

## 1.2. Derecho de Familia

### El régimen jurídico de la tutela tras la Ley 8/2021, de 2 de junio

#### *The legal regime of guardianship after Law 8/2021, of June 2*

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

*Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM*

**RESUMEN:** La reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio supone la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Se impone así un cambio del sistema de sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad hasta ahora vigente, a otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la que tome sus propias decisiones y, asimismo, por la adopción de un sistema de medidas de apoyo que son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Por lo que, la tutela, con su tradicional función representativa, queda reservada para los menores de edad no emancipados que no estén protegidos a través de la patria potestad, eliminándose del ámbito de la discapacidad como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada. El presente estudio se va a centrar en el régimen jurídico de la tutela como instrucción tutelar de los menores de edad no emancipados tras la citada reforma.

**ABSTRACT:** *The reform operated by Law 8/2021, of June 2 supposes the adaptation of our legal system to the International Convention on the rights of persons with disabilities, made in New York on December 13, 2006. Thus a change is imposed from the system of substitution in the decision-making of people with disabilities in force until now, to another based on respect for the will and preferences of the person who, as a general rule, will be the one to make their own decision and in addition, for the adoption of system of support measures that are furthermore to those of voluntary nature, de facto guardianship, curatorship and judicial defender. Therefore, guardianship, with its traditional representative function, is reserved for non-emancipated minors who are not protected through parental authority, eliminating from scope of disability such as extended parental authority and rehabilitated parental authority. The present study is going to center on the legal regime of guardianship as a guardianship instruction for minors not emancipated after the aforementioned reform.*

**PALABRAS CLAVES:** Tutela. Menores de edad no emancipados. Interés superior del menor. Patria potestad. Desamparo. Representación legal.

*KEY WORDS: Guardianship. Non-emancipated minor. Best interest of the minor. Parental authority. Abandonment. Legal representation.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, ÁMBITO SUBJETIVO Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA: 1. CONCEPTO. 2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA TUTELA: LOS SUJETOS A TUTELA. 3. CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA. 4. PERSONAS QUE PUEDEN SER TUTORES. CONDICIONES Y APTITUD PARA SER NOMBRADOS.—III. LA DELACIÓN DE LA TUTELA Y EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR: 1. TUTELA UNIPERSONAL O ÚNICA Y TUTELA PLURAL.—IV. CONTENIDO Y EJERCICIO DE LA TUTELA: 1. OBLIGACIONES. 2. REPRESENTACIÓN LEGAL: ESFERA PERSONAL Y PATRIMONIAL.—V. CAPACIDAD PARA SER TUTOR.—VI. CAUSAS DE INHABILIDAD PARA SER TUTOR.—VII. EXCUSA Y REMOCIÓN DEL CARGO DE TUTOR.—VIII. RETRIBUCIÓN DEL CURADOR, REEMBOLSOS Y RESPONSABILIDAD.—IX. EXTINCIÓN DE LA TUTELA Y RENDICIÓN FINAL DE CUENTAS.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA..

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En general, la función tutelar viene a englobar a distintas instituciones de guarda y resulta paralela a la patria potestad, pues tiene la misma finalidad y cumple el mismo objetivo, aunque con la importante diferencia que, mientras la Ley confía en la patria potestad, y le da un amplio margen de libre arbitrio, no lo hace plenamente en las instituciones tutelares y las somete a control judicial. Se puede decir que la función tutelar tal como se configura ahora es subsidiaria a la patria potestad —respecto de menores no emancipados—, dejando de ser semejante respecto de las personas mayores con discapacidad, al haber dejado de ser una institución de guarda para las mismas. Por lo que, la existencia de menores de edad no emancipados no sometidos a patria potestad o en situación de desamparo (art. 199 CC) determina la necesidad de procurar la guarda y protección por medio de ciertas instituciones jurídicas de carácter subsidiario como la tutela.

Recordemos que, tras la reforma por Ley 13/1983, de 24 de octubre, se instauró en nuestro ordenamiento jurídico el sistema de pluralidad de guarda, frente al sistema anterior de unidad de guarda, asimismo, se posibilitaba el desdoble de la protección personal y patrimonial de la persona, llegándose a considerar que con la citada reforma tenía lugar una cierta «despatrimonialización» de las instituciones tutelares<sup>1</sup>. En todo caso, y con la excepción de la curatela y, la figura del administrador, que podían tener un contenido exclusivamente patrimonial, las demás —incluso la curatela de la persona con la capacidad modificada judicialmente (antiguo art. 289 CC), y el defensor judicial—, mezclaban ambas facetas. Con posterioridad se modificó la tutela de menores por la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil dejando sin efecto la vigencia de los artículos 202 a 214; también con la Ley 21/1987, de 11 de noviembre en que se atribuyó por ministerio de la ley la tutela administrativa a las entidades públicas que en el respectivo territorio tengan encomendada la protección de menores e incapacitados; por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor (—en adelante, LOPJM—) que, además de modificar la regulación del acogimiento y la adopción, se consagraron una serie de derechos de menor; por la

Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad, así como por la Ley 15/2015, de 2 de julio de jurisdicción voluntaria; y, por las Leyes de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio; y Ley 26/2015, de 28 de julio) que, modifican entre otras la citada LOPJM en cuyo artículo 2 establece que: «1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor».

A estas leyes hay que añadir la publicación de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia que, tiene por objeto garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida. Se entiende por violencia, a los efectos de esta Ley, toda acción, omisión o trato negligente que priva a las personas menores de edad de sus derechos y bienestar, que amenaza o interfiere su ordenado desarrollo físico, psíquico o social, con independencia de su forma y medio de comisión, incluida la realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación, especialmente la violencia digital (art. 1).

Y, en fin, la que ha tenido lugar por Ley 8/2021, de 2 de junio —aprobada dos días antes y con el carácter de ordinaria— en la que, se eliminan del ámbito de la discapacidad no solo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, por considerarlas figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. Por lo que, la tutela, tal como indica el preámbulo de la citada Ley 8/2021, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial. Si bien, junto a la tutela —órgano tuitivo por excelencia—, está la regulación guarda de hecho y el defensor judicial de menores de edad no emancipados a los que se les da un tratamiento diferenciado respecto de la guarda de hecho de personas con discapacidad y el defensor judicial de personas con discapacidad respectivamente. De todas formas, la reforma no varía el hecho que como institución tutelar que es la tutela sigue estando sometida al control judicial, ni que, la función tutelar sea subsidiaria respecto de la patria potestad.

Centrándonos en la nueva regulación de esta última reforma señalada, el artículo 200.1 del Código Civil señala que «las funciones tutelares constituyen un deber, que se ejercerá en beneficio del tutelado, y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial». De este precepto se derivan tres principios básicos: 1. Los cargos tutelares representan un deber/función que se impone a las personas que asumen la guarda y protección de los menores no emancipados<sup>2</sup>. Es decir, se concede un poder, unos derechos, para cumplir unos deberes. La función tutelar,

por tanto, constituye un deber jurídico que, incumbe a toda persona nombrada, y, responde a una finalidad tuitiva y protectora, que se da en interés no del que la ejerce, sino del sometido a ella, siendo su contenido, un conjunto de derechos y deberes dirigidos a la realización de esta función<sup>3</sup>. Al configurarse como deber, determina que únicamente se admita la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos (art. 223 CC remite normas para regir las excusas respecto del cargo de curador; y, los art. 236 y 297 CC hace lo mismo en cuanto al cargo de defensor judicial). El cargo tutelar, se configura como un *officium* o cargo de Derecho privado, no teniendo quien lo desempeña el carácter de autoridad, sino que simplemente asume una función en la que no solo existe el interés del protegido, sino también un interés familiar y social o público<sup>4</sup>, pues, tal configuración no pugna con la intromisión de lo público en su funcionamiento. Ciertamente, aunque se habla de instituciones tutelares, antes se vinculaban a aquellas que se entendían subsidiarias de la patria potestad (tutela, curatela, defensor judicial, guarda de hecho) y con un destinatario doble: menores e incapacitados. Lo que, además, tenían su plasmación normativa en un capítulo dedicado a las disposiciones generales que se aplicaba a todas ellas (antiguos arts. 216 y 217 CC). Ahora las funciones tutelares en sentido estricto operan respecto de la tutela, pues, no hay disposiciones generales, sino que el título comienza con la regulación concreta de la tutela y alcanza únicamente a los menores de edad no emancipado. Además, a diferencia del antiguo artículo 217.2 del Código Civil, las medidas de artículo 158 del Código Civil operan solo en «los supuestos de tutela de menores» en los términos del artículo 200 del Código Civil; 2. Las funciones tutelares se ejercen en beneficio o interés del tutelado<sup>5</sup>, que actúa como principio rector de la actuación del guardador, y significa que este ha de buscar el mayor interés del tutelado, interés que debe prevalecer sobre otros, y, por supuesto, sobre el suyo propio; y que, ha de entenderse desde la condición del tutelado como sujeto de derecho, operando con parámetros esencialmente objetivos o cuasi objetivos<sup>6</sup>. Este principio, por tanto, no solo va a condicionar las facultades del tutor, sino que, además, ha de determinar el sentido de la propia intervención judicial cuando proceda (arts. 200.2, 202, 203, 207, 210, 211, 213, 214, 222 y 227 CC —que atendiendo a lo que dispone el art. 154 CC en sede de patria potestad establece que «los tutores ejercerán su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos»—, entre otros). Además, este criterio del interés del menor habrá de interpretarse conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996; 3. Las funciones tutelares se ejercerán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, mediante el establecimiento de medidas de vigilancia y control (art. 210 CC), de remoción de la tutela (art. 223 CC), cuando proceda; y, hay que añadir, también bajo el amparo del Ministerio Fiscal (arts. 200.3, 207, 209 y 222.3 CC). En todo caso, esta vigilancia permanente de la actuación de los órganos tutelares por parte de la autoridad judicial, posibilita, asimismo, que esta pueda acordar las medidas cautelares que, enumera el artículo 158, en cuanto sean convenientes para la más adecuada protección del menor. La adopción de estas medidas pueden ser decididas por el juez de oficio o a petición del propio hijo, de cualquier pariente y del Ministerio Fiscal; y, tales medidas no tienen como finalidad la protección de la persona sometida a tutela, sino también de su patrimonio, durante el tiempo que el juez considere oportuno. Se trata de medidas dirigidas a apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. alguna de estas medidas alcanza al menor sometido a tutela, en concreto la prohibición de aproximarse al menor y acercarse a su domicilio o centro

educativo y otros lugares que frecuente con respecto al principio de proporcionalidad (número 4); o la prohibición de comunicación con el menor que impediría al tutor establecer contacto por escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático con respecto al principio de proporcionalidad (número 5). Aunque referido a los que ejercen la patria potestad, podría plantearse en caso de incumplimiento de la prestación de alimentos y proveer necesidades futuras del menor tutelado, la posibilidad de plantear una remoción de la tutela (número 1). En caso de desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso judicial o penal, o bien en expediente de jurisdicción voluntaria, en que la autoridad judicial habrá de garantizar la audiencia de la persona menor de edad, pudiendo el Tribunal ser auxiliado por personas externas para garantizar que pueda ejercitarse este derecho por sí misma (art. 158.6 apartado segundo CC). Recordemos que, la Ley 13/1983 sustituyó el sistema de tutela de familia por el de tutela de autoridad que, se mantiene en la Ley 8/2021 con un simple cambio terminológico al sustituirse la palabra «juez», por la de «autoridad judicial». De todas formas, la autoridad judicial controla el ejercicio de la tutela desde que se constituye hasta su extinción: así constituye la tutela —artículo 208 del Código Civil—; nombra el tutor y organiza el funcionamiento y ejercicio de la tutela —artículos 211 a 228 del Código Civil—; fija una retribución para el tutor en caso que el patrimonio del menor lo permita (art. 229 CC); por la remisión del artículo 224 del Código Civil a la normativa de la curatela puede exigir la constitución de fianza —artículo 284 del Código Civil— o autorización judicial para la realización de los actos enumerados en el artículo 287 del Código Civil; por remisión del artículo 223 del Código Civil, de nuevo, a la curatela podrá remover al tutor o excusarle del cargo —artículos 278 y 279 del Código Civil—; puede, además, al constituir la tutela establecer las medidas de vigilancia y control, que estime oportunas en beneficio del menor tutelado (art. 210); acordar las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; o, en fin, podrá exigirle que le informe sobre la situación del menor y la rendición de cuentas de la administración anualmente (arts. 210 *in fine* y 228.5 CC) y al cesar del cargo de tutor con la rendición final de cuentas —artículo 232 del Código Civil—. 4. La tutela se ejercerá, asimismo, bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de la persona menor de edad o de cualquier interesado (art. 209 CC). Se ha introducido la posibilidad que el Ministerio Fiscal actúe en su labor de vigilancia a instancia del propio menor. En relación con la referencia «a cualquier interesado» parece lógico pensar que, se legitima a cualquier persona para instar la intervención del Ministerio Público en base a un deber de solidaridad de la ciudadanía y en coherencia con lo establecido en el artículo 207 del Código Civil y artículo 13 de la LOPJM<sup>7</sup>. No obstante, no falta quienes entienden que, tal expresión solo alcanza a quien acredite un interés directo en el buen ejercicio de la tutela<sup>8</sup>. En todo caso, al igual que, la autoridad judicial en cualquier momento podrá exigir al tutor que le informe sobre la situación del menor y del estado de administración de la tutela. Si bien, con un matiz, el artículo 209 del Código Civil opera de forma personalizada con respecto al Ministerio Fiscal (le informe); en cambio, para la autoridad judicial procede a impersonalizar tal información al simplemente exigir que informe. Por lo que, parece que ante el mandato judicial esa información puede proporcionarse indistintamente al juez o al ministerio fiscal; por el contrario, cuando la pide el Ministerio Fiscal solo puede proporcionársela a él. También se puede pensar que, ha sido un error el legislador y el «leísmo» alcan-

za a ambas instituciones dirigidas a la protección de los menores tutelados. De todas formas, en esta labor de seguimiento de la tutela el tutor, además, de los informes periódicos que tiene la obligación de presentar, tanto la autoridad judicial como el Ministerio Fiscal pueden, en cualquier momento, exigirle que les informe de la situación de menor y del estado de la administración de la tutela. Además de la rendición de cuentas anual que tiene que presentar el tutor al juez (art. 228.5 CC y art. 51 de la LJV). No obstante, conviene precisar que la toma de decisiones derivada de los informes y rendiciones de cuentas presentadas corresponden al juez por medio de auto (art. 51 de la LJV) y que podrán derivar, *vgr.*, en una remoción del tutor y el nombramiento de uno nuevo (arts. 223 y 278 CC y art. 49 de la LJV).

En este contexto, es posible que las labores de vigilancia del Ministerio Fiscal operen de forma compartida, por una parte, con los órganos de fiscalización propuestos por los progenitores en testamento o documento público notarial (art. 201 CC) y establecidos en la correspondiente resolución judicial de constitución de la tutela (art. 45.4 de la LJV); y, por otro que, lo hagan con aquellos acordados por la autoridad judicial de oficio o incluso, a propuesta del propio Ministerio Fiscal (art. 45.4.2 de la LJV).

Lo cierto es que, el juez interviene y controla las instituciones de guarda en tres órdenes: como función directa, en la constitución; como función indirecta, en el ejercicio, y como función decisoria, en la rendición de cuentas<sup>9</sup>.

En todo caso, de tratarse de menores bajo la tutela de la entidad pública, tales medidas solo podrán ser acordadas por la autoridad judicial de oficio o a instancia de dicha entidad, del Ministerio Fiscal o del propio menor. Si bien, la entidad pública será parte en el procedimiento y las medidas acordadas serán comunicadas a esta, que dará traslado de dicha comunicación al director del centro residencial o a la familia acogedora (art. 200 párrafo tercero CC).

En síntesis, sobre tales bases, se puede afirmar que la tutela se configura como una institución estable que suple la falta de la patria potestad y por la que se atiende a los menores no emancipados (art. 199 CC) y siendo el tutor el representante legal del menor a quien sustituye, salvo para aquellos actos que puede realizar por sí solo o para los que únicamente necesite asistencia (art. 225 CC); mientras la curatela también es un órgano estable, pero su actuación es referible a los asistencia de la persona discapacitada en el ejercicio de su capacidad, sin que el curador le represente o le sustituya<sup>10</sup>, salvo que excepcionalmente se le atribuyan facultades representativas. No se constituye en representante legal, sino que el curador simplemente, asiste a la persona con discapacidad. En consecuencia, no se instrumenta para suplir la capacidad de obrar del sometido a ella, como sucede con la tutela, sino para asistirle, completarla en aquellos actos que, la ley lo requiera como regla general<sup>11</sup>. Finalmente, en caso de oposición de intereses o de vacío transitorio en la tutela o curatela, el defensor judicial actúa en tales casos, provisionalmente. Se trata de un órgano de actuación no habitual ni estable, sino intermitente o provisoria.

A las instituciones de guarda legal anteriormente citadas, el Código Civil dedica el título IX del libro II del Código Civil capítulo I De la tutela —artículos 199 a 234—; capítulo II al defensor judicial del menor —artículos 235 y 236—; capítulo III a la guarda de hecho del menor —artículos 237 y 238—. A su vez, el capítulo I dedicado a la tutela se divide en cuatro secciones: la primera, contiene disposiciones generales sobre referibles a la tutela; la segunda, regula la delación de la tutela y el nombramiento de tutor; la tercera, se dedica al ejercicio de la tutela; y la cuarta, se refiere a la extinción y rendición de cuentas.



En virtud de lo dispuesto en tales normas, el régimen jurídico de aquellas está integrado por las siguientes reglas: 1) Las funciones tutelares constituyen un deber, que han de ser ejercitadas en beneficio del tutelado y están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial —artículo 200.1 del Código Civil—. Por lo que, la tutela se configura en el sistema actual como una tutela de autoridad, destacando su carácter de deber y que debe ejercerse siempre en beneficio o interés del tutelado menor de edad<sup>12</sup>; 2) Por su naturaleza de potestad familiar, solo se admite la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos —artículo 223 del Código Civil—; 3) Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil (art. 300 CC)<sup>13</sup>; 4) Se reconoce el derecho a ser indemnizado con cargo a los bienes del tutelado, cuando la persona que en el ejercicio de la función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte (art. 230 CC); 5) A quien desempeñe un cargo tutelar el artículo 226 del Código Civil se le prohíbe: a) Representar al tutelado en los actos en que intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. Se persigue evitar la autocontratación que pueda ocasionar un perjuicio al tutelado por existir un conflicto de intereses. Por lo que, de existir una coincidencia de intereses en un mismo acto o contrato, no opera esta prohibición; b) Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes hasta que no se apruebe definitivamente su gestión. La referencia a causahabientes entiende la doctrina ha de ser en sentido amplio —tanto si es a título universal o particular— y, solo respecto los créditos o deudas que no han perdido su carácter tutelar<sup>14</sup>. Asimismo, consideran que, el término liberalidad se entiende referido a donaciones onerosas, remuneratorias y *mortis causa*, excluyéndose las liberalidades de uso y cortesía y de escaso valor<sup>15</sup>. Para el ámbito *mortis causa*, el artículo 753 del Código Civil dispone que: «*Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela. Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos. Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este, si es ordenada en testamento notarial abierto. Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato*». En todo caso, esta prohibición tiene una limitación temporal hasta que se haya aprobado definitivamente la gestión del tutor —plazo de tres meses prorrogable por el tiempo que sea necesario, si concurre justa causa—; y, una vez prescrita la obligación de rendir cuentas; y, c) Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título. Su alcance es más amplio que, la prohibición establecida en el artículo 1459.1 del Código Civil, pues, abarca tanto la prohibición de adquirir como la de transmitir y, en todo caso, tiene como límite temporal el de aprobación definitiva de su gestión, aunque no falta quien a falta de mención expresa como la establecida en el artículo 226.1 del Código Civil y ser objeto de interpretación restrictiva, solo opera hasta la extinción de la tutela. En todo caso, estos tres supuestos hacen referencia a aquellos actos o contratos cuya realización se prohíben realizar al tutor con la finalidad de evitar que este se valga de su especial relación con el tutelado y, por ende, de su situación de superioridad y privilegio. En cuanto a la sanción

para el acto o contrato realizado vulnerando las citadas prohibiciones es la de nulidad al ser una norma imperativa<sup>16</sup>; aunque para BADOSA COLL el supuesto contemplado en el antiguo artículo 221.1 determinaría la nulidad, mientras que, para otros darían lugar a la anulabilidad<sup>17</sup>. Quizá habría que, operar atendiendo a la regulación actual en este último sentido.

