabilidad desde que cesó en el ejercicio, recayendo la misma sobre el defensor, como en cualquier supuesto normal. Sin embargo, en el caso de desestimación de la causa de excusa, la responsabilidad recae sobre el tutor sustituido, respecto de la gestión del sustituto (conforme

a la legislación anterior), por los gastos ocasionados (nueva redacción del artículo 246, párrafo segundo).

¿Qué hemos de entender por «gastos ocasionados»? ¿Los que se producen para que sea reconocida la causa de excusa y se proceda al nombramiento de defensor judicial? Sí, pero no solamente. Tales gastos ocasionados abarcan o incluyen todos aquellos que con carácter extraordinario hayan sido motivados, directa o indirectamente, por el hecho de la del abandono del ejercicio del cargo de tutor. Como tales gastos se incluirán, consecuentemente, no sólo los citados, sino también los originados por el desempeño negligente, irresponsable o doloso del defensor judicial. Lo que ocurre es que habrá que distinguir entre dos tipos de responsabilidad: directa, debida a los gastos causados por el propio tutor en el procedimiento de alegación de la causa de excusa, designación del defensor judicial y cualquier otro ocasionado mientras el defensor judicial tome posesión de su cargo; subsidiaria, respecto de la gestión del defensor judicial. El fundamento de este cuadro de responsabilidades está en que si alguna de ellas llega a ser efectiva, se debe al hecho de no haberse apreciado como viable la causa de excusa alegada, lo que puede entenderse como relajación en el cumplimiento del principio del beneficio del tutelado, dando primacía al propio interés o comodidad del tutor.

2.º Tras la resolución recaída sobre la causa de excusa.—Si la decisión judicial es contraria a aceptar como buena la causa de excusa alegada, deberá el tutor reincorporarse a su cargo, debiendo el defensor judicial rendir cuenta de su gestión, conforme a lo dispuesto en el artículo 302 del Código Civil, sin olvidar el tema de responsabilidades, que ya ha sido tratado.

Si la causa de excusa es apreciada por el Juez, será entonces el tutor quien deberá rendir cuenta de su gestión (arts. 279 y sigs. del Código Civil), y el defensor judicial continuar en el ejercicio de sus funciones hasta que se designe nuevo tutor, conforme a lo dispuesto en el artículo 258 del Código Civil.

En cuanto al tutor designado en testamento, que se excuse de la tutela al tiempo de su delación, perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador (art. 257 del Código Civil). Norma que aclara perfectamente el ámbito de su aplicación («... se excuse de la tutela al tiempo de su delación...») y la naturaleza de la compensación perdida («... en consideración al nombramiento...»). Lo que ya no queda tan claro es por qué el precepto omite la referencia al tutor nombrado mediante documento público notarial, vía aceptada como medio general de designación en el artículo 223 del Código Civil, que

supone una ruptura del propio régimen establecido, si no aceptamos una interpretación integradora que supla la omisión del precepto.

III. JUEZ

A) *Idea general*

Tras la reforma operada en materia de tutela por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, el Juez competente se ha convertido en órgano tutelar de primer orden y ello debido a diversas consideraciones. El Juez competente, por aplicación consecuente del sistema de tutela de autoridad adoptado, está permanentemente relacionado con el hecho tutelar, y sus competencias existen y se desenvuelven con anterioridad a la propia constitución de la tutela y continúan hasta la extinción de la misma. Así, es el Juez el que ha asumido todas las competencias del antiguo Consejo de Familia, hoy desaparecido. Siendo confirmación de lo dicho la multiplicidad de preceptos que en la nueva Ley se refieren al Juez y le otorgan competencias.

B) *Competencias*

Aunque esta materia es más propia de estudio en cada uno de los aspectos o materias en que el Juez debe intervenir, quisiéramos aventurarnos en una clasificación de sus competencias, por el talante de su intervención:

1.º En ejercicio de su autoridad y funciones *strictu sensu*.—Desde este punto de vista corresponden al Juez la declaración de incapacidad, en su caso, del susceptible de tutela (art. 210 del Código Civil), tomando las medidas previas que estime oportuno y excitando el celo del Ministerio Fiscal (art. 203, párrafo 2.º, del Código Civil), y la propia constitución de la tutela (art. 233 del Código Civil). En resumidas cuentas, todas aquellas competencias derivadas del principio contenido en el artículo 216 del Código Civil, en su nueva redacción, al decir que «las funciones tutelares estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial», que es aplicación concreta a la materia que tratamos de la razón última de la función jurisdiccional: la salvaguarda de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones.

2.º Como órgano tutelar.—Son aquellas competencias que corresponden al Juez como órgano de actuación normal dentro del entramado tutelar, consecuencia del sistema de tutela de autoridad adoptado en la nueva Ley, y que, para mayor clarificación, cumplen la misma función

que le competía al Consejo de Familia en el modelo ahora derogado. Decía el profesor CASTÁN (*Derecho civil español*, ob. cit.) que el Consejo de Familia «es el elemento capital del organismo tutelar y al que está encomendada la superior dirección de la tutela». Por ello, el artículo 309 del Código Civil, en su anterior contenido, señalaba que «el Consejo de Familia conocerá de los negocios que sean de su competencia, conforme a las disposiciones de este Código». Y, a modo de conclusión, insistía el profesor CASTÁN (ob. cit., pág. 330), al hablar de las competencias propias del Consejo de Familia, «e interviene, en fin, en la mayor parte de los actos y contratos que revisten cierta importancia, ya en cuanto a la persona, ya en cuanto a los bienes del tutelado». Pues bien, es ahora la autoridad judicial quien asume esa función de superior dirección, antes mencionada, como resulta del artículo 232 del Código Civil, al sancionar que «la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Juez, que actuará de oficio, a solicitud del Ministerio Fiscal o a instancia de cualquier interesado». La enumeración concreta de cada una de las competencias encomendadas al Juez y encuadradas dentro de este apartado sería prolija y peligrosa, pues siempre cabe el peligro de omitir alguna de ellas, aunque a modo de ejemplo, y como más importantes, citemos las siguientes: nombramiento de tutor (arts. 234 y sigs. del Código Civil); remoción de tutor (arts. 247 y sigs. del Código Civil); apreciación de excusas (artículos 251 y sigs. del Código Civil); autorizaciones (arts. 271 y sigs. del Código Civil); rendición de cuentas (arts. 279 y sigs. del Código Civil), etcétera...

JOSÉ MARÍA GÓMEZ-OLIVEROS
Notario