Ahora bien, antes de finalizar este apartado, procede señalar que, mientras la Ley 8/2021 descansa sobre dos pilares fundamentales: la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y, la adopción de medidas de apoyo de carácter preferentemente voluntarias (apoderamiento y mandato preventivo y autocuratela), junto a las legales y judiciales (curador —asistencial o representativo— guarda de hecho y defensor judicial) siempre que, estas resulten necesarias y proporcionadas a la situación de la persona con discapacidad. En cambio, con relación al menor de edad no emancipado se opera fundamentalmente sobre el interés superior del mismo y, en su atención se estructura la regulación de la tutela como institución tutelar.

## I. CONCEPTO, ÁMBITO Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA

### 1. CONCEPTO

No se da en nuestro Código Civil un concepto legal de la tutela o guarda, pues, el artículo 200.1, sino que simplemente se describe el objeto de la protección, a lo que hay que añadir que, se indica la pluralidad de instituciones mediante las que se va a dispensar aquella —tutela, guarda de hecho y defensor judicial—. LETE DEL RÍO señala que «el tutor es la persona que, bajo la vigilancia y fiscalización de la autoridad judicial, y de acuerdo con las disposiciones establecidas por los padres, o en su defecto o por falta de homologación, con las impuestas por el juez, suple la falta de capacidad de obrar y cuida de la persona y bienes o solo de la persona o solo de los bienes del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos en que este último puede obrar por sí mismo en virtud de disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación». Y, añade «su función es esencialmente de dirección, administración, y ejecución, la cual se manifiesta en derechos, facultades, deberes y obligaciones de muy distinta especie y naturaleza». En resumen, «al tutor le corresponde la iniciativa de la gestión, pues es el representante legal del menor o incapacitado»<sup>18</sup>. LASARTE ÁLVAREZ, por su parte, dispone que, «la tutela, al igual que la patria potestad, consiste en una función técnicamente hablando: el titular de cualesquiera órganos tutelares ostenta derechos y facultades, en relación con la persona y/o bienes de un menor que, le son atribuidos en contemplación y en beneficio del tutelado»<sup>19</sup>.

Sobre tales bases, la tutela es, pues, una institución subsidiaria de protección y asistencia de los menores no emancipados que presenta los siguientes caracteres<sup>20</sup>: 1. Subsidiariedad, al configurarse como un mecanismo paralelo y subsidiario de la patria potestad; 2. Naturaleza pública del cargo y como función u oficio de Derecho privado; 3. Generalidad, pues, la tutela se atribuye al cuidado y protección «integral» de la persona y los bienes del tutelado. Nos encontramos ante un supuesto de representación legal; 4. Obligatoriedad. Las funciones tutelares constituyen un deber que se ejercerá en beneficio del tutelado, y solo se admite excusa en los supuestos legalmente previstos. De ahí que, la tutela no sea, por su caracterización como deber, un cargo renunciable, al margen de las eventuales causas de inhabilidad para el desempeño del mismo (arts. 216 y 217 CC);



5. El interés del menor debe prevalecer sobre cualquier otro interés en juego<sup>21</sup>;  
6. Control judicial. El ejercicio de la función tutelar se realiza bajo el control y vigilancia del juez, y del Ministerio Fiscal que, actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado (art. 209)<sup>22</sup>; y, 7. La tutela como oficio, en ocasiones, remunerado (art. 229.1 CC)<sup>23</sup>.

## 2. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA TUTELA: LOS SUJETOS A TUTELA

En cuanto al ámbito de actuación de la tutela, el artículo 199 del Código Civil señala que, estarán sujetos a tutela: 1.º. Los menores no emancipados en situación de desamparo. El artículo 172.1 párrafo segundo del Código Civil considera como situación de desamparo: «*la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*». Se trata, por tanto, de menores privados de la asistencia moral o material necesaria, derivada no solo de carecer de la debida guarda legal, sino también aun estando el menor bajo patria potestad, tutela o guarda de hecho, se encuentran sin la debida asistencia moral o material. El desamparo procede por el incumplimiento o imposible ejercicio de los deberes de protección, esto es, por falta de ejercicio o que este se ejerza de forma inadecuada o deficiente, sin que sea necesario que obedezca a culpa de los progenitores; por lo que, se opera sobre un concepto objetivo del desamparo; de ahí que, se indique por la doctrina que es posible que exista situación de desamparo ante un menor desatendido por enfermedad del guardador<sup>24</sup>.

Estamos ante una tutela automática —por ministerio de la ley— que queda atribuida a la entidad pública que, en cada territorio esté encomendada la protección de los menores (art. 222 párrafo 1 CC), sin perjuicio que, se pueda optar por nombrar un tutor conforme a las reglas ordinarias (art. 222 párrafo segundo CC), cuando existan personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con el correspondiente beneficio para el menor; u optar por un acogimiento familiar o la adopción<sup>25</sup>. En todo caso, la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los progenitores o tutores en representación del menor y que sean en interés de este.

Asimismo, la entidad pública y el Ministerio Fiscal podrán promover, si procediere, la privación de la patria potestad y la remoción de la tutela (art. 172.1 apartado 3 y 4 CC)<sup>26</sup>.

Ciertamente, previa a la designación judicial de tutor, o en la misma resolución en la que se procede al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas físicas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de este, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o la remoción del tutor, en su caso. En todo caso, están legitimados para ejercer las acciones de privación de patria potestad, promover la remoción del tutor y solicitar el nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los llamados al ejercicio de la tutela (art. 222.3 y 4 CC). En consecuencia, se podrá solicitar como medidas tras la asunción de la tutela por parte de la entidad pública la suspensión o privación de la patria potestad o la suspensión de la tutela, o en su caso, la remoción del tutor, y están legitimados para ejercer

las acciones de privación o suspensión de la patria potestad, o suspensión de la tutela, o en fin, promover la remoción del tutor el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los llamados al ejercicio de la tutela (atendiendo a los arts. 172.3 y 4 y 222.3 y 4 CC).

De todas formas, conviene precisar que, no existe situación de desamparo, si pese a carecer de progenitores, porque estos han fallecido o de tutor que no ha sido nombrado, está atendido de forma adecuada por un guardador de hecho. Por eso no se entiende la redacción del artículo 237.2 del Código Civil al proceder la declaración de desamparo, cuando además de darse la circunstancia de la existencia de un guardador de hecho, haya desasistencia material o moral. Pues, la propia existencia de la guarda de hecho impide la citada desasistencia moral o material. De forma que, resulta si hay guarda de hecho, en principio, impide que el menor esté desasistido. Resultará bastante difícil, que, aun existiendo guarda de hecho, el menor no esté adecuadamente protegido por el guardador de hecho. Quizá el legislador está pensando en un supuesto poco frecuente, por su propia excepcionalidad, en que la guarda de hecho coexista con la desasistencia del menor guardado. No parece que, sea otra la explicación a esta inexplicable redacción del artículo 237.2 del Código Civil que, por cierto, tiene un precedente en el artículo 303 —reformado por la Ley 26/2015 en este sentido—. Además recordemos que, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 27 de octubre de 2014<sup>27</sup> fija como doctrina jurisprudencial que «cuando un guardador de hecho preste a un menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquel, no se impone declarar la situación de desamparo, debiendo ser las circunstancias concretas de la guarda de hecho, interpretadas al amparo del superior interés del menor, las determinantes a la hora de decidir la situación jurídica respecto de su eficaz protección».

Ahora bien, esta tutela administrativa que en el respectivo territorio tenga la entidad pública encargada de la protección de los menores no emancipados en situación de desamparo, opera en cumplimiento de lo previsto en el artículo 39 de la Constitución española y su asunción, como hemos indicado, es automática por ministerio de la ley (*ex lege*), sin necesidad de constitución judicial como la tutela ordinaria<sup>28</sup>.

No obstante, conviene precisar que, ante el desamparo del menor se pueden adoptar dos medidas por parte de la Administración pública competente: la guarda administrativa que puede constituirse cuando se pretende evitar una situación futura de riesgo o desamparo; y la tutela administrativa cuando ya ha sido declarado el desamparo. En el primer caso, la Administración asume solo la guarda del menor; en el segundo, además de la guarda, la tutela que, puede derivar en un acogimiento familiar o residencial como forma de ejercer esa guarda/tutela.

2. *Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad* (art. 154 CC)<sup>29</sup>. Puede suceder que un menor no esté sometido a la patria potestad, bien desde el inicio, por no haberlo estado nunca (filiación desconocida) respecto de ambos progenitores, o bien por causas posteriores (muerte o declaración de fallecimiento de los padres o ausencia de los titulares de la patria potestad —artículo 169.1.º— CC), o por privación total o parcial, o suspensión de la patria potestad —artículo 170 del Código Civil—<sup>30</sup>; o estuvieran imposibilitados de ejercitarla de hecho (art. 231.4 CC), o incumplieran de forma sistemática los deberes inherentes a la patria potestad, o cuando dándose cualquiera de las circunstancias mencionadas, además el otro progenitor ha sido excluido de la patria potestad atendiendo a lo previsto en el artículo 111 del Código Civil —cuando haya sido condenado a

causa de las relaciones a que obedezca la generación según sentencia penal firme o cuando la filiación haya sido determinada judicialmente contra su oposición<sup>31</sup>. En estos supuestos, los menores necesitan una persona que sea su representante legal, pues, carecen de capacidad de obrar y, que, al mismo tiempo, vele por su persona y bienes. De ahí que, esta carencia se tenga que, suplir mediante la institución de la tutela, siendo esta supletoria de la patria potestad. El tutor como representante del menor, le sustituye, salvo para aquellos actos que este puede realizar por sí solo o que, únicamente, exigen asistencia (art. 225 CC).

Tal tutela será plena, comprendiendo todos los derechos y obligaciones, tanto respecto a la persona como a los bienes del pupilo, salvo que, como dice el artículo 218.1.º del Código Civil, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar los cargos de tutor de la persona y el de los bienes. No obstante, como señalaba GÓMEZ OLIVEROS atendiendo a la regulación anterior que, si fallecía uno de los titulares de la patria potestad, estando el otro privado de la misma, la sujeción del menor a la tutela no sería automática, pues, cabe la posibilidad que el padre privado del ejercicio, lo recupere, si el juez lo considera beneficioso para el menor<sup>32</sup>. De todas formas, procede señalar que, la Ley 8/2021 ha eliminado del artículo 156.4 la referencia a la «incapacidad» como causa de ejercicio exclusivo de la patria potestad por el otro progenitor. Por tanto, los progenitores sean personas con discapacidad necesiten o no apoyos podrán ejercer la patria potestad, sin que, si se diera el caso que necesitasen medidas de apoyo, ello le impida ejercer aquella, y la necesidad de nombrar tutor.

En todo caso, la tutela y la patria potestad no pueden operar simultáneamente, si existe una o la otra, al resultar incompatibles. De ahí que, la tutela se extingue cuando el titular de la patria potestad la recupera o desaparece la causa que le impedía ejercitarla de hecho, o cuando el menor es dado en adopción (art. 231 CC)<sup>33</sup>.

En este contexto, queda fuera de la tutela, los emancipados, los que obtengan el beneficio de la mayoría de edad, que pasan a someterse a defensor judicial, si no es posible la asistencia paterna (art. 235.3 CC). Recordemos que, desde la reforma por Ley 8/2021 vienen a asumir las funciones que hasta este momento se atribuían al curador en relación con los menores de edad emancipados.

Ahora bien, la enumeración de los supuestos por los que pueden constituir la tutela tiene carácter de «*numerus clausus*», solo las personas enumeradas en el citado precepto pueden y deben ser sometidos a tutela. Se ha de interpretar, por tanto, tal enumeración de forma taxativa, sin que sea admisible una interpretación extensiva, ni analógica, por tratarse de una materia que afecta al estado civil<sup>34</sup>.

### 3. CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA

Dándose algunos de los dos supuestos contenidos en el citado artículo 199 del Código Civil, están obligados a promover la constitución de la tutela, tanto los parientes llamados a esta —que son los que señala el artículo 206 del Código Civil: ascendientes y hermanos del menor (por naturaleza o por adopción; de doble vínculo o de vínculo sencillo— (art. 213.2 CC); como la persona física (guardador de hecho —artículo 237 del Código Civil—), o jurídica bajo cuya guarda se encuentre el menor (citado art. 206 CC), sin que exista prelación entre ellos. Respecto a los parientes, además de tal vinculación familiar, deben ser llamados; por lo que quedan excluidos aquellos parientes que no son llamados

como los tíos, o los no parientes. En realidad, estos últimos no tienen obligación de promover la tutela, no están legitimados para ello, pero sí podrán operar por la vía del artículo 207 del Código Civil —poner en conocimiento del Ministerio Fiscal el hecho determinante de la tutela—.

Ahora bien, los parientes obligados a promover la constitución de la tutela, deberán hacerlo desde el momento que, tuvieran conocimiento del hecho que motivare la tutela —cuando se trata de menores no emancipados que no están bajo patria potestad o menores no emancipados en situación de desamparo—, con la mayor celeridad y diligencia posible —diligencia superior a la media—, pues, si no lo hicieran, serán responsables solidarios de la indemnización por los daños y perjuicios que se causen (art. 206 *in fine* CC). En todo caso, existe coincidencia en la doctrina, en entender que la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor no emancipado, puede ser tanto el guardador de hecho (art. 237 CC), como el guardador legal (entidad pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de los menores e incapaces —art. 172.1 y 2 CC—). De todas formas, se parte del conocimiento del hecho que lo motivare, por lo que su operatividad descansa en dicho momento temporal y no cuando se produzca el hecho determinante de la tutela. Sobre tales bases, el incumplimiento de esta obligación de promover la constitución de la tutela determina la responsabilidad por los daños y perjuicios causados al menor tanto en el ámbito personal como patrimonial. Se trata de una responsabilidad solidaria y objetiva<sup>35</sup>. Y corresponderá su ejercicio al nombrado tutor o al propio tutelado cuando llegue a la mayoría de edad. No obstante, se podría dar el caso que, el obligado a promover la tutela no cumpla con tal obligación, pero, sin embargo, el juez opte por nombrarlo tutor, al no ser este incumplimiento de la obligación de promoción de la tutela causa de inhabilidad para el cargo. Si bien, ante la posible existencia de un conflicto de intereses, la acción de responsabilidad por daños y perjuicio no corresponda ejercitarla al tutor, sino que se proceda al nombramiento de un defensor judicial para que la ejercite (arts. 226.1 y 235.1 CC).

Asimismo, se impone el deber de constitución de la tutela a la autoridad judicial y, al Ministerio Fiscal, cuando tuvieran conocimiento que en el territorio de su jurisdicción existe alguna persona que, ha de ser sometida a tutela (arts. 207 y 208 CC). Conocimiento que puede provenir de terceras personas, pues, el artículo 207 faculta a cualquier persona que tenga conocimiento de un hecho de esta naturaleza a comunicarlo al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial, a fin de que se dé inicio al expediente<sup>36</sup>. Corresponde, por tanto, a todos los que no tienen la obligación de promover la tutela, esto es, a extraños y los restantes parientes que, no tienen obligación de hacerlo —estos es parientes no llamados ni guardadores: por ejemplo, tíos; o no parientes; por ejemplo, amigo paterno o materno, vecino/a, profesores, padrino o madrina—. No están obligados, sino facultados para comunicarlo al Ministerio Fiscal o al juez. No están, en consecuencia, legitimados para solicitar el inicio del expediente, sino para informar de la necesidad de tutela del menor. No obstante, en caso de menores en situación de riesgo o desamparo, sí existe una obligación de comunicarlo a la autoridad competente. Así en el artículo 13 de la LOPJM se establece como obligación para toda persona o autoridad, especialmente aquellas que por su profesión, oficio o actividad detecten una situación de riesgo o posible desamparo de una persona menor de edad, lo comuniquen inmediatamente a la autoridad o sus agentes más próximos, sin perjuicio de prestarle el auxilio inmediato que precise. Asimismo, cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación,

durante el periodo obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización. En fin, las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva y en todas estas actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en la vida del menor.

Sobre tales bases, el expediente de constitución de la tutela puede iniciarse por el juez de primera instancia a solicitud del Ministerio Fiscal, cuando estos conozcan el hecho determinante de la tutela por la tramitación de cualquier procedimiento, o porque se le dé noticia de ello cualquier persona (art. 207 CC); o a instancia de parte, esto es de cualquiera de las personas legalmente indicadas para promover la tutela, o de las personas bajo cuya guarda se encuentre el menor. A diferencia del antiguo artículo 228 del Código Civil que permitía actuar de oficio al juez cuando tenía conocimiento que existía en el territorio de su jurisdicción alguna persona que debía ser sometida a tutela; ahora no se ha previsto tal posibilidad. De forma que, si el juez conoce que existe un menor que necesite ser sometido a tutela, se lo habrá de comunicar al Ministerio Fiscal para que este solicite —si lo considera oportuno— el inicio del expediente. No obstante, en relación con la guarda de hecho, el artículo 52.2 de la LJV establece que el juez puede promover expediente para la constitución de la tutela en el caso de los menores, si procediera. Por lo que, en este supuesto se le permite actuar de oficio. Ante esta previsible contradicción y falta de técnica legislativa adecuada y el hecho que el propio artículo 237 del Código Civil en sede de guarda de hecho —no haga referencia a esta actuación de oficio como sí hacía el antiguo artículo 303 del Código Civil con la remisión al artículo 228 del citado cuerpo legal— entendemos que, el juez deberá también en este caso informar al Ministerio Fiscal para que sea él el que solicite el inicio del expediente<sup>37</sup>.

En este contexto, promovida la constitución de la tutela por las personas que están obligadas a ello, corresponde a la autoridad judicial constituir la tutela mediante expediente de jurisdicción voluntaria (art. 208 CC). Será competente para el conocimiento de este expediente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad. Asimismo, el órgano judicial que haya conocido de un expediente sobre tutela será competente para conocer de todas las incidencias, trámites y adopción de medidas o revisiones posteriores, siempre que el menor o persona con discapacidad resida en la misma circunscripción. En caso contrario, para conocer de alguna de esas incidencias, será preciso que se pida testimonio completo del expediente al juzgado que anteriormente conoció del mismo, el cual lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud. En estos expedientes no será preceptiva la intervención de abogado y procurador, salvo en los relativos a la remoción del tutor en los que será necesaria la intervención de abogado (art. 43 de la LJV).

El expediente se iniciará mediante solicitud presentada por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de las personas legalmente indicadas para promover la tutela. En ella deberá expresarse el hecho que dé lugar a una u otra, acompañando los documentos acreditativos de la legitimación para promover el expediente e indicando los parientes más próximos de la persona respecto a la que deba constituirse la tutela o curatela y sus domicilios. Igualmente deberá acompañarse certificado de nacimiento de esta y, en su caso, el certificado de últimas voluntades de los progenitores, el testamento o documento público notarial otorgado por estos en los que se disponga sobre la tutela o curatela de sus hijos menores. En la comparecencia se oírán al promotor, a la persona cuya designación se proponga

si fuera distinta al promotor; a aquel cuya tutela o curatela se pretenda constituir si fuera mayor de 12 años o al menor de dicha edad que tuviere suficiente madurez, a los parientes más próximos, al Ministerio Fiscal, y a cuantas personas se considere oportuno (art. 45 de la LJV).

Tanto el juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas.

El juez designará tutor a persona o personas determinadas, de conformidad con lo prevenido en el Código Civil.

En la resolución acordando el nombramiento de tutor se podrán adoptar las medidas de fiscalización de la tutela establecidas por los progenitores en testamento o documento público notarial (art. 201 CC).

Asimismo, en la resolución por la que se constituya la tutela u otra posterior, el juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, así como exigir al tutor informe sobre la situación personal del menor y el estado de la administración de sus bienes. Si se adoptaren en resolución posterior, se oírán previamente al tutor; al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, a la persona respecto a la que deba constituirse la curatela y al Ministerio Fiscal (art. 45.5 de la LJV).

Por otra parte, el juez, en la resolución por la que constituya la tutela o en otra posterior, podrá exigir al tutor o curador de modo excepcional la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones, debiendo determinar, en tal caso, la modalidad y cuantía de la misma según prevé el artículo 284 del Código Civil por remisión del artículo 224 del citado cuerpo legal.

También podrá con posterioridad, de oficio o a instancia de parte interesada, dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la fianza que se hubiera prestado, tras haber oído al tutor o curador; a la persona con discapacidad que precise medidas de apoyo, al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si tuviere más de doce años, y al Ministerio Fiscal.

En todo caso, mientras se sustancia el expediente de tutela, si el menor no está bajo guarda de hecho se podrá nombrar un defensor judicial aplicando analógicamente lo previsto en los artículos 235, 278 y 279 del Código Civil; o, en su caso, asumir la guarda provisional del menor por la entidad pública competente mediante la correspondiente resolución administrativa sobre la base de la obligación de prestar atención inmediata (arts. 172.4 CC, 14 y 14 bis de la LOPJM —este último en casos de urgencia)<sup>38</sup>.

La resolución que se dicte será recurrible en apelación sin que produzca efectos suspensivos.

Si bien, durante la sustanciación del recurso, e incluso si se instara un proceso ordinario posterior sobre el mismo objeto, quedará a cargo del tutor electo, en su caso, el cuidado del menor y la administración de su caudal, según proceda, bajo las garantías que parecieren suficientes al juez (art. 45 de la LJV).

De todas formas, cuando se prevea que, un menor sujeto a patria potestad o a tutela razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad, va a precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, una vez, alcanzada aquella, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del propio menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad.

Si bien, estas medidas se adoptarán siempre que, el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad



(acuerdo de apoyo). En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias (art. 254 CC).

Estamos ante un supuesto donde la situación de discapacidad del menor es una realidad ya en su minoría de edad, y, con seguridad, se mantendrá durante la mayoría de edad. Y, anticipándose a esta situación, la autoridad judicial podrá proceder a la adopción de medidas de apoyo que serán efectivas una vez concluya la minoría de edad —y por tanto, se extinga la patria potestad y la tutela—. Tal anticipación en la adopción de medidas viene precedida de la petición del propio menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal y siempre que, se estime necesaria su adopción. El procedimiento es el previsto en la Ley de Jurisdicción Voluntaria y en caso de oposición el previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, se dará participación al menor en el proceso de adopción de tales medidas y se atenderá a su voluntad, deseos y preferencias, si bien, en un ámbito temporal de dos años anteriores a la mayoría de edad. Nos parece adecuado darle participación en el proceso, pero no entendemos que significa atender a su voluntad, deseos y preferencias en este momento, si esta medida va a ser efectiva al llegar a la mayoría de edad. Quizá en ambos momentos temporales habrá que atender a su voluntad, deseos y preferencias.

Por otra parte, también se dará campo de actuación al menor de edad, al permitir al mayor de dieciséis años no emancipado que, pueda fijar las medidas de apoyo que quiera que surtan efecto al llegar la mayoría de edad. Documento que, a falta de mención en cuanto a su forma, pueden ser en documento privado como público. Por lo que, en esta situación concreta, las medidas de apoyo pueden ser judiciales o voluntarias.

Respecto de las medidas judiciales que se puede prever anticipadamente, se puede designar a los propios progenitores como curadores del hijo —lo que antes constituía la patria potestad prorrogada—. También a falta de medidas judiciales o voluntarias previstas en el citado artículo 254 del Código Civil cuya adopción no es obligatoria, al llegar el menor de edad discapacitado a su mayoría de edad, pueden los padres operar como guardadores de hecho de su hijo mayor discapacitado, por lo que el hijo no queda sin apoyos, si estos resultan necesarios, una vez extinguida la mayoría de edad. Y de ser insuficiente o inadecuada la medida, proceder a una provisión de apoyo judiciales que, puede ser una curatela.

En todo caso, como indica GUILARTE MARTÍN-CALERO la anticipación de la solicitud de medidas judiciales de apoyo sería aplicable, dado su carácter excepcional en «aquellas situaciones en las que puede encontrarse un menor con discapacidad que imposibilita la conformación de una voluntad suficiente para otorgar un acuerdo de apoyos y la guarda de hecho se vislumbra insuficiente o inadecuada; aquellas en las que la situación familiar es conflictiva y o existe acuerdo sobre la o y/o titularidad de la guarda de hecho por parte de los progenitores (nulidad, separación y divorcio); aquellas en las que la situación patrimonial del menor con discapacidad tiene una entidad que requiere para su ágil intervención en el tráfico una medida de apoyo formal. En estos casos y en aquellos otros de naturaleza análoga, la curatela desplegaría sus efectos a partir de la mayoría de edad»<sup>39</sup>.

Para PARRA LUCÁN de lo que se trata con el citado artículo 254 es, simplemente «evitar vacíos en la presentación de apoyos en el momento en el que la persona con discapacidad alcanza la mayoría de edad (y por tanto, se extingue la patria potestad y la tutela) y el nombramiento de apoyos judiciales»<sup>40</sup>.

#### 4. PERSONAS QUE PUEDEN SER TUTORES. CONDICIONES Y APTITUD PARA SER NOMBRADOS

Los artículos 211 a 223 del Código Civil se refieren a las personas que son llamadas a la tutela de menores de edad incluyendo: los requisitos y capacidad o idoneidad que tiene que tener una persona para ser nombrado tutor; y, la remoción —deje de serlo si es nombrado— y excusa del cargo —no llegue a ser designado—.

Pueden ser tutores tanto personas físicas, como fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores<sup>41</sup>.

El artículo 211 del Código Civil determina que para ser tutor la persona física tiene que cumplir dos requisitos: en primer lugar, tener las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y en segundo lugar, que en el tutor no concurren causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes (arts. 216 y 217 CC). Resulta conveniente que se trate de personas mayores de edad, aunque, el Código Civil no fija una edad determinada. Incluso, puede plantearse el nombramiento de una persona menor de edad emancipada en caso que, sea tutor de la persona; más dudas del patrimonio, si atendemos a lo establecido en los artículos 246 a 248 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 212 del Código Civil referido a las personas jurídicas públicas o privadas excluye a aquellas que no tengan una finalidad lucrativa y que entre sus fines no figure expresamente la protección de los menores, siempre y cuando estén válidamente constituidas conforme a derecho (art. 35 CC). Las personas jurídicas que tienen finalidad lucrativa son las fundaciones y las asociaciones, no así las sociedades civiles y mercantiles por tener la obtención de lucro. Ahora bien, puede darse el caso que entre sus fines no figure exactamente la protección y asistencia de menores, por lo que la doctrina opta por una interpretación amplia del precepto en el sentido que basta con que en términos generales se dediquen a la protección de menores<sup>42</sup>. Ciertamente, corresponde al juez valorar si atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, hacen aconsejable el nombramiento de tutor a una persona jurídica concreta.

En todo caso, tanto en el caso de tutor persona física como persona jurídica, el llamado a ser tutor no puede incurrir en las causas de inhabilidad establecidas legalmente, con una aclaración que algunas causas de inhabilidad no podrán ser aplicables a las personas jurídicas. Ahora bien, cuando se trate de un tutor persona jurídico-pública, es decir, entidad pública que en el respectivo territorio tiene las funciones de guarda y protección de menores no pueden excusarse del cargo, alegando ausencia de recursos económicos o personales. Además, en caso de desamparo, recordemos, asumen la tutela *ex lege* de los menores.

En este contexto, constituye una realidad que, resulta más conveniente que, el llamamiento recaiga en una persona física, máxime si se trata de un familiar del menor, aunque el Código Civil no concrete tal preferencia expresamente, aunque implícitamente se deduce del artículo 213.2 que establece como nombramiento preferente al ascendiente o hermano. Si bien, todo ello depende de la decisión del juez que, puede no nombrar a las personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial, como al ascendiente o hermano, si considera que es lo más beneficioso para el menor y designar a una persona jurídicas como tutor. De todas formas, los progenitores pueden designar tanto personas físicas como jurídicas para ser tutores de sus hijos menores de edad no emancipados en testamento o documento público notarial. Además, como persona jurídica privada más idónea, suele considerarse las fundaciones.

En esencia, la práctica habitual es el nombramiento como tutor de una persona física, un familiar, por ser lo más beneficioso para el menor, pero en los casos en que no sea posible encontrar personas físicas que pueda desempeñar el cargo, lo más adecuado es acudir al nombramiento de una persona jurídica como tutor —preferentemente, personas jurídico-privadas (fundaciones)—. Frente a esta implícita subsidiariedad deducible de la normativa del Código Civil, en otros ordenamientos civiles parece contenerse de una forma más explícita. Así el artículo 222-10 del Código Civil catalán dispone que: «*Si no existen personas del entorno familiar o comunitario que quieran asumir la tutela, la autoridad judicial debe designar a personas jurídicas, públicas o privadas, sin ánimo de lucro, que puedan asumirla satisfactoriamente*»<sup>43</sup>.

### III. LA DELACIÓN DE LA TUTELA Y EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR

Como señala ÁLVAREZ ÁLVAREZ «La delación consiste en el llamamiento de una persona a algo, en concreto, y por lo que aquí respecta, para desempeñar la tutela»<sup>44</sup>. A lo que añade que «aunque *a priori* pudiera parecer que la delación y el nombramiento de tutor son dos momentos diferentes y sucesivos, en realidad la tutela comienza con el nombramiento del tutor que, se identifica con la constitución»<sup>45</sup>. Por su parte, precisa SERRANO ALONSO que, significa llamamiento de una persona a algo; en este caso, para desempeñar la tutela<sup>46</sup>. A lo que añade, que es la simple designación de personas que potencialmente pueden llegar a ser tutoras, si son nombradas para el cargo. Sin embargo, para LACRUZ BERDEJO, si por delación se entiende, precisamente, un llamamiento que, para su efectividad, depende solo de la aceptación del llamado, no hay en el nuevo sistema verdadera delación, sino acaso vocación<sup>47</sup>.

En esencia, supone la designación de personas físicas o jurídicas que pueden llegar a ser nombradas tutoras. Por lo que, la constitución de la tutela comienza con el nombramiento del tutor y finaliza con la toma de posesión del cargo por parte de aquel<sup>48</sup>. La sección 1.ª del capítulo I del título IX del libro I del Código Civil lleva la rúbrica «De la delación y el nombramiento de tutor», sin embargo, no se trata de dos momentos sucesivos, sino que la tutela comienza con el nombramiento del tutor que, se identifica con la constitución.

El artículo 213 del Código Civil ha fijado un orden preferente de llamamientos al que el juez debe acudir para designar tutor del menor no emancipado; si bien, el designado habrá de cumplir las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y no estar incurso en causa de inhabilidad —artículo 211 del Código Civil—.

No obstante, excepcionalmente, y en resolución motivada, el juez puede alterar el orden legal establecido en el citado artículo 213 apartado segundo del Código Civil, siempre que resulte que el interés superior del menor así lo exigiera<sup>49</sup>. De manera que, el juez designará como tutor a la persona que considere, que va a ejercer el cargo de la forma más conveniente para el tutelado, tanto si para ello se nombra una como varias personas.

Se preferirá en el nombramiento:

1. A la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial (art. 213.1 CC)<sup>50</sup>. A este respecto, el artículo 201 del Código Civil establece que «*los progenitores podrán en testamento o documento público notarial designar tutor; establecer órganos de fiscalización de la tutela, así*

como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre las personas o bienes de sus hijos menores»<sup>51</sup>. Los progenitores pueden hacer uso de esta facultad a favor de los hijos matrimoniales, como no matrimoniales y adoptivos menores de edad no emancipados (arts. 108, 154.1 y 169.2 CC), siempre y cuando ostenten la patria potestad sobre sus hijos como precisa el artículo 204 del Código Civil; de forma individual o conjunta. Aunque el precepto habla de nombrar, lo que realmente se atribuye a los progenitores es la facultad de designar tutor, ya que el nombramiento es competencia exclusiva del juez. Los progenitores que, pueden hacer tal designación, son los que tienen la patria potestad, y recae sobre los hijos menores de edad, sometidos a ella —por lo que no es precisa la tutela—. Se hacen para el caso en que, faltando los padres, sea necesaria la tutela. Ahora bien, no se trata de una facultad concedida a los padres que, a su vez, sean menores de edad<sup>52</sup>, pese a que no falta en la doctrina, quien sobre la base legal del artículo 157 del Código Civil, considera que, los menores de edad pueden ejercer esta facultad, si poseen la capacidad requerida para otorgar el acto, que ha de contener las disposiciones sobre la tutela; eso sí, con la asistencia de sus padres y a falta de estos del tutor o intervención judicial en caso de desacuerdo o imposibilidad<sup>53</sup>.

Concede a los padres el artículo 201 del Código Civil no solo la posibilidad de designar tutor, o excluir las personas que bajo ningún concepto quieran que sean tutoras, como también los órganos de fiscalización de la tutela y personas que los integren, debiendo reunir los mismos requisitos de capacidad que se exigen para los tutores y se les aplica las causas de remoción, no así las de excusa, al no ser cargo obligatorio —por lo que, puede aceptarlo o no—<sup>54</sup>. En todo caso, estos órganos de fiscalización no puedan suprimir la función fiscalizadora del Ministerio Fiscal o la del juez, aunque si completarla, ni pueda sustituir al juez en el otorgamiento de la autorización judicial a la que se refieren los artículos 287 y 289 del Código Civil, —pues, no se pueden disminuir las garantías que, el Código Civil establece en los citados preceptos, alegando un presumible beneficio o interés para el hijo menor<sup>55</sup>—, sino también cualesquiera otras disposiciones relativas a la persona y bienes de los hijos, tales como la de nombrar varios tutores, disponer un ejercicio de la tutela de forma solidaria (art. 218.3 CC en relación con el art. 219 del mismo cuerpo legal); separar los cargos de tutor de la persona y tutor de los bienes (art. 218 CC); excluir a determinadas personas del cargo de tutor (art. 217.1 CC); fijar la remuneración del tutor (art. 229.1 CC), o la atribución de frutos por alimentos (art. 229.3 CC), etc.

De todas formas, en la resolución acordando el nombramiento del tutor, se adoptarán las medidas de fiscalización de la tutela establecidas por el progenitor en testamento o documento público notarial, salvo que sea otro el interés de la persona afectada. Asimismo, en tal resolución, el juez podrá acordar las medidas de vigilancia y control oportunas, así como exigir al tutor informe sobre la situación personal del menor o persona con discapacidad y el estado de la administración de sus bienes (art. 210 CC)<sup>56</sup>. Si se adoptaren en resolución posterior, se oírä previamente al tutor o curador, al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, a la persona respecto a la que deba constituirse la curatela y al Ministerio Fiscal (art. 45.4 de la LJV). No obstante, conviene precisar que, el documento público notarial no testamentario puede ser otorgado por ambos cónyuges, no así el testamento, al no estar permitido en derecho común, el testamento mancomunado.

Si bien, para que puedan ser eficaces las citadas disposiciones sobre la tutela es preciso que, en el momento de adoptarlas, el disponente no estuviera privado de

la patria potestad, esto es, se hayan realizado antes de la privación (art. 204 CC), como hemos precisado, en líneas precedentes. Para un sector doctrinal al tratarse de una norma de carácter sancionador, debe interpretarse su campo de actuación de forma restrictiva, y considerar que solo se aplica al supuesto de privación total de la patria potestad, y no en caso de privación parcial en el momento de adoptar las disposiciones sobre la tutela, pudiendo en este supuesto el padre o la madre hacer uso de la facultad que les otorga el artículo 201 del Código Civil<sup>57</sup>. Se incluye, no obstante, también la suspensión, al ser una privación temporal, y no el caso en que el ejercicio de la patria potestad esté atribuido a uno solo de los padres, en los casos de nulidad, separación y divorcio<sup>58</sup>. La prohibición afecta a quien se encuentre privado de la patria potestad en el momento de adoptar las disposiciones ordenando la tutela, y no en el momento de constituir esta<sup>59</sup>.

Ahora bien, si se optarse por designar tutor en testamento, se podrá hacer en cualquiera de las formas admitidas en nuestro ordenamiento (testamento común o especial), correspondiendo a cada uno de los progenitores otorgar uno, pues, en el Código Civil no se admite el testamento mancomunado. Por lo que, en el campo del derecho común por la vía testamentaria solo se admite la designación individual. Tal testamento es revocable, sin que puedan subsistir con tal revocación, las disposiciones relativas a la tutela dispuestas en el testamento revocado, al no poderse aplicar analógicamente el artículo 741 del Código Civil, salvo que, en el nuevo testamento el testador haya manifestado su voluntad de que subsista la designación de tutor (art. 739 CC)<sup>60</sup>. En todo caso, la designación puede hacerse conjunta en aquellos ordenamientos civiles que permiten tal modalidad de testamento mancomunado —así los Derechos civiles de Aragón, País Vasco, Galicia y Navarra (en este ordenamiento, se denomina testamento de hermandad)—. No obstante, el artículo 222-6 del Código Civil catalán opta por preferir el nombramiento realizado en testamento posterior. Al respecto dispone que: *«En caso de concurrencia de nombramientos o exclusiones realizados por los titulares de la potestad parental, es preferida la voluntad de quien la ha ejercido en último lugar, sin perjuicio, en su caso, de la eficacia del nombramiento realizado por el otro del titular de la administración especial de los bienes que él mismo haya dispuesto por donación o título sucesorio en favor del menor o incapaz»*<sup>61</sup>.

Si los progenitores se deciden por el documento público notarial, será mediante escritura pública otorgada a tal efecto<sup>62</sup>, o por cláusula contenida en cualquier escritura, pues, no es preciso que, esta tenga por objeto exclusivo la designación de la persona del tutor<sup>63</sup>. En todo caso, la escritura podrá ser otorgada por ambos progenitores, armonizando con ello las disposiciones relativas a la tutela.

De existir disposiciones de uno y otro progenitor y resultar compatibles las distintas disposiciones realizadas por los mismos (por ejemplo, uno designa tutor, y el otro órganos de fiscalización), se aplican conjuntamente; si son incompatibles, el juez adoptará en resolución motivada la que considera más conveniente para el tutelado —artículo 203 del Código Civil—. O, incluso, podrá prescindir de ellas, pues el nombramiento del tutor corresponde al juez y siempre lo hará en interés del menor.

En todo caso, serán eficaces las disposiciones de los progenitores: 1. Si se hubieran hecho en testamento o documento público (arts. 201 y 203 CC); y, 2. En el momento de adoptarlas el progenitor disponente no hubiera sido privado de la patria potestad (art. 204 CC). Se habla de privación, sin embargo, existen otros cauces que la ley establece para apartar a un progenitor de la patria potestad: la exclusión (art. 111 CC) y la suspensión de la patria potestad. Frente a quienes optan por limitar el carácter sancionador del artículo 204 del Código

Civil y optar por una interpretación restrictiva<sup>64</sup>; otros consideran que lo que se ha de preservar es el interés del menor y, en consecuencia, ampliar también a estos supuestos el alcance del citado artículo 204 del Código Civil<sup>65</sup>. No obstante, si el progenitor recupera la patria potestad privada o, en su caso, suspendida (arts. 170.2 y 172.3 o 111.3 CC en caso de exclusión), las disposiciones otorgadas en su momento no resultan eficaces, al llevarse a cabo en un momento en que no tenía la patria potestad.

De todas formas, el progenitor con discapacidad puede ejercer la patria potestad, igualmente, podrá establecer las previsiones del artículo 201 del Código Civil con los apoyos que, en su caso, precise, si se diera el caso.

En este contexto, es posible que ambos progenitores hayan adoptado previsiones individualmente que se aplicarán en cuanto sean compatibles —*vgr.*, uno ha designado el tutor de la persona y otro el tutor del patrimonio; o uno haya designado el tutor o tutores y el otro los órganos de control o fiscalización—. De no ser compatibles corresponde al juez decidir en resolución motivada —tutela de autoridad judicial— cuál de las disposiciones resulta más conveniente para el interés superior del menor (art. 203 CC).

Ahora bien, tal facultad concedida a los padres vincula relativamente al juez, pues, puede prescindir de la designación realizada por aquellos mediante resolución motivada, cuando el interés superior del menor exija otra cosa (arts. 202 y 213 apartado segundo CC), siendo útil el trámite de audiencia que establece el artículo 45.2 de la LJV para valorar si las previsiones de los progenitores son o no perjudiciales para el menor en aras a su interés superior. Al ser la resolución motivada, corresponde al juez justificar su decisión de desvincularse de lo establecido por los progenitores, teniendo como telón de fondo el interés superior del menor al ser la causa sobre la que permite al juez desvincularse de las disposiciones de los progenitores. En todo caso, no olvidemos que, el artículo 45.6 de la LJV dispone que, la resolución que se dicte será recurrible en apelación, sin que produzca efectos suspensivos. Si bien, durante la sustanciación del recurso, e incluso si se instara un proceso ordinario posterior sobre el mismo objeto, quedará a cargo del tutor o curador electo, en su caso, el cuidado del menor o persona con discapacidad y la administración de su caudal, según proceda, bajo las garantías que parecieren suficientes al juez. Si bien, conviene precisar que, el orden de preferencia para el nombramiento del tutor previsto en el artículo 213.1 del Código Civil, puede excepcionalmente y en resolución motivada ser alterado por el juez y, en consecuencia, prescindir tanto de la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial o de ascendiente o hermano, si el interés superior del menor así lo exigiera (art. 213.2 del citado cuerpo legal). En todo caso, a la hora de optar por las opciones de nombramiento del citado artículo 213.1, se entiende beneficioso para el menor el hecho de que se integre en la familia del tutor<sup>66</sup>.

Sobre tales bases, el expediente para la constitución de la tutela se iniciará mediante una solicitud a la que se acompañará el certificado de últimas voluntades de los progenitores, el testamento o documento público notarial otorgado por estos, en los que se disponga sobre la tutela de sus hijos menores.

De todas formas, ni el propio menor, ni otros parientes pueden realizar estas disposiciones sobre tutela de los menores. La Ley 8/2021 solo permite que la persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica pueda prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativa a su persona o bienes, o incluso proponer en este mismo documento



público el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador (arts. 255 y 271.1). Respecto de otros sujetos distintos a los progenitores, la regulación del Código Civil contrasta con la existente en otros ordenamientos civiles como el Código de Derecho Foral de Aragón que, permite la delación de la tutela por los titulares del ejercicio de la autoridad familiar —artículo 110— que, pueden ser los padres, los padrastros —artículo 85—; los abuelos —artículo 86— y los hermanos mayores —artículo 87—.

En fin, pese a que ni los artículos 4 y 77 de la LRC los menciona, el artículo 300 del Código Civil establece que: «*las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los cargos tutelares y las medidas de apoyo a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil*». Por lo que, los documentos públicos notariales del artículo 201 del Código Civil son inscribibles en el Registro Civil. En todo caso, apunta acertadamente MAYOR DEL HOYO que los documentos públicos que otorgan los progenitores no tienen porque, ser específicamente tutelares, sino que pueden ser cláusulas que se contengan en escrituras públicas con otro contenido como las capitulaciones matrimoniales<sup>67</sup>.

2. Al ascendiente<sup>68</sup> o hermano que designe el juez<sup>69</sup>, sin que entre ellos haya de seguirse un orden de preferencia, pues, la autoridad judicial puede designar indistintamente a unos u otros, ya que están en plano de igualdad<sup>70</sup>. Si bien, se puede preferir dentro de la misma línea y grado al que conviva con el menor.

En todo caso, en relación al nombramiento de tutor, el Código Civil admite el juego de la autonomía de la voluntad a los efectos de excluir a determinadas personas del cargo. En efecto, respecto de la designación del tutor, el artículo 201 del Código Civil otorga relevancia a la voluntad excluyente de los progenitores, establecimiento que «*tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial*». Sin embargo, esta exclusión procedente de los padres o del propio interesado, no opera cuando «*el juez al constituir la tutela en resolución motivada estime otra cosa en interés superior del menor*» (art. 202 CC).

Como regla general el juez habrá de proceder al nombramiento de tutor conforme al orden de prelación establecido por el artículo 213 del Código Civil y con sujeción a las exclusiones que, a tales efectos hubieren hecho los padres. No obstante, con carácter excepcional<sup>71</sup>, se permite que, en resolución motivada, el juez altere el orden legal de preferencia, y que incluso prescinda de las personas incluidas en el mismo, «*si el beneficio del menor así lo exigiere*» (art. 213 párrafo segundo CC)<sup>72</sup>. Precisaba, ALBALADEJO conforme a la anterior regulación de la tutela que, en todo caso, esta facultad que atribuye al juez, tiene carácter *excepcional*, y solo corresponde su actuación, si lo *exige* el beneficio del tutelado —luego, no basta por tanto que puramente parezca *mejor o más conveniente*, sino que resulte *necesario*—<sup>73</sup>. En base a lo establecido en el citado artículo 213 apartado segundo *in fine* se puede nombrar a la tía materna frente a la pretensión de los abuelos maternos (auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 19 de febrero de 2001); o a los abuelos maternos (auto del Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza, número 13, de 15 de febrero de 2011; y, auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 7 de noviembre de 2019); a favor del abuelo paterno (auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.ª, de 13 de julio de 1998); o a favor de un transexual que ejerció de guardador de hecho y desempeñó el papel de madre desde hace 10 años (auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 14 de junio de 1999).

De todas formas, a los efectos de la valoración judicial de lo más favorable para el menor; en defecto de las personas mencionadas —inhabilidad o inexistencia—

tencia— la autoridad judicial podrá designar tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en el interés superior de este, se considere más idóneo (art. 214 CC). Se trata de una designación de carácter subsidiario, que solo procede en defecto de las personas mencionadas en el artículo 213 del citado cuerpo legal. Lo hará mediante resolución motivada —pese al silencio del mencionado artículo 214 del Código Civil— y podrá efectuar el llamamiento a favor de algún pariente no comprendido en la enumeración del citado artículo 213 del Código Civil, siempre que, por sus relaciones con el tutelado y, en interés o beneficio de este, se consideren más idóneas. En los supuestos de adopción resulta posible nombrar a los padres biológicos<sup>74</sup>. Si se diera el caso que, no pudiera nombrarse un tutor, y no existiese guardador de hecho el menor será declarado en desamparo con la consiguiente asunción de la tutela por ministerio de la ley (tutela *ex lege*) por la entidad pública (art. 222 CC). En todo caso, conviene reiterar que la decisión judicial tiene un límite el interés superior del menor; no obstante, las relaciones con el tutelado, *vgr.*, la integración del menor en la familia del tutelado, o su convivencia con el tutor pueden ser criterios a tener en cuenta. ÁLVAREZ ÁLVAREZ establece como parámetros o condicionantes que determinen que la autoridad judicial se incline por una u otra persona como el más idóneo para asumir el cargo de tutor no solo en el momento del nombramiento, sino también en previsión de su evolución futura: «circunstancias como la edad del posible tutor, su estabilidad psíquica y anímica; si el posible llamado ha venido cuidando o asistiendo al menor de manera total o parcial en un periodo temporal anterior y como lo ha realizado; la capacidad económica que ostente el tutor; la posibilidad de otorgar al menor una dimensión pedagógica o un clima que permita la mejora del menor; el horario laboral del posible tutor, así como otras circunstancias como la disponibilidad de tiempo y la ausencia de otras obligaciones familiares, o incluso la incapacidad de cuidado de sus propios asuntos, siendo, por el contrario, valorado positivamente el hecho de ser médico o tener conocimientos necesarios para administrar convenientemente un patrimonio del tutelado de elevada cuantía o complejidad»<sup>75</sup>.

Por otra parte, si hubiese que designar tutor para varios hermanos, «*el juez procurará que el nombramiento recaiga en una misma persona*» (art. 215 CC)<sup>76</sup>. Norma esta que responde a la finalidad de evitar separar a los hermanos, y que tiene su equivalente en el artículo 92.10 del Código Civil en sede de patria potestad, y en el artículo 172 ter.2, respecto a la tutela administrativa. Si bien, no se trata de una norma imperativa, y, por ende, de una obligación impuesta a la autoridad judicial, pues, la propia redacción del precepto habla de procurar. En todo caso, puede que los progenitores hayan designado en testamento o en documento público notarial a un mismo tutor para todos sus hijos. No obstante, como hemos señalado hasta ahora, el juez puede no atender a tal designación, si el propio interés de los hijos menores de edad exige la designación de varios tutores a cada uno de ellos, razonando para ello las circunstancias o los motivos que, determinan dicha decisión.

Ahora bien, tras establecer en los artículos 211 y 212 del Código Civil que, pueden ser nombradas tutores tanto las personas físicas como jurídicas, siempre que concurren determinados requisitos y tras establecer un orden de prelación para el nombramiento, el artículo 214 del Código Civil como norma de cierre dispone que, en defecto de las personas mencionadas en el artículo 213 del citado cuerpo legal, la autoridad judicial designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en el interés superior del mismo, considere más idóneo. Por lo que, el juez puede nombrar como tutor a quien considere más adecuado sin

establecer ningún orden ni preferencia. Además, de proceder a ello por falta de personas que se contempla como posibles llamados a ser tutores, o de haberlas o las considere idóneas para el ejercicio del cargo, o sean inhábiles para ello, en cuyo caso, habrá de operar conforme dispone el citado artículo 214. Por tanto, esta elección tendrá carácter subsidiario. Si bien, esta libertad que tiene el juez en la designación de la persona más idónea para desempeñar el cargo de tutor tiene doble límite como es que ha de tener en cuenta las relaciones que tenga con el menor con el designado, así como el interés superior del menor. Respecto de estas relaciones con el menor no serán precisamente familiares, pensemos en aquellas de cercanía, proximidad, convivencia, de amistad, vecindad. En todo caso, aunque el artículo 214 del Código Civil no se refiera a ello, el juez deberá argumentar, razonar, en esencia, motivar la relación de conveniencia y de interés para el menor que, tiene la designación de la persona distinta de las fijadas en el artículo 213 del Código Civil.

Como señalamos, el artículo 199.1 del Código Civil incluye entre las personas sometidas a tutela los menores no emancipados que se hallen en situación de desamparo, correspondiendo la tutela a la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores (art. 172.1 CC). La tutela de la entidad pública es automática y *ex lege*. Asimismo, se inscribirá en el registro individual del menor en situación de desamparo la sujeción a la tutela administrativa por la entidad pública (art. 75 de la LRC). Si bien, ha de considerarse esta tutela como supletoria, pues, el artículo 222.2 del Código Civil posibilita el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas físicas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de este. Ahora bien, previamente a la designación judicial de tutor, o en la misma resolución de nombramiento, el juez procederá a acordar la suspensión o la privación de la patria potestad o la remoción del tutor, en su caso. A tal fin, estarán legitimado para ejercitar las acciones de privación de la patria potestad, promover la remoción del tutor y solicitar el nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los llamados al ejercicio de la tutela.

## 1. TUTELA UNIPERSONAL O ÚNICA Y TUTELA PLURAL

En este contexto, como regla general el cargo de tutor es único o unipersonal; de manera que, el nombramiento del juez recaerá en una sola persona, estableciendo expresamente el artículo 218 del Código Civil que *«la tutela se ejercerá por un solo tutor»*<sup>77</sup>. Sin embargo, este mismo precepto admite el ejercicio de la tutela por más de un tutor en los siguientes casos<sup>78</sup>: 1. Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado y su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes<sup>79</sup>. Cada uno de los tutores actuará de forma independiente en el ámbito de su competencia y, las decisiones concernientes a ambos tutores se tomarán de forma conjunta. En todo caso, el tutor de la persona debe velar por el tutelado y el tutor del patrimonio por gestionar los bienes del menor; esto es, por administrar sus bienes. De ser el número de tutores igual o superior a tres podrá ser adoptado el acuerdo por mayoría (mayoría simple), y, de no alcanzarse, será el juez quien resuelva; 2. Si se designa a alguna persona tutor al tío/a carnal respecto de sus sobrinos, hijos de su hermano y se considera conveniente que, el cónyuge del tutor o la persona que se halle en análoga relación de afectividad ejerza también la tutela. Se le

nombra cotutor<sup>80</sup>, por lo que, ambos serán tutores en igualdad de condiciones y deben cumplir las obligaciones derivadas del cargo de tutor, siendo, asimismo, ambos responsables del ejercicio inadecuado de la tutela. Por otra parte, conviene señalar que, antes de la reforma de 2021 solo se aludía al cónyuge del tío. En cualquier caso, se entiende que en estos supuestos resulta beneficioso la integración del menor en la vida familiar, potenciando los vínculos afectivos no solo con su tío/a, sino también con su cónyuge o pareja. En caso de tener lugar una crisis matrimonial o de pareja, no parece que dicha ruptura influya en el ejercicio de la tutela y conlleve la exclusión de la tutela del excónyuge o expareja del tío/a del menor, salvo que el juez, atendiendo a las circunstancias concurrentes, considere lo contrario en interés del menor; 3. Cuando el juez nombre tutores a las personas que los padres del menor hayan designado en testamento o en documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente. Ejercerán la tutela, como regla general, conjuntamente, salvo que el progenitor o progenitores hayan dispuesto de modo expreso que, las personas designadas han de ejercer la tutela de modo solidario, en cuyo caso corresponde al juez decidir si se van a ejercitar o no de este modo, todo ello, teniendo presente aquello que resulta más beneficioso para los intereses del tutelado (art. 219.1 CC)<sup>81</sup>. En el supuesto de tutela plural, por tanto, las facultades de la tutela habrán de ejercitarse de forma conjunta por todos los tutores<sup>82</sup>. Por lo que, la regla general para el ejercicio de la tutela es la mancomunidad, esto es, que todos los tutores deberán desempeñar el cargo conjuntamente. En todo caso, todos los nombrados han de participar en la toma de decisiones; si son dos los tutores, el acuerdo habrá de tomarse unánimemente, pero si son más de dos, valdrá el acuerdo tomado por la mayoría (mayoría simple). Por tanto, las facultades encomendadas a varios tutores habrán de ser ejercitadas por estos conjuntamente, pero valdrá lo que haga con el acuerdo del mayor número. A falta de acuerdo, el juez, después de oír a los tutores y al tutelado, si tuviera suficiente madurez, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. De ser reiterados los desacuerdos y entorpecieran gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el juez reorganizar su funcionamiento, e incluso nombrar un nuevo tutor (art. 219.2 CC). Ahora bien, conviene precisar que, la mancomunidad en la actuación de varios tutores implica que, esta actuación mancomunada alcanza no solo al ejercicio del cargo y el cumplimiento de las obligaciones, sino también a su responsabilidad<sup>83</sup>.

Si son varios los tutores con especificación de funciones —uno para la persona y otro para el patrimonio del tutelado— cada uno decidirá en su ámbito de actuación; pero si alguna decisión afecta a ambos extremos, deberá tomarse conjuntamente. De haber incompatibilidad u oposición de intereses de alguno de ellos para un acto o contrato, podrá ser este realizado por el otro tutor o de ser varios, por los demás en forma conjunta (art. 220 CC). Por lo que, en los casos de tutela plural no será necesario acudir al nombramiento de un defensor judicial (art. 235.1 CC).

Ahora bien, en el caso 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 (art. 221 CC). De forma que, el ámbito objetivo de aplicación de este precepto alcanza cuando haya varios tutores de la persona o varios tutores del patrimonio o bien varios tutores en general sin tener atribuidos cada uno de ellos un ámbito de actuación específico (personal o patrimonial). No así, cuando se nombra un tutor para la persona y otro tutor para el patrimonio, salvo que el juez entienda que es posible el intercambio de funciones, lo que deberá reflejarlo en el nombramiento o designación de tutor,

en el caso de no ser posible, ante el cese del tutor, se habrá de proceder al nombramiento de uno nuevo. Tras el cese de la tutela por el tutor individual, este deberá rendir cuentas de su gestión. De ser la tutela plural, el cese de uno de los tutores también exige tal rendición de cuentas de la gestión por todos los tutores, no solo por el que cesa en el cargo.

Por otra parte, si las facultades de la tutela se ejercitan de forma solidaria —bien cuando la tutela corresponda a los padres, y estos lo solicitan, o bien, si estos los hubieran dispuesto en testamento o documento público notarial respecto de quien o quienes hubieran designados como tutores—, cualquiera de los tutores nombrados puede llevar a cabo, de forma individual, los actos propios del desempeño de la tutela, como si los restantes tutores no existiesen, esto es, puede actuar cualquier tutor, sin previa deliberación con los demás<sup>84</sup>.

No se prevé que, sucede en caso de urgencia, parece que, cabe la aplicación analógica de lo establecido en el artículo 896 del Código Civil en sede de albaeazgo, y, en consecuencia que, pueda actuar uno de los tutores y dar cuenta posteriormente a los demás<sup>85</sup>.

Sobre tales bases, si la tutela la ejercitan conjuntamente ambos padres, y el conflicto se plantea con uno de ellos, el otro, automáticamente, representará y amparará a su hijo/a o hijos/as menores no emancipados (art. 220 CC). Si el conflicto tiene lugar con ambos, se procederá a nombrar defensor judicial (art. 235.1 CC). En los demás casos de tutela plural, si los tutores tuvieran atribuidas sus facultades conjuntamente, sin distinción de campos de actuación, y hubiese conflicto (incompatibilidad y oposición de intereses —dice el art. 220 CC—) con el tutelado respecto de alguno o algunos de los tutores, el acto o contrato en los que se plantee el conflicto, se realizará por aquel de los tutores respecto de los que no exista tal conflicto. Igualmente, si hay distinción de campos de actuación, podrá actuar el tutor no incompatible, siempre que sea de la misma naturaleza del incompatible. Pero si se plantea con todos, el Juez deberá nombrar un defensor judicial, que le represente y ampare por disposición expresa de la ley (art. 235.1 CC). De todas formas, la incompatibilidad u oposición de intereses debe estar referida a un acto o contrato determinado, porque si se refiere a una serie de actos o a la mayor parte de las funciones tutelares, entra en juego la prohibición del artículo 278.1 del Código Civil y, habrá que proceder a la remoción de tutor o tutores.

Finalmente, en estos supuestos de tutela plural, si por cualquier causa, cesase alguno de los tutores, de conformidad con el artículo 221 del Código Civil *«la tutela subsistirá con los restantes a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso»*. No parece que pueda ser aplicable al caso de tutores con especificación de funciones (citado art. 221 CC), en que si cesa uno será preciso el nombramiento de otro, que ocupe su puesto, y ejerza la función que, tienen encomendada; ni tampoco a la cotutela de los padres, puesto que, en este caso, tendrán aplicación preferente las reglas de la patria potestad. No plantea problemas cuando estamos ante una tutela conjunta sin distribución expresa de funciones, o cuando existiendo esta, hay pluralidad de tutores para cada una de ellas o si el ejercicio es solidario<sup>86</sup>. El término expreso habrá de ser entendido en el sentido que al constituirse la tutela, se atribuyó la tutela personal o la tutela real a esas concretas personas por sus especiales circunstancias profesionales, técnicas y personales o afectivas que, determinaron su especial actitud para el desempeño de la tutela. O lo que es lo mismo se han nombrado dos tutores (personal y real) atendiendo a las especiales cualidades o circunstancias señaladas, que hacen que solo ellos puedan desempeñar adecuadamente tales

funciones en las esferas indicadas, sin que puedan intercambiar sus posiciones. No obstante, ante esta situación el juez puede decidir o bien nombrar un nuevo tutor, o reestructurar la tutela, ampliando la esfera de operatividad de ambos tutores, dándoles entrada en la esfera inicialmente no atribuida.

En este contexto, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ propone que también puede establecerse él o los sustitutos de los nombrados «para el caso que el primero de ellos no acepte el cargo o cese posteriormente en el mismo o en el ejercicio de las facultades por los otros»<sup>87</sup>.

#### IV. CONTENIDO Y EJERCICIO DE LA TUTELA

El Código Civil regula en la sección 3.<sup>a</sup> del Capítulo I al ejercicio de la tutela. El artículo 224 del Código Civil comienza por indicar que se aplicarán como supletorias las normas de la curatela en lo que, expresamente no se regule en la citada sección. Así los artículos 282 a 290: obligaciones del curador durante el ejercicio de la curatela (art. 282); el nombramiento de defensor judicial cuando el curador no puede desempeñar su cargo o cuando exista conflicto de intereses (art. 283 CC); la posibilidad de exigir la constitución de fianza (art. 284 CC); la obligación del curador con facultades representativas de hacer un inventario del patrimonio de la persona a la que asiste (arts. 286 y 286 CC); y la necesidad de autorización judicial para la realización de determinados actos que se exige al curador representativo (arts. 287 a 290 CC).

A lo anterior el artículo 227 del Código Civil añade que, los tutores ejercerán su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respecto a sus derechos, pudiendo recabarse el auxilio de la autoridad judicial, cuando fuera necesario. Lo que está en consonancia con el artículo 10 de la Constitución española —libre desarrollo de su personalidad— y la consideración del interés como criterio rector del ejercicio de la tutela.

Al respecto el artículo 2.1 de la LOPJM señala que, todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. A continuación en su número 2 establece los criterios generales que han de tenerse en cuenta a los efectos de interpretación y aplicación en cada caso del interés del menor, sin perjuicio de los dispuestos en la legislación específica aplicable, entre otros: a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas; b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior; c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Si bien, estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) La edad y madurez del menor; b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica,



o cualquier otra característica o circunstancia relevante; c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores. Y, tales elementos se habrán de valorar conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara. Además el artículo 3 de la citada Ley precisa que, los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social. Entre estos derechos está: el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4); el derecho a la información (art. 5); el derecho a la libertad ideológica (art. 6); el derecho de participación, asociación y reunión (art. 7); el derecho a la libertad de expresión (art. 8) y el derecho a ser oído y escuchado (art. 9).

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 227 del Código Civil permite al tutor recabar el auxilio de la autoridad cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela. Alcanza a cualquier autoridad —sea, por tanto, judicial como administrativa (órganos de la Administración pública competente)—.

## 1. OBLIGACIONES

Al aplicarse supletoriamente la normativa de la curatela, podrá exigirse al tutor la prestación de fianza. Por lo que, cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma. Una vez constituida, la fianza será objeto de aprobación judicial (art. 284.4 CC).

A tal fin, el artículo 165 de la LH establece que, para constituir o ampliar judicialmente y a instancia de parte cualquier hipoteca legal, se procederá con sujeción a las reglas siguientes. En concreto, la sexta establece que, tratándose de hipoteca legal por razón de la fianza de tutores, la competencia para decretar la hipoteca legal y la tramitación de la misma corresponderá al Juzgado en el que se tramite el nombramiento de los tutores, conforme a lo dispuesto en el artículo 192, aplicándose lo dispuesto en las reglas anteriores en lo que no se opongan a dicho precepto.

En todo caso, al artículo 168 de la LH establece que tendrán derecho a exigir hipoteca legal:» 4. Los menores de edad sujetos a tutela sobre los bienes de los tutores, por razón de la responsabilidad en que pudieran incurrir, siempre que la autoridad judicial considere necesario que presten fianza y sin perjuicio de los casos en que se ofrezca otra garantía real o personal que sea suficiente a juicio de la autoridad judicial».

De todas formas, como establece el artículo 284.2 del Código Civil en cualquier momento la autoridad judicial podrá modificar o dejar sin efecto la garantía que se hubiese prestado.

Además de fianza, se puede exigir al tutor que realice un inventario de los bienes del tutelado, aplicando el artículo 285 del Código Civil en sede de curatela. Por lo que, deberá hacerlo en el dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo. El inventario se formará ante el letrado de la Administración de Justicia, con citación de las personas que estime conveniente.

El letrado de la Administración de Justicia podrá prorrogar el plazo previsto, si concurriese causa para ello.

Asimismo, podrá constituirse un depósito en un establecimiento destinado a este efecto, del dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos del tutelado, siempre que, a juicio del letrado de la Administración de Justicia no deban quedar en poder del curador (el citado art. 285.4 CC).

Ahora bien, los gastos del inventario y depósito correrán a cargo de los bienes del tutelado (el mencionado art. 285.5 CC).

## 2. REPRESENTACIÓN LEGAL: ESFERA PERSONAL Y ESFERA PATRIMONIAL

En este contexto, el tutor es el representante legal del menor tanto en la esfera personal como en la patrimonial; si bien, se excluye de su representación, aquellos actos que el menor puede realizar por sí solo —otorgar testamento abierto a partir de los catorce años, salvo el ológrafo (art. 663.1 CC); podrá llevar a cabo los actos de administración ordinaria de los bienes que el mayor de 16 años haya adquirido con su trabajo e industria, pero necesitará el consentimiento del tutor para los actos que excedan de dicha administración (art. 162.3 CC en relación con el art. 164.4 del citado cuerpo legal aplicables por analogía al menor sujeto a tutela); ser testigo en testamentos otorgados en caso de epidemia, si es mayor de dieciséis años y en la forma establecida por el artículo 701 del Código Civil—, o aquellos para los que únicamente necesite asistencia —optar por la nacionalidad española en los supuestos *ex* artículo 20.2 b) del Código Civil el mayor de catorce años asistido por su representante legal; asimismo, el menor puede adquirir la posesión de las cosas pero necesita la asistencia de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor (art. 443 CC); y, en fin, el artículo 1263 permite a los menores de edad no emancipados celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales— (art. 225 CC). Por lo que, el alcance de la representación legal es suplir o sustituir al tutelado en todos aquellos actos en que el menor de edad no emancipado no puede realizar por sí mismo tanto en la esfera personal como la esfera patrimonial. E, igualmente, excluir de representación legal del tutor en aquellos casos para los que menor, únicamente, precise asistencia. En todo caso, cabe plantearse, si resultaría aplicable en sede de tutela, el artículo 162 del Código Civil relativo a la patria potestad respecto de aquellos actos en que los progenitores se exceptúan de la representación paterna. En concreto, los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia; aquellos en que exista conflicto de intereses

entre los padres y el hijo; y, los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158 del Código Civil. O, si también resulta aplicable el artículo 164 del citado cuerpo legal respecto de los actos en que excluye la administración paterna así: los bienes adquiridos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de manera expresa. Se cumplirá estrictamente la voluntad de este sobre la administración de estos bienes y destino de sus frutos; los adquiridos por sucesión en que uno o ambos de los que ejerzan la patria potestad hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, que serán administrados por la persona designada por el causante y, en su defecto y sucesivamente, por el otro progenitor o por un administrador judicial especialmente nombrado; y, los que el hijo mayor de dieciséis años hubiera adquirido con su trabajo o industria. Los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella. Parece que, también podrían aplicarse tales preceptos que exceptúan del ámbito personal como de la administración de bienes al tutor en cuanto representante legal del menor tutelado como ocurre con los padres, en cuanto que ambos —padres— son representantes de los menores de edad no emancipados —hijos o tutelados—.

Por otra parte, se reconoce cierto margen a la autonomía de la voluntad en la configuración del ejercicio de la tutela de los menores de edad no emancipados. Así se posibilita que, los padres no privados de la patria potestad en el momento de adoptarlas, en testamento o en documento público notarial, además de designar tutor, establezcan órganos de fiscalización de la tutela, designe a las personas que hayan de integrarlas u ordenen cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores de edad (art. 201 CC). Asimismo, se posibilita que terceros dispongan a favor del menor bienes a título gratuito y que excluya al tutor de la administración de tales bienes. A tal fin, el artículo 205 del Código Civil faculta a quien disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor para establecer las reglas de administración y disposición de los citados bienes y designar a la persona o personas que hayan de ejercitarlas. Se trata de un patrimonio separado sometido a las reglas establecidas en el título de constitución; de modo que, solo corresponderán al tutor las funciones que no hubieran sido conferidas al administrador designado por quien hubiera hecho la disposición de bienes a favor del menor (art. 205 *in fine* CC).

En este contexto, el tutor está obligado respecto del tutelado conforme dispone el artículo 228 del Código Civil<sup>88</sup>: 1. Velar por él y procurarle alimentos. Velar consiste en cuidar del menor, sin que implique necesariamente tenerlo en su compañía<sup>89</sup>. O, como precisa SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS «un deber específico de atención, vigilancia y control no solo del comportamiento del propio menor, sino también de la actuación de cuantas personas o instituciones colaboren en la formación integral de este»<sup>90</sup>. Por su parte, procurar alimentos no debe confundirse con la obligación legal de alimentos entre parientes; si bien, ha de consistir en todo lo que sea indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Cuando la tutela de la persona y la tutela de los bienes se atribuye a personas distintas, corresponderá al primero el procurar alimentos y al otro proporcionar las cantidades para ello. La entrega de alimentos podrá realizarse en el propio domicilio del tutor, si convive con el tutelado, o si no es así, entregado las sumas necesarias a las personas que tengan al menor en su compañía. La obligación de proporcionar alimentos que se impone al tutor,

determina que, se pueda utilizar el patrimonio del tutor; no obstante, su cuantía ha de ser proporcional al caudal del patrimonio del tutor, pudiendo excusarse de la tutela, si carece de medios<sup>91</sup>. En todo caso, los padres pueden establecer disposiciones establecidas a tal fin en testamento o documento público notarial. Asimismo, debe advertirse que, a diferencia de lo que ocurre en la patria potestad, no se prevé en la tutela la obligación de tener al menor tutelado en su compañía. En esencia, el tutor puede utilizar el patrimonio del tutelado para la prestación de alimentos, si este resultará suficiente; o bien reclamarlos a la persona legalmente obligada a prestarlos; o en fin, a proporcionarlos él mismo, si se trata de uno de los parientes obligados a prestar alimentos por la vía del artículo 143 del Código Civil<sup>92</sup>.

2. Educar al menor y procurarle una formación integral. Lo habrá de hacer respetando las disposiciones de los padres, salvo disposición contraria motivada al juez. En el caso que dichas disposiciones no existan, la decisión respecto a la educación del menor tutelado corresponde al tutor. Si bien, deberá atender al interés del menor, a su personalidad y oír a este, por lo que, corresponde al tutor la libertad de elegir el Centro docente —público, privado y concertado—, la posibilidad de intervenir en el funcionamiento del mismo —a través de las asociaciones de padres—; o, en fin, la facultad de elegir el ideario filosófico y religioso para el menor adecuado a las creencias y convicciones de los padres y del menor<sup>93</sup>; del mismo modo que, corresponde a los padres respecto de sus hijos, sin olvidar que, el artículo 6 de la LOPJM que reconoce en su número 3 que «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral»<sup>94</sup>.

3. En cuanto, a promover su mejor inserción en la sociedad representa un complemento del deber de educación y formación integral del menor; pues, a través de la misma se puede contribuir a ayudarle a relacionarse, a desenvolverse y a su inserción en la sociedad. El artículo 7.1 de la LOPJM dispone al respecto que, los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa». A tal fin, los poderes públicos «deberán promover la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de infancia y adolescencia».

4. Administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida —sustituyendo la expresión de «diligencia de buen padre de familia» y sosteniendo en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2021<sup>95</sup> que hace referencia este nivel de diligencia del tutor que, además de tener su origen en la ley, que pueden calificarse de obligaciones contractuales que nacen de la relación jurídica entre el tutor y tutelado generada por la institución de la tutela y responde a un módulo objetivo que en cada caso debe ajustarse a las concretas circunstancias de las personas, del tiempo y lugar (art. 1104 CC)—. El término administración ha de entenderse en sentido amplio —actos de administración ordinaria, extraordinaria y de disposición sin perjuicio de exigirse la correspondiente autorización judicial—. En cuanto a la diligencia exigible al tutor será la debida al concreto acto de administración que se trate, y a falta de norma específica, aplicar lo establecido en el artículo 1104 y 1726 del Código Civil<sup>96</sup>. No obstante, los padres puede agravar, disminuir o eximir de responsabilidad a los tutores en testamento o documento público notarial con el límite establecido en el artículo 1102 del Código Civil —respecto del dolo— y en cuanto a la culpa, su agravación, exención o atenuación solo vincularán al juez, si no son contrarias al interés del tutelado y a lo que representa la tutela como deber. De todas

formas, están excluidos de la administración del tutor: 1. Los bienes sometidos al artículo 205 del Código Civil, pues, recordemos, el que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor podrá establecer las reglas de administración y disposición de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerlas. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor; y, 2. Los bienes adquiridos por el hijo mayor de dieciséis años con su trabajo o industria. Si bien, los actos de administración ordinaria serán realizados por el hijo, que necesitará el consentimiento de los padres para los que excedan de ella (art. 164.3 CC en sede de patria potestad).

5. Informar a la autoridad judicial anualmente sobre la situación del menor y a rendirle cuenta anual de su administración. Se trata de dos obligaciones con la misma periodicidad —anual—. La primera implica informar sobre la persona y bienes del tutelado; la segunda, en principio, incumbe al tutor de los bienes. Sin embargo, aunque se emplee el término administración, deberá exigirse a ambos —tutor de la persona y tutor del patrimonio— al ser tomadas algunas decisiones por ambos conjuntamente. Por lo que, ambos deberán presentar sus cuentas<sup>97</sup>.

Y, 6. Oír al menor antes de adoptar decisiones que le afecten (derecho contenido en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996)<sup>98</sup>.

Por otra parte, teniendo en cuenta que son aplicables con carácter supletorio las normas de la curatela (art. 224 CC), el tutor necesitará autorización judicial en los supuestos establecidos en los artículos 287 y 289 del Código Civil. Así: 1. Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando el tutelado no pueda hacerlo por sí mismo, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales; 2. Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales del tutelado, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que, resulta necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular; 3. Disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar; 4. Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses del tutelado, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo; 5. Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades; 6. Hacer gastos extraordinarios en los bienes del tutelado; 7. Interponer demanda en nombre del tutelado, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía; 8. Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza; y, 9. Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria —supuestos contractuales de escasa o nula aplicación a los menores de edad no emancipados sometidos a tutela—.

No necesitarán autorización judicial la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el tutor (al igual que, el curador representativo), pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial<sup>99</sup>. Si hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

Si bien, antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los artículos anteriores, la autoridad judicial oír al Ministerio Fiscal y al menor si tuviera suficiente madurez y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes

Por otra parte, el artículo 226 del Código Civil prohíbe al tutor: 1. Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión —esto es, liberalidades *inter vivos* como *mortis causa* realizadas por el menor—<sup>100</sup>. Para SERRANO CHAMORRO se entiende por liberalidades «disposiciones de bienes a favor de alguien sin ninguna prestación suya» y añade que «el recibir liberalidades no debería ser un acto prohibido sin más, habría que distinguir de qué liberalidades estamos hablando y cuánto supone en el patrimonio del tutelado»<sup>101</sup>; 2. Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. Ahora bien, como precisa ORDÁS ALONSO dentro del término liberalidades entraría «la donación en todas sus variantes (acto de liberalidad —art. 618—, donación onerosa y remuneratoria —art. 619— y donación *mortis causa* —art. 620—)»<sup>102</sup>. Respecto a los causahabientes, para la doctrina se ha de limitarlo al adquirente del saldo activo o pasivo derivado de la relación de cuenta corriente entre tutor y tutelado; esto es, a los causahabientes del tutelado en sentido estricto<sup>103</sup>; y, 3. Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título<sup>104</sup>.

En cuanto, a los efectos del incumplimiento de las citadas prohibiciones, procede indicar que, si respecto a los actos realizados sin la correspondiente autorización judicial por el tutor, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de enero de 2018<sup>105</sup> se inclinó por la anulabilidad de aquellos, cabe preguntarse si esta misma doctrina ha de aplicarse al incumplimiento de las prohibiciones y la realización de cualquier acto prohibido por parte del tutor, la doctrina de forma mayoritaria parece inclinarse por la nulidad absoluta ex artículo 6.3 del Código Civil<sup>106</sup>.

En este contexto, asimismo, procede indicar que, el artículo 205 del Código Civil establece la posibilidad que un tercero disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor —tanto si se trata de acto *inter vivos* (donación) como *mortis causa* (herencia o legado)—. Corresponderá al disponente establecer las reglas de administración y disposición de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarlas. Estas personas pueden ser distintas del tutor y actuar como administradores de ese patrimonio concreto y el tutor del resto del patrimonio del menor tutelado. Si bien, las funciones no conferidas a tales administradores corresponden al tutor<sup>107</sup>.

Ahora bien, si el disponente no ha designado administrador, la administración y disposición de tales bienes corresponderá al tutor. De todas formas, de haberse establecido por el tercero disponente reglas de administración y de disposición, a ellas deberá someterse el tutor. En todo caso, el cargo de administrador, como ocurre con el del tutor, puede ser ejercitado por una o varias personas, pudiendo a tal fin preverse las formas de actuación en caso de pluralidad de administradores; de no haberse previsto, se aplicarían supletoriamente las reglas de la tutela previstas en el artículo 219 del Código Civil. En cuanto a la funciones a ejercer por el administrador, sobre la base de lo previsto en el citado artículo 205, serán de administración y de disposición, a diferencia del antiguo artículo 227 del Código Civil que, solo eran de administración.

En fin, como precisa acertadamente MAYOR DEL HOYO «no hay razón para pensar que el administrador deba quedar excluido de la responsabilidad



que impone el artículo 234 del Código Civil al tutor por los daños causados por culpa o negligencia»<sup>108</sup>.

## V. CAPACIDAD PARA SER TUTOR

Tal como señalamos en líneas precedentes, el artículo 211 del Código Civil señala que *«podrán ser tutores todas las personas físicas que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y en ellas no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes»*.

Sobre tal base legal, se exige dos requisitos para que una persona física sea nombrada tutora: 1. Que tenga condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función; 2. Que en la persona tutora no concurren algunas de las causas de inhabilidad contenidas en los artículos 216 y 217 del Código Civil, de las que nos ocuparemos en el siguiente apartado<sup>109</sup>.

Para ser tutor no se exige una capacidad especial, sino capacidad jurídica. De forma que, los mayores de edad no discapacitados o discapacitados con medidas de apoyo asistenciales podrán ser nombrados tutores, no así las personas discapacitadas con medidas de apoyo representativas —así los sometidos a curatela representativa—. Respecto a los menores de edad emancipados y que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad plantea dudas, pues, se encuentra necesitado de asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica con relación a determinados actos contemplados en el artículo 247 del Código Civil —en concreto, necesita el consentimiento de sus progenitores y a falta de ambos, de un defensor judicial—. En la actual regulación no se establece nada, por lo que, atendiendo al amplio margen que se deja al juez a la hora de determinar si tiene condiciones de aptitud suficientes para el desempeño de su función —puede ser tutela solo de la persona—<sup>110</sup>.

Ahora bien, pueden ser también tutoras las personas jurídicas: las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, esto es, que no tengan finalidad lucrativa y que entre sus fines figure la protección y asistencia de menores (art. 212 CC)<sup>111</sup>. Ha de tratarse de personas jurídicas de cualquier tipo legalmente reconocidas y que estén, además, válidamente constituidas y no en vías de constitución o funcionamiento de hecho; que tengan carácter no lucrativo y, que entre sus fines específicos figure la protección de menores.

Sobre tales bases, podrán ser tutoras las fundaciones<sup>112</sup>, asociaciones<sup>113</sup>, las personas jurídico eclesiásticas en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.4 del Acuerdo firmado entre España y la Santa Sede de 3 de enero de 1979; las cooperativas sin ánimo de lucro previstas en la Ley 27/1999, de 16 de julio de Cooperativas<sup>114</sup>, y, las personas jurídico públicas, cumpliendo con la función asistencial de Estado contenidas en los artículos 39, 41, 43, 49 y 50 de la Constitución española. No lo serán, en cambio, las sociedades civiles (art. 1665 CC), y mercantiles (art. 116 del Código de Comercio)<sup>115</sup>, tampoco las corporaciones sectoriales o corporaciones públicas como Cámaras de Comercio, o aquellas que se constituyen en atención de las especiales circunstancias subjetivas de quienes las integran, como por ejemplo, los colegios profesionales.

En todo caso, la designación de una persona jurídica como tutora tendrá lugar cuando no existan ninguna de las personas físicas a las que se refiere el artículo 211, o existiendo no sean idóneas, o cuando los padres hayan optado por designar en testamento o documento público notarial a una persona jurídica

como tutora de sus hijos, o, en fin, el juez opte por alterar el orden contenido en el citado precepto mediante resolución motivada por considerarlo beneficioso para el menor.

## VI. CAUSAS DE INHABILIDAD PARA SER TUTOR

Como hemos señalado en líneas precedentes, el artículo 211 del Código Civil además del requisito de encontrarse en el pleno ejercicio de los derechos civiles, exige para que a una persona se la considere idónea para ser nombrada tutor, que no esté incurso en ninguna de las causas de inhabilidad previstas en los artículos 216 y 217 del citado cuerpo legal.

Se trata de una lista cerrada o taxativa de causas que, el legislador ha fijado en tales preceptos sin un criterio sistemático predeterminado y claro, pues, se limita a una enumeración indistinta de aquellas<sup>116</sup>. Se puede decir que, unas son causas de inhabilidad de carácter absoluto, que impide a quien incurre en ellas, ser tutor en cualquier tutela; y otras relativas, que, simplemente, impiden el desempeño de la función tutelar en una concreta tutela, pero no la excluye para cualquier otra. Igualmente, existen causas que se fundan en razones de desconfianza, o de inmoralidad o, en fin, de imposibilidad material o de respeto a la voluntad paterna.

En este contexto, LETE DEL RÍO define la inhabilidad como «la falta de idoneidad o incapacidad impuesta por la Ley, y que impide a la persona a quien afecta el acceder al cargo de tutor o continuar en su ejercicio»<sup>117</sup>.

La idoneidad se determina en sentido negativo o excluyente en cuanto que implica que, quien va a ser nombrado tutor no se encuentra en algunas de las situaciones, que la ley establece como excluyentes del ejercicio de la tutela; de modo que, se considera idóneo al que no incurre en causa que, le inhabilite para el desempeño de las funciones de tutor, esto es, que reúna las máximas garantías de imparcialidad, moralidad, y confianza en beneficio del tutelado<sup>118</sup>.

De forma que, en el artículo 216 del Código Civil la desconfianza o razones de moralidad fundamentan que, se impida a los que por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección y los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. Se trata, además, de causas de inhabilidad absoluta que, afectan a toda tutela. Por razones de imposibilidad, se impedirá el ejercicio de la tutela a quien estén cumpliendo pena privativa de libertad; y, en fin, se consideran causas de inhabilidad relativa, basada en la imposibilidad material o física del desempeño de la función, a los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras están cumpliendo la condena<sup>119</sup>.

Analizando cada una de las causas en particular:

1. Los que por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total o parcialmente de los derechos de guarda y educación. Resulta lógico que quien ha incumplido gravemente los deberes paterno-filiales en relación con sus hijos, y, ha demostrado, por tanto, una absoluta falta de idoneidad para ejercer la patria potestad, se le impida ocuparse de otros menores, pues, si no cuida bien de sus propios hijos, no parece que, se pueda esperar que, lo haga mejor respecto de los ajenos<sup>120</sup>. El artículo 170 del Código Civil establece tres tipos de causas de privación total o parcial de la

patria potestad: 1. La sentencia dictada en un proceso seguido al efecto, fundado en el incumplimiento grave de los deberes inherentes a la patria potestad; 2. La sentencia dictada en causa criminal de acuerdo con el Código Penal, que puede imponerse como pena accesoria; 3. La resolución recaída en un pleito matrimonial. Esta privación total o parcial de la patria potestad, como su suspensión son medidas punitivas, basadas en la culpabilidad del autor; de manera que, operando sobre tal estrecho margen, no se considera incluida en esta causa de inhabilidad: la suspensión de la patria potestad por ausencia, incapacidad o imposibilidad temporal de los titulares de la patria potestad; ni la privación a los padres de la administración de los bienes del hijo (art. 167 CC); ni la atribución del ejercicio de la patria potestad a uno de los titulares, en los casos de desacuerdos reiterados o por cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad (art. 156 CC), ni tampoco, como estima GUILARTE MARTÍN-CALERO, cuando la privación de la patria potestad sea consecuencia de medidas adoptadas provisionalmente o en las sentencias de nulidad, separación o divorcio<sup>121</sup>. Si, lo será, en cambio, cuando ante la situación de desamparo del menor, asuma la tutela, la entidad pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la protección de los menores, pues, lleva consigo la suspensión o privación de la patria potestad (art. 172.1 CC)<sup>122</sup>.

2. Los que hubiera sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. El fundamento de esta causa se basa en que el nombrado tutor pueda volver a incurrir en la misma causa, que originó la remoción anterior<sup>123</sup>. Las causas de remoción se encuentran establecidas en el artículo 278 del Código Civil en sede de curatela, por la remisión del artículo 223 del citado cuerpo legal. De todas formas, si se trata de una causa de inhabilidad relativa —por ejemplo, existencia de un conflicto de intereses respecto de un tutelado anterior— no parece que, deba ser tenida en cuenta como causa de inhabilidad del tutor con carácter general para el ejercicio de cualquier otra tutela<sup>124</sup>.

Por su parte, el artículo 217 del Código Civil establece que no se puede nombrar tutores:

1. A quien haya sido excluido por los progenitores del tutelado. Tal exclusión ha de ser expresa, y realizarse respecto de determinadas personas concretas, y determinadas, —que pueden ser personas físicas o jurídicas—, no siendo posible las exclusiones genéricas, salvo que se refieran a categorías determinadas (por ejemplo, ascendientes, descendientes)<sup>125</sup>. Esta exclusión que, algunos califican de derecho a veto<sup>126</sup>, otros de derecho de denuncia<sup>127</sup>, no será necesario que, sea motivada, aunque resulta aconsejable que los padres pongan de manifiesto los motivos o las razones que les lleva a tomar tal decisión para que el juez tenga conocimiento de ello<sup>128</sup>. Asimismo, tiene unos límites, pues, no faculta a los padres para excluir de la tutela al cónyuge del hijo, ni a uno de los padres para excluir al otro, aunque si pueden valerse de la misma, para dar a conocer los motivos por los que considera, que se deben excluir como tutores a tales personas. En todo caso, no vincula al juez tal derecho de veto o denuncia, pues, en resolución motivada puede estimar otra cosa en beneficio del menor. Y aunque, en principio, dicha exclusión se hará constar en documento público notarial o en testamento, nada impide que pueda constar en cualquier otro documento privado, o incluso, se indica mediante una declaración de voluntad verbal —si bien, en este caso, habría dificultad probatoria—<sup>129</sup>.

2. Los condenados en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela. La falta de libertad impide

materialmente cumplir con los deberes inherentes al cargo de tutor. Se trata de una causa de inhabilidad relativa, basada en la imposibilidad física o material para el adecuado desempeño de la función tutelar; donde resulta irrelevante la duración de la pena privativa, y, en la que se requiere la existencia de una sentencia penal firme. En tal contexto, un sector de la doctrina precisa que, no se considera inhábil, —por no existir tal imposibilidad física o material en el ejercicio de la función tutelar—, quienes estén en libertad condicional, salvo que hayan sido condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela (art. 278), ni quienes estén detenidos o en situación de prisión preventiva o provisional sin condena<sup>130</sup>. No hay duda que, esta causa de inhabilidad desaparece, cuando la pena se ha cumplido, o ha habido remisión de la pena, o se le ha indultado, o, en fin, hay suspensión del cumplimiento de la condena<sup>131</sup>.

Ahora bien, se concede una amplia discrecionalidad al juez, aunque, como indica LETE DEL RÍO, está obligado a motivar la resolución judicial basada en tal causa de inhabilidad, salvo que se trate de un delito que lleve aparejada la inhabilitación especial para el ejercicio de la tutela, curatela o guarda, como serían, por ejemplo, los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, a los que se refiere el título VIII del libro II del Código Penal<sup>132</sup>. En todo caso, serán relevantes los delitos contra la propiedad, los delitos de corrupción de menores o abuso y agresiones sexuales a menores, etc.<sup>133</sup>. Se trata de una causa que seguirá produciendo efectos, aunque se haya extinguido la condena, con el límite de la rehabilitación.

Asimismo, el citado artículo 217 establece como causas de inhabilidad: 3. Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. En este supuesto, si carece de capacidad para administrar sus bienes, no puede administrar los de otro, y, en consecuencia, nombrado tutor; 4. A quien le sea imputable la declaración como culpable en un concurso, salvo que la tutela lo sea solo de la persona. Por tanto, la inhabilidad alcanza al ámbito patrimonial, no al personal, por lo que el concursado puede ser nombrado tutor de la persona. No obstante, el Código Civil se refiere al concursado declarado culpable, por lo que, si es voluntario podría ser tutor de la persona y del patrimonio, mientras que en el culpable, solo, en los términos apuntados, de la persona; y, 5. Los que tuvieran importantes conflictos de intereses con la persona sujeta a tutela. Ha de ser un conflicto importante y prolongado en el tiempo, —pues, si no lo procedente sería nombrar un defensor judicial—, además, de actual y no meramente potencial<sup>134</sup>. En todo caso, se trata de una causa de inhabilidad relativa, en cuanto solo afecta a un tutor y respecto a un menor, por lo que, no se trata de una causa de inhabilidad general para el ejercicio de la tutela, sino solamente residenciable en relación con el menor con el que existe un conflicto de intereses. Si hay varios hermanos, se puede nombrar respecto de aquel o de aquellos con los que no se tenga conflicto de intereses.

Las causas de inhabilidad sobrevenidas dan lugar a la remoción del tutor, si bien, esta también puede tener lugar por otras causas como que, el tutor se conduzca mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo, o por notoria ineptitud en su ejercicio (art. 278 CC), siendo, en consecuencia, removido de la tutela.

En todo caso, las causas de inhabilidad para ser tutor responden a una lista cerrada o taxativa<sup>135</sup>. Ahora bien, mientras que el artículo 216 regula causas objetivas por las que una persona no puede nunca llegar a ser tutor, siendo impugnabile el nombramiento; por el contrario, el artículo 217 establece causas

que inicialmente impiden a la persona ser nombrada tutor; pero que el juez puede nombrarlas, si existe causa justificada. Se trata, por tanto, de causas que responden a un impedimento parcial o relativo; en cambio, las del citado artículo 216 son causas objetivas que, no permiten ninguna discrecionalidad al juez. De todas formas, se puede tener capacidad general para ser nombrado tutor, pero ser inhábil para el desempeño del cargo<sup>136</sup>.

En fin, ni el artículo 216 ni el artículo 217 se refieren como el antiguo artículo 244.1 del Código Civil a la no posibilidad de ser tutor al que incurriera en «una imposibilidad absoluta de hecho», en concreto, en los supuestos de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los progenitores. Parece que, ahora también sería inhábil la persona para ejercer la tutela. Lo que no resulta ya aplicable en la actualidad, pero que antaño constituían causas de inhabilidad contenidas en el antiguo artículo 244 números 1, 2 y 3 del Código Civil eran: las personas en quienes concurrieran imposibilidad absoluta de hecho; los que tuvieran una enemistad manifiesta con el menor o incapacitado y las personas de mala conducta o que no tuvieran forma de vivir conocida. De todas formas, resulta evidente que, el juez no va a nombrar como tutor a una persona que incurra en tales causas de inhabilidad en interés del menor.

## VII. EXCUSA Y REMOCIÓN DEL CARGO DE TUTOR

Una vez efectuado el nombramiento en el cargo, su ejercicio es obligatorio por parte del tutor, pues, se trata de un deber jurídico que, se asume en beneficio del tutelado. Por lo que, en principio, no cabe renuncia al cargo, salvo por vía de excusa, o de su remoción, cuando concurra causa legal para ello y sea autorizada por el juez.

Así, el tutor designado por la autoridad judicial podrá excusarse del desempeño de la tutela o de continuar en el ejercicio de la misma (art. 223 párrafo 1 CC). Asimismo, el tutor podrá ser removido de la tutela (art. 223 párrafo 1 y 2 del citado cuerpo legal); de manera que, una vez declarada la remoción, habrá de procederse al nombramiento de un nuevo tutor siguiendo las normas ya analizadas al respecto. Como precisa ÁLVAREZ ÁLVAREZ la remoción de la tutela supone «la privación del cargo producida por la concurrencia de una causa posterior a la constitución de la tutela y al nombramiento del tutor»<sup>137</sup>.

En cuanto a las causas y procedimiento de remoción y excusa, el artículo 223.1 del Código Civil remite a lo establecido para la curatela. Para la remoción del tutor, este ha de estar nombrado, aunque no resulta necesario que haya tomado posesión del cargo. En cuanto a la excusa la persona llamada a ejercer el cargo de tutela es capaz de desempeñarlo, pero concurre algún motivo que se lo impide o dificulta su ejercicio. Si bien, depende la alegación de excusa de la voluntad del tutor, siendo determinante para su admisión el interés del tutelado, no solo el de quien se excusa.

En este contexto, serán removidos de la tutela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona del tutelado (art. 278 CC)<sup>138</sup>. La autoridad judicial, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado (persona menor de edad si tuviera madurez (art. 223.2 CC), o de otra persona interesada, conociere circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la tutela, podrá

decretar la remoción del tutor mediante expediente de jurisdicción voluntaria, previa celebración de comparecencia. En esta se oír al tutor, a las personas que puedan sustituirle en el cargo, al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, y al Ministerio Fiscal. Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. No se concede legitimación al propio tutor para solicitar la remoción, lo que para la doctrina no excluye que deba admitirse esta posibilidad<sup>139</sup>. Como novedad el artículo 223.2 del Código Civil establece que, el menor de edad si tuviera suficiente madurez está legitimado para solicitar la remoción del tutor (podrá decretar la remoción la autoridad judicial a su solicitud), y además, será tenida en cuenta su opinión y se le dará audiencia si fuera mayor de doce años.

Si bien, durante la tramitación del expediente de remoción, el juez podrá suspender al tutor en sus funciones y el letrado de la Administración de Justicia nombrará al tutelado un defensor judicial. En fin, el juez acordará lo procedente, nombrando un nuevo tutor; debiendo remitir la correspondiente comunicación al Registro Civil. Declarada judicialmente la remoción, el juez procederá al nombramiento de nuevo tutor conforme a la legislación civil, salvo que fuera pertinente otra institución tutelar como guarda de hecho (arts. 278 CC y 49 de la LJV).

Por otra parte, la excusa tiene lugar cuando siendo nombrada una persona para el cargo de tutor rehúsa o rechaza la tutela a la que es llamada, teniendo en cuenta que, una vez aceptado el cargo de tutor adquiere la condición de representante legal y, en consecuencia, resulta irrenunciable. Sobre tales bases, de nuevo con la remisión a la normativa de la curatela en cuanto a causas de excusa y procedimientos (arts. 279 y 280), será excusable el desempeño de la tutela si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo<sup>140</sup>. También podrá excusarse el tutor de continuar ejerciendo la curatela cuando durante su desempeño le sobrevengan los motivos de excusa.

Las personas jurídicas privadas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela o las condiciones de ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios.

El interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento. Si la causa fuera sobrevenida podrá hacerlo en cualquier momento, salvo las personas jurídicas, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle.

Se tramitará mediante expediente de jurisdicción voluntaria, previa celebración de comparecencia, en la que necesariamente se oír a la persona que se excuse, a la que le vaya a sustituir en el cargo y al afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal.

Durante la tramitación del expediente, esto es, mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función. Si no lo hiciera, se procederá a nombrar un defensor judicial que sustituya al tutor, quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada.

Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo tutor, debiendo remitir, en su caso, la correspondiente comunicación al Registro Civil (arts. 279 CC y 50 de la LJV).

El 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. 280 CC en sede de curatela por la remisión del art. 223 del citado cuerpo legal).

Aunque referido a la persona sujeta a curatela, el artículo 281.3 del Código Civil establece una salvaguarda al disponer que: «En ningún caso, la admisión de causa de excusa o la decisión de remoción de las personas físicas o jurídicas designadas para el desempeño de los apoyos podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precisa dichos apoyos, debiendo la autoridad judicial actuar de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal». Y añade en el apartado cuarto: «No concurrirá causa de excusa cuando el desempeño de los apoyos haya sido encomendado a entidad pública».

Por lo que aplicado a menores sometidos a tutela, en ningún caso, la admisión de la causa de excusa o la decisión de remoción del tutor podrá conllevar la desprotección o indefensión del menor. Y, asimismo, no podrá prosperar causa de excusa cuando la tutela la ejercer la entidad pública.

## VIII. RETRIBUCIÓN, REEMBOLSOS Y RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TUTOR

Según dispone el artículo 229.1 del Código Civil: *«el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del menor lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio»*.

Por lo que, la retribución al cargo del tutor opera si el patrimonio del menor resulta suficiente. En todo caso, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirla y en el que se tendrán como parámetros tanto el trabajo realizado por el tutor y el valor y rentabilidad de los bienes<sup>141</sup>. En lo que se refiere al primero, se atenderá a la labor que realiza el tutor —personal y patrimonial o solo una de ellas—, el tiempo y tipo de dedicación, la situación personal y patrimonial del tutelado; las actividades a realizar, de forma esporádica o continua, o, en fin, la exigencia de profesionalidad o no de su actuación y su compatibilidad y conciliación con su vida personal, familiar y laboral. Respecto del segundo, el valor y rentabilidad de los bienes del tutelado, se tendrán en cuenta los frutos, rentas que produzca o, el rendimiento líquido del patrimonio, o, incluso, su capital.

Se puede concretar en una suma fija<sup>142</sup> o en un porcentaje de los rendimientos del patrimonio —pese a suprimirse la fijación en la antigua regulación entre un cuatro por ciento y veinte por ciento del rendimiento líquido de los bienes—<sup>143</sup>. Se podrá formalizar en una cantidad total pagadera periódicamente o de una sola vez. Si bien, corresponde fijarlo al juez siempre que el patrimonio del menor tutelado lo permita, fijando su importe y modo de percibirla en atención al trabajo a realizar y al valor y la rentabilidad de los bienes del tutelado<sup>144</sup>.

En todo caso, los progenitores pueden establecer otra cosa en testamento o documento público notarial, esto es, dejar algo al tutor en consideración a su nombramiento. Incluso, contempla el precepto la posibilidad que en la doctrina se conoce como «frutos por alimentos». En concreto, que el tutor haga suyos los frutos que producen los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos. En este caso, ya no se trata solo de procurarle alimentos, sino de la obligación de prestarlos, si bien, concretado en los frutos que produce los bienes del tutelado. Aunque se utiliza el término alimentos hay que entenderlo en sentido amplio,

todo lo que sea necesario para su sustento —por lo que puede aplicarse lo que establece el artículo 142 del Código Civil en sede de alimentos legales entre parientes—. Por otra parte, la obligación de alimentos que se impone al tutor a cambio de los frutos que produzca los bienes que integran el patrimonio del tutelado, no excluye la obligación de administrar los bienes del tutelado y los gastos que la misma conlleva, sean, asimismo, cubiertos por tales partidas presupuestarias en forma de frutos. En todo caso, si los frutos no son suficientes para cubrir las necesidades de alimentos del menor, el tutor podrá integrarlo como partida crediticia en la rendición final de cuentas, salvo que tales gastos los asuma.

De todas formas, el Código Civil establece que esta facultad atribuida a los progenitores de frutos por alimentos, puede la autoridad judicial dejarla sin efecto, o establecerla el mismo, aunque aquellos no hubieran dispuesto nada, si lo estimase conveniente para el interés del menor.

No obstante, conviene señalar que, la declaración de los progenitores o de la propia autoridad judicial que se han compensado frutos por alimentos deberá constar en el Registro Civil por medio de anotación (art. 290 del RRC).

Ahora bien, una vez firme la resolución por la que se constituya la tutela, si el tutor solicitase una retribución a que tienen derecho, el juez la acordará, fijando su importe y el modo de percibirla tomando en consideración la complejidad y la extensión de las funciones encomendadas y el valor y la rentabilidad de los bienes del interesado. La decisión se adoptará después de oír al solicitante, al menor si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, al Ministerio Fiscal y a cuantas personas considere oportuno. Tanto el juez como los interesados o el Ministerio Fiscal podrán proponer las diligencias, informes periciales y pruebas que estimen oportunas. El auto se ejecutará sin perjuicio del recurso de apelación, que no producirá efectos suspensivos. El mismo procedimiento se seguirá para modificar o extinguir dicha retribución (art. 48 de la LJV). Por tanto, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirla, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes. No obstante, los progenitores pueden haber establecido otra cosa, y sin perjuicio de la facultad que asiste a la autoridad judicial en tales casos para modificar dichas previsiones, si lo estimase conveniente para el interés del menor, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirla, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes.

En todo caso, permite el artículo 229 párrafo tercero del Código Civil que, pueda también establecerse que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, si así lo hubieren dispuesto los progenitores. No obstante, la autoridad judicial no queda vinculada por esta previsión; pues, por un lado, podrá dejarla sin efecto o, por otro, establecerla aun cuando nada hubiesen dispuesto los progenitores, si lo estimase conveniente para el interés del menor.

Por otra parte, teniendo presente que puede nombrarse tutor a una persona física o jurídica, el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 30 de junio de 2017<sup>145</sup> indica que, no puede excluirse la retribución del tutor a las fundaciones tutelares, pese a ser personas jurídicas sin ánimo de lucro, a ser retribuidas por el ejercicio del cargo de tutor, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita<sup>146</sup>.

Ahora bien, conforme establece el artículo 230 del Código Civil siempre y cuando no medie culpa por su parte, la persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, tendrá derecho a la indemnización de

estos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento<sup>147</sup>. Se parte de una ausencia de culpa por parte del tutor, correspondiendo a este probar tal ausencia. Además resulta necesario que el tutor no pueda obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por otros medios —*vgr.*, del causante del daño o por la ausencia de un seguro de responsabilidad civil—, correspondiendo a él también la prueba de tal imposibilidad. A ello hay que añadir que, los daños y perjuicios sean consecuencia del ejercicio de su función tutelar —relación de causalidad entre la actuación tutelar y los daños sufridos—. No se concretan los daños y perjuicios a resarcir: serán tanto patrimoniales —daño emergente y lucro cesante—, como también morales. No obstante, el resarcimiento será operativo, si existen bienes suficientes en el patrimonio del tutelado, pues, antes de indemnizar está la necesidad de cubrir las necesidades personales y patrimoniales del tutelado, al ser exigencia derivada del interés superior del menor y del deber y la representación legal que asume el tutor. No se concreta el momento temporal de exigencia de tal indemnización por daños y perjuicios, por lo que puede hacerse efectiva cuando tenga lugar el daño —lo que puede exigir el nombramiento de un defensor judicial—, o una vez finalizada la función tutela en la rendición final de cuentas (art. 232 CC).

Por otra parte, no solo es la parte pasiva del daño, el que sufre los daños y perjuicios, sino también la parte activa o causante del daño. Así el artículo 234 del Código Civil señala que, el tutor es responsable de los daños que hubiere causado al menor por su culpa o negligencia —responsabilidad subjetiva o por culpa por hecho propio—, prescribiendo la acción para reclamar la responsabilidad a los tres años contados desde la rendición de cuentas. En todo caso, el nivel de diligencia exigible al tutor ha de determinarse conforme a un módulo objetivo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1104 del Código Civil debe ajustarse a las concretas circunstancias de las personas, del acto, del tiempo y del lugar. Esto es, ha de referirse a la diligencia exigible por la naturaleza de la obligación y la que, asimismo, corresponde con las circunstancias de las personas, tiempo y lugar. En todo caso, la diligencia que procede en cada caso, además de pauta de conducta, es también la medida del incumplimiento y responsabilidad del tutor. El plazo de ejercicio de la acción para exigir responsabilidad al tutor es de cinco años previsto en el artículo 1964 del Código Civil<sup>148</sup>. Por su parte, el artículo 168.2 del Código Civil en sede de patria potestad también establece al respecto una responsabilidad de los padres por actuación dolosa o por culpa grave, así el citado precepto dispone que: «*En caso de pérdida o deterioro de los bienes por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos*».

Asimismo, esta responsabilidad es diferente de la responsabilidad extracontractual de los tutores por hechos dañosos de sus tutelados —responsabilidad subjetiva o por culpa *in vigilando* o *in educando*— prevista en el artículo 1903.3 del Código Civil, cuando los menores no emancipados están bajo su autoridad y habitan en su compañía —responsabilidad por hecho ajeno—<sup>149</sup>. Por lo que, para que opere resulta necesaria la convivencia que no tiene que ser necesariamente continua, pues, cabe una interrupción temporal por razones laborales, y también en estos casos responde el tutor. Por otra parte, precisa PEÑA LÓPEZ que «si hubiera más de un tutor vivienda en compañía del pupilo, habrá que estar al reparto de funciones entre ellos y si estas fueran indistintamente ejercitables por todos, la responsabilidad será conjunta». A lo que añade que «si el tutor es una persona jurídica pública o privada (arts. 172 y 242) responderá cuando el pupilo se encuentre acogido en un centro dependiente de la misma»<sup>150</sup>.

Todo ello, sin perjuicio, de la responsabilidad civil que asumen los padres, aunque la tutela recaiga sobre la entidad pública que en el respectivo territorio tiene encomendada la guarda de menores. Al respecto el artículo 172 ter 4 del Código Civil establece al respecto que «en los casos de declaración de situación de desamparo o de asunción de la guarda por resolución administrativa o judicial, podrá establecerse por la Entidad Pública la cantidad que deben abonar los progenitores o tutores para contribuir, en concepto de alimentos y en función de sus posibilidades, a los gastos derivados del cuidado y atención del menor, así como los derivados de la responsabilidad civil que pudiera imputarse a los menores por actos realizados por los mismos».

## IX. EXTINCIÓN DE LA TUTELA Y RENDICIÓN FINAL DE CUENTAS

El artículo 231 del Código Civil enumera las causas por las que se extingue la tutela.

En concreto: La tutela se extingue: 1. Por la mayoría de edad (art. 246 CC), emancipación (arts. 241 a 244 CC) o concesión del beneficio de la mayoría de edad al menor (art. 245 CC); 2. Por la adopción del menor: los adoptantes adquieren la patria potestad, quedando sin efecto la tutela que opera como institución tutelar subsidiaria o supletoria. De todas formas, el artículo 175.3.3.º del Código Civil prohíbe adoptar a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela; 3. Por muerte o declaración de fallecimiento del menor. No se indica nada sobre la declaración de ausencia del menor. Para la mayoría de la doctrina la tutela no se suspende, sino que continúa, convirtiéndose el tutor en representante del ausente desde tal declaración, aplicándose el régimen jurídico previsto para el representante del ausente y subsidiariamente el régimen relativo a la tutela<sup>151</sup>; 4. Cuando, habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de esta la recupere, o cuando desaparezca la causa que impedía al titular de la patria potestad ejercerla de hecho. Por un lado, el artículo 170.2 posibilita que los tribunales pueden, en beneficio o interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiese cesado la causa que motivó la privación; y, por otro, es posible la recuperación del progenitor tras una larga enfermedad que le impedía cumplir con los deberes paterno filiales —en estado de coma o impedido físicamente para su desarrollo personal cotidiano por causa de un accidente—, o la reaparición del progenitor ausente o declarado fallecido, con lo que cesa la causa que impedía al titular ejercitar la patria potestad. En todo caso, será necesario un pronunciamiento judicial al respecto extinguiendo la tutela —expediente de jurisdicción voluntaria—.

Ahora bien, sin perjuicio de la rendición de cuentas anual prevista en el artículo y de presentar anualmente, en su caso, informes sobre la situación personal del menor (art. 228.5 CC), al cesar en sus funciones deberá rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de su administración (art. 232.1 CC).

La rendición final de cuentas se rige por las reglas establecidas en los artículos 232 y 233 del Código Civil<sup>152</sup>: 1. Habrá de hacerse ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa<sup>153</sup>; 2. La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla<sup>154</sup>; 3. Antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, la autoridad judicial oírá también, en su caso, al nuevo tutor y a la persona que hubiera esta-

do sometida a tutela o a sus herederos; 4. La aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al menor o a sus causahabientes por razón de la tutela; 5. El saldo de la cuenta general devengará el interés legal, a favor o en contra del tutor. De ser el saldo a favor del tutor, el interés legal se devengará desde el requerimiento para el pago —incurriendo en mora el tutelado—, previa restitución de los bienes a su titular. Por lo que, se excluye cualquier derecho de retención del tutor de los bienes del tutelado hasta que se le satisfaga su saldo acreedor. Si es en contra del tutor, devengará el interés legal una vez transcurridos los tres meses siguientes a la aprobación de la cuenta —sin necesidad de requerimiento, operando la mora de forma automática—; 6. Los gastos necesarios de la rendición de cuentas serán a cargo del patrimonio de quien estuvo sometido a tutela; 7. En el caso de pluralidad de tutores con asignación de funciones —personal uno o unos y patrimonial —otro u otros— el debate se centra en determinar si corresponde solo al tutor patrimonial en cuanto administra bienes la rendición de cuentas y parece que el artículo 232 del Código Civil en su redacción induce a ello pues refiere la rendición de cuentas a la administración del patrimonio del tutelado, o a ambos en cuanto también el tutor personal ha de disponer necesariamente de un caudal suficiente que le permita cubrir las necesidades personales del tutelado. Parece razonable que ambos informen y rindan cuentas de su actuación, en cuanto se han de justificar todas las partidas presupuestarias utilizadas en interés del tutelado

Precisamente, el citado artículo 232.1 del Código Civil habla de presentar cuenta general justificada de la administración de la tutela —no solo del aspecto estrictamente patrimonial—, por lo que exigirá la presentación de aquellos documentos pertinentes que justifiquen los gastos asumidos. No obstante, la prueba de estos puede no ser necesariamente documental, al admitirse cualquier prueba en Derecho. De todas formas, la rendición de cuentas alcanza a aquellas partidas de gastos de cierta relevancia e importancia cuantitativa; no a los que respondan a partidas dinerarias de alcance o uso cotidiano o, de escasa relevancia económica que responden a necesidades cotidianas o a caprichos puntuales que, no tienen especial trascendencia económica. Por lo que, los documentos presentados —por ejemplo, recibos— serán solo exigibles a aquellos gastos de cuantía relevante.

Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 22 de febrero de 2019<sup>155</sup> señala que «no es exigible una rendición de cuentas a modo de auditoría, no es exigible un control contable detallado y exhaustivo sometido al rigor contable, ni al Plan de Contabilidad, pues en cualquier caso queda abierta la posibilidad de ejercitar las acciones que corresponde a terceros interesados y la finalidad de la aprobación de las cuentas es verificar si el tutor ha ejercido su función en beneficio e interés de la persona tutelada, pero sí entendemos precisa la aportación de elementos de juicio, datos y documentos que permitan apreciar si la persona designada como tutora ha defendido el patrimonio del tutelado en los términos legalmente exigidos». El control judicial, en consecuencia, debe limitarse en sentido estricto a comprobar o verificar que la administración del tutor se ha llevado a cabo con la debida diligencia y que en el ejercicio de sus funciones se ha asegurado su bienestar moral y material.

En este contexto, respecto a los informes, presentados estos conforme el artículo 51 de la LJV, el letrado de la Administración de Justicia los trasladará al menor si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, a aquellos que aparecieran como interesados en el expediente y al Ministerio Fiscal. Si alguno de los anteriormente mencionados lo solicitara en el plazo de

diez días, se citará a todos ellos a una comparecencia, pudiéndose proponer de oficio o a instancia de parte las diligencias y pruebas que se estimen oportunas.

También podrá ordenar el juez de oficio, a costa del patrimonio del tutelado una prueba pericial contable o de auditoría aun cuando nadie haya solicitado la comparecencia, si en el informe se describieran operaciones complejas o que requieran una justificación técnica. Celebrada o no la comparecencia, el juez resolverá por medio de auto sobre los informes y la rendición de cuentas.

Ahora bien, estas disposiciones serán asimismo de aplicación en los supuestos de rendición final de cuentas por extinción de la tutela, debiendo ser presentada, en su caso, en el plazo de tres meses desde el cese del cargo, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa. En estos casos también se oír, si procediera, al nuevo tutor y a los herederos del tutelado, en su caso.

No obstante, la aprobación judicial de las cuentas presentadas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al tutelado o sujeto o a sus causahabientes por razón de la tutela (art. 51.4 y 5 de la LJV).

En fin, nos parece oportuno terminar este apartado, realizando las siguientes observaciones: 1. La obligación de rendición de cuentas es una obligación de hacer transmisibles, esto es, si el tutor muere o es declarado fallecido, corresponde a los herederos realizar la correspondiente rendición de cuentas<sup>156</sup>; 2. La rendición de cuentas representa una obligación no dispensable ni por la autoridad judicial, ni por los propios progenitores; 3. Si la tutela es ejercida por persona jurídica, la obligación de rendir cuentas corresponde a sus órganos de administración; 4. Para el caso de tutor persona física y haya una pluralidad de tutores: si su actuación es mancomunada o solidaria sin especificación de funciones, si la tutela cesa para todos, deben conjuntamente practicar la rendición de cuentas; si cesa solo uno de ellos, a este corresponde únicamente hacer la rendición de cuentas final, con la salvedad que, en tanto no se apruebe por el juez la citada rendición, habrá que proceder al nombramiento de defensor judicial ante un posible conflicto de intereses con el resto de los tutores que no han cesado del cargo; si se trata de una tutela solidaria y con distribución de funciones, si todos cesan en la tutela, cada uno deberá rendir cuentas de su ámbito concreto de actuación. Si solo cesa uno en sus funciones, a él únicamente corresponde la rendición de cuentas respecto de su campo de actuación; y, finalmente, si hay un tutor de la persona y otro tutor del patrimonio y cesan ambos en su función o solo uno de ellos: aunque, en principio, se entienda que solo corresponde al tutor del patrimonio llevar a cabo la rendición de cuentas; nada parece impedir que, también el tutor de la persona deba también rendir cuentas de su gestión, teniendo presente que ha tenido que utilizar cantidades dinerarias o bienes para cubrir los gastos derivados de la atención personal del tutelado<sup>157</sup>.

## X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 1984.
- STS, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2019.



- STS, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 30 de noviembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de octubre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2022.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 2022.
  
- RDGRN de 30 de mayo de 2006.
- RDGRN de 19 de junio de 2006.
- RDGRN de 9 de enero de 2007.
- RDGRN de 12 de diciembre de 2007.
- RDGRN de 21 de julio de 2017.
  
- SAP Zaragoza, sección 2.<sup>a</sup>, de 24 de octubre de 2000.
- AAP Madrid, sección 24.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 2001.
- SAP Álava, sección 1.<sup>a</sup>, de 17 de abril de 2002.
- SAP Burgos, sección 3.<sup>a</sup>, de 8 de noviembre de 2002.
- AAP Zamora, sección única, de 26 de marzo de 2003.
- SAP Ávila, sección 1.<sup>a</sup>, de 21 de julio de 2003.
- SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 14 de septiembre de 2004.
- SAP Asturias, sección 5.<sup>a</sup>, de 30 de diciembre de 2004.
- SAP Almería, sección 2.<sup>a</sup>, de 10 de febrero de 2005.
- SAP Tarragona, sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de febrero de 2005.
- AAP Almería, sección 2.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 2005.
- SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 12 de mayo de 2005.
- SAP Lugo, sección 2.<sup>a</sup>, de 14 de marzo de 2006.
- SAP Huelva, sección 2.<sup>a</sup>, de 28 de abril de 2006.
- SAP Valencia, sección 10.<sup>a</sup>, de 23 de noviembre de 2006.
- SAP Madrid, sección 24.<sup>a</sup>, de 22 de enero de 2007.
- SAP Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 2 de febrero de 2007.
- SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2008.
- SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 2008.
- SAP Guadalajara, sección 1.<sup>a</sup>, de 13 de enero de 2009.
- SAP Las Palmas, sección 3.<sup>a</sup>, de 23 de febrero de 2009.
- SAP Lleida, sección 2.<sup>a</sup>, de 15 de junio de 2009.
- SAP Vizcaya, sección 4.<sup>a</sup>, de 29 de enero de 2010.
- SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 17 de febrero de 2010.
- SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 2010.
- SAP A Coruña, sección 6.<sup>a</sup>, de 27 de junio de 2010.
- SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2010.
- SAP A Coruña, sección 4.<sup>a</sup>, de 26 de octubre de 2010.
- SAP Salamanca, sección 1.<sup>a</sup>, de 19 de junio de 2017.
- SAP Málaga, sección 6.<sup>a</sup>, de 26 de septiembre de 2019.
- SAP Guipúzcoa, sección 2.<sup>a</sup>, de 7 de noviembre de 2019.
- SAP La Rioja, sección 1.<sup>a</sup>, de 10 de noviembre de 2019.
- SAP Cuenca, sección 1.<sup>a</sup>, de 4 de febrero de 2020.
- SAP Alicante, sección 6.<sup>a</sup>, de 6 de marzo de 2020.
- SAP A Coruña, sección 5.<sup>a</sup>, de 18 de septiembre de 2020.
- SAP Toledo, sección 2.<sup>a</sup>, de 16 de noviembre de 2020.
- SAP León, sección 2.<sup>a</sup>, de 16 de febrero de 2021.

- SAP Ávila, sección 1.<sup>a</sup>, de 9 de marzo de 2021.
- SAP Zaragoza, sección 2.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 2021.
- SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 21 de diciembre de 2021.
- SAP Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 2022.
- SAP Girona, sección 1.<sup>a</sup>, de 9 de febrero de 2022.
- SAP Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 10 de febrero de 2022.

## XI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021) Comentario a los artículos 211 a 224 y 231 a 234 del Código Civil. En: C. Guilarte Martí-Calero (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi.
- (2021). Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1), *Revista Jurídica del Notariado*, número 112, enero-junio, 499-555.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). *Curso de Derecho Civil*, T. IV Derecho de familia, Madrid: Edisofer.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2009). Comentario a los antiguos artículos 215 a 221 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, Thomson-Reuters.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario a los artículos 239, 242 y 251.2 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Madrid: Tecnos.
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2003). La capacidad de las personas jurídicas para ser tutoras, *Estudios en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, T. I*, Madrid: Civitas.
- DE PRADA GUAITA, C. (1995). Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial, *Academia Sevillana del Notariado, T. IX*, Madrid: Edersa.
- DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, undécima edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- GIL RODRÍGUEZ, J. (1986). Comentarios a los antiguos artículos 234, 235, y 251 a 258 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Madrid: Tecnos.
- (1991). Comentario a los antiguos artículos 215 a 217 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- GÓMEZ CALLE, E. (2016). Comentario al artículo 1903 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno y R. Fernández Valpuesta (dirs.), *Código Civil comentado*, 2.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid: McGraw Hill.
- (2021). Comentario al artículo 254 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación*

- civil y procesal en materia de discapacidad, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, cuarta edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 9.ª edición, Madrid: Marcial Pons.
- (2021). *Principios de Derecho Civil*, T.VI Familia, decimonovena edición, revisada y actualizada con la colaboración de B. Sáinz Cantero, P. López Peláez y M.ª del M. Heras Hernández, Madrid: Marcial Pons.
- (2021). *Principios de Derecho Civil*, T. I Parte General y Derecho de la Persona, 26.ª ed., revisada y actualizada por Fátima Yáñez Vivero, Araceli Donado Vara y Francisco J. Jiménez Muñoz, Madrid: Marcial Pons.
- LEONSEGUI GUILLLOT, R.A. (2009). La tutela. En: M.ª.P. Pous de la Flor, y L. Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor*, Madrid: Colex.
- LETE DEL RIO, J.M. (1985). Comentarios a los artículos 215 a 313 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, T. IV, 2.ª ed., Madrid: Edersa.
- (1991). Comentario a los antiguos artículos 234 a 258 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- (2000). Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor, *Actualidad Civil*, número 3.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3.ª ed., Valencia: tirant lo Blanch.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid: Francis Lefebvre, El Derecho.
- MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2021). Comentario a los artículos 199 a 210 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- MORO ALMARAZ, M.ª J. (2022). Comentario al artículo 254 del Código Civil. En: M.ª P. García Rubio y M.ª J. Moro Almaraz (dirs.) e I. Varela Castro (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters.
- MUÑIZ ESPADA, E. (1984). *Las personas jurídico-privadas tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, Barcelona: Bosch.
- ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- (2009). Comentario a los antiguos artículos 222 a 285 del Código Civil. En: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, Thomson-Reuters, Navarra 2009.
- (2021). Comentario a los artículos 199 a 234 del Código Civil: En. R. Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006). Comentario a los antiguos artículos 215 a 285 del Código Civil, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 5.ª ed., Madrid: La Ley.

- (2021). *Compendio de Derecho Civil*, T. IV Derecho de la Familia, 4.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por M.<sup>a</sup> B. Fernández González, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- PALOMINO DÍEZ, I. (2006). *El tutor: obligaciones y responsabilidades*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- PARRA LUCÁN, M.<sup>a</sup> Á. (2021). Las personas con discapacidad psíquica. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. I, vol. II Derecho de la Persona, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edisofer.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). La tutela, la curatela, y la guarda de los menores e incapacitados. En: Carlos Martínez de Aguirre de Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, Madrid: Edisofer.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2021). Comentario al artículo 1903 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- ROGEL VIDE, C. (1991). Comentarios a los antiguos artículos 222 a 233 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León, y P. Salvador Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia.
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2021). Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores. En: Fco. J. Sánchez-Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia y Sucesiones, 10.<sup>a</sup> ed., Valencia: tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2021). Comentario a los artículos 225 a 230 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario a los antiguos artículos 222 a 285 del Código Civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona: Bosch.
- SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> E. (2022). Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo, *Actualidad Civil*, número 94, enero-marzo, 39-60.
- VENTOSO ESCRIBANO, A. (1985). *La reforma de la tutela*, Madrid: Colex.

## NOTAS

<sup>1</sup> GIL RODRÍGUEZ, J. (1991). Comentario al antiguo artículo 215 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez Picazo Ponce de León y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid: Ministerio de Justicia, 672.

<sup>2</sup> *Id.*, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 8 de marzo de 2001 (*JUR* 2001, 160834).

<sup>3</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). Comentario al antiguo artículo 216 del Código Civil, *Código Civil comentado y jurisprudencia*, Madrid: Colex, 301; del mismo autor (2021). *Compendio de Derecho Civil*, T. IV Derecho de la Familia, 4.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por M.<sup>a</sup> B. Fernández González, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 288.

<sup>4</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 216 del Código Civil. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, T. IV, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Edersa, 241. El auto de la Audiencia Provincial de Navarra, sección 2.<sup>a</sup>, de 23 de abril de 1999 (*AC* 1999, 770) dispone en su *Fundamento de Derecho* 3.<sup>o</sup> que: «Conviene

resaltar al respecto, que la tutela se califica por la doctrina como un oficio de derecho privado que lleva consigo determinadas funciones: el tutor no es titular de una situación jurídica de interés propio, sino de una situación compuesta de poderes, con todos los deberes inherentes a los mismos. Ello permite afirmar que la tutela, igual que la patria potestad, tiene un carácter debido, en el sentido de imponer al tutor el deber de ejercicio del cargo en beneficio del tutelado. Por esa razón se explica el contenido del primer párrafo del artículo 216 del Código Civil».

<sup>5</sup> *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2017 (Roj. STS 4258/2017; ECLI:ES:TS:2017:4258); de 17 de julio de 2020 (Roj. STS 2673/2020; ECLI:ES:TS:2020:2673); de 30 de noviembre de 2020 (Roj. STS 4032/2020; ECLI:ES:TS:2020:4032); de 19 de octubre de 2021 (Roj. STS 3863/2021; ECLI:ES:TS:2021:3863); y, de 23 de febrero de 2022 (Roj. STS 695/2022; ECLI:ES:TS:2022:695); el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.<sup>a</sup>, de 13 de febrero de 2002 (*JUR* 2002, 148665); y la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.<sup>a</sup>, de 8 de febrero de 2007 (LA LEY 7489, 2007).

<sup>6</sup> ÁLVAREZ LATA, N. (2009) Comentario al antiguo artículo 216 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 352; GIL RODRÍGUEZ J., Comentario al artículo 216 del Código Civil, *op. cit.*, 675. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de octubre de 2002 (*RJ* 2002, 221); las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 4 de octubre de 1984 (*RJ* 1984, 4755); de 22 de julio de 1993 (*RJ* 1993, 6277); de 17 de junio y 17 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 4375; y *RJ* 2013, 7255); de 13 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 681); y, de 14 de septiembre de 2018 8 (*RJ* 2018, 5140).

<sup>7</sup> MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V. (2021). Comentario al artículo 209 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 290.

<sup>8</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 232 del Código Civil. En: I. Sierra Gil (coord.), *Comentario al Código Civil*, Barcelona: Bosch, 591.

<sup>9</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006). Comentario al antiguo artículo 216 del Código Civil, *op. cit.*, 302; del mismo autor (2021). *Compendio de Derecho Civil, op. cit.*, 293.

<sup>10</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.<sup>a</sup> ed., revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 419; GIL RODRÍGUEZ, J. (1986). Comentario al antiguo artículo 215 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Madrid: Tecnos, 672. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 2.<sup>a</sup>, de 18 de mayo de 2010 (LA LEY 104621,2010).

<sup>11</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M.C. (1986). Comentarios a los antiguos artículos 286 a 293 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Madrid: Tecnos, 696 y 700; de la misma autora (1992). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1991, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 28, enero-marzo, 742; GUILARTE MARTÍN CALERO C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid: McGraw Hill, 427; VENTOSO ESCRIBANO, A. (1985). *La reforma de la tutela*, Madrid: Colex, 113.

<sup>12</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.<sup>a</sup>, de 1 de febrero de 2021 (*JUR* 2021, 119223).

Por su parte, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3.<sup>a</sup> ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 624 señala que «en otro orden de cosas, el artículo 200 del Código Civil debería haber regulado expresamente y con carácter general, la audiencia del tutelado en cualquier asunto o procedimiento que le pudiese afectar (art. 9 de la LOPJM)».

<sup>13</sup> Las resoluciones de la DGRN de 30 de mayo de 2006 (LA LEY 325339,2006); y, de 12 de diciembre de 2007 (LA LEY 356717, 2007) señalan que, no es inscribible la tutela automática del artículo 172 del Código Civil.

<sup>14</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 226 del Código Civil: En. R. Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.<sup>a</sup> ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 428.

<sup>15</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 428-429.

<sup>16</sup> LETE DEL RÍO, J.M (1985). Comentario al antiguo artículo 221 del Código Civil, *op. cit.*, 258.

<sup>17</sup> BADOSA COLL, F. (1986). Comentario al antiguo artículo 221 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Madrid: Tecnos, 248-249.

<sup>18</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 215 del Código Civil, *op. cit.*, 237-238.

<sup>19</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2010). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 9.<sup>a</sup> ed., Madrid: Marcial Pons, 384; del mismo autor (2021). *Principios de Derecho Civil*, T. I Parte General y Derecho de la Persona, 26.<sup>a</sup> ed., revisada y actualizada por Fátima Yáñez Vivero, Araceli Donado Vara y Francisco J. Jiménez Muñoz, Madrid: Marcial Pons, 214.

<sup>20</sup> LEONSEGUI GUILLOT, R.A. (2009). La tutela. En: M.<sup>a</sup> P. Pous de la Flor y L. Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor*, coordinadores 2.<sup>a</sup> ed., Madrid: Colex, 99-100; PALOMINO DIEZ, I. (2006). *El tutor: obligaciones y responsabilidad*, Valencia: tirant lo blanch, 43 a 76; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1), *Revista Jurídica del Notariado*, número 112, enero-junio, 508.

<sup>21</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.<sup>a</sup>, de 16 de noviembre de 2020 (*JUR* 2021, 44371).

<sup>22</sup> LETE DEL RÍO, J.L. (1985). Comentario al antiguo artículo 232 del Código Civil, *op. cit.*, 293 señalaba, con buen criterio, que la expresión «cualquier interesado» había que entender que, legítima a cualquier persona para instar la intervención judicial, en cuanto que la tutela, como institución, trasciende a la sociedad entera y, por tanto, la ley interesa de todos los ciudadanos el cumplimiento de un deber general de solidaridad. En contra, SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 232 del Código Civil. En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, Barcelona: Bosch, 591, para quien la expresión a instancia de cualquier interesado se limitaba a quien acredite tener un interés directo en el buen ejercicio de la tutela, o por quien acredite poder resultar afectado por una actuación desafortunada por parte del tutor.

<sup>23</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 27 de julio de 2004 (*JUR* 2004, 217363) señala que, en la definición del rendimiento líquido de los bienes que debe tenerse en cuenta para fijar la retribución del tutor, es la diferencia entre los ingresos íntegros menos los gastos necesarios para alcanzar dichos ingresos, entre los que no se encuentran los impuestos sobre la renta y patrimonio que son tributos de carácter personal.

<sup>24</sup> MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V. (2021). Comentario al artículo 199 del Código Civil, *op. cit.*, 234.

Para la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2022 (Roj. SAP J 104/2022; ECLI:ES:APJ: 2022:104) desamparo ha de considerarse «en primer lugar, como una situación fáctica querida o no, en la que se encuentran los menores y que caracteriza, en esencia, por la falta o privación de asistencia y protección necesarias y ello determina por ministerio de la ley, la tutela automática por la entidad jurídica e implica, por ende, la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera comprender a sus padres».

<sup>25</sup> *Vid.*, los autos de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.<sup>a</sup>, de 16 de julio de 2003 (*JUR* 2004, 24650); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 18 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 107554) principio de «*favor minoris*» y la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.<sup>a</sup>, de 23 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 51309) notorio riesgo de salud de la niña derivado de la toxicomanía de la madre, junto con los antecedentes de desprotección de los padres con respecto a otros hijos, y a las carencias relativas a la vivienda y a las correspondientes habilidades parentales. Tampoco consta la superación de las importantes limitaciones laborales y económicas de los adre, lo que pone de manifiesto la absoluta falta de autonomía personal en tal sentido y una ausencia de las habilidades y pautas educativas mínimas para afrontar con éxito la tutela de la menor; y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3.<sup>a</sup>, de 3 de febrero de 2022 (Roj. AAO



PO 455/2022; ECLI:ES:APO:2022:455). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.<sup>a</sup>, de 19 de junio de 2017 (LA LEY 111636, 2017); de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.<sup>a</sup>, de 18 de abril de 2018 (LA LEY 53812,2018); de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.<sup>a</sup>, de 1 de marzo de 2019 (LA LEY 47233, 2019); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.<sup>a</sup>, de 6 de marzo de 2020 (LA LEY 196088, 2020); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.<sup>a</sup>, de 22 de abril de 2020 (AC 2020, 1396); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.<sup>a</sup>, de 20 de octubre de 2020 (LA LEY 160321, 2020); de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.<sup>a</sup>, de 10 de diciembre de 2020 (LA LEY 242326, 2020); de la Audiencia Provincial de León, sección 2.<sup>a</sup>, de 16 de febrero de 2021 (*JUR* 2021, 85522); de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1.<sup>a</sup>, de 9 de marzo de 2021 (LA LEY 43293, 2021); de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.<sup>a</sup>, de 8 de octubre de 2021 (LA LEY 84100, 2021); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 2022 (LA LEY 35837, 2022); y, de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.<sup>a</sup>, de 31 de enero de 2022 (LA LEY 49991, 2022); y, la resolución de la DGRN, de 21 de julio de 2017 (*JUR* 2019, 91483).

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 17 de noviembre de 2020 (Roj. SAP M 13689/2020; ECLI:ES:APM:2020:13689) se procede a un acogimiento familiar permanente con familia seleccionada por la Comunidad, permaneciendo el menor en acogimiento residencial hasta su salida efectiva con la familia acogedora. La asunción de la tutela de la menor y la separación de su familia, es una exigencia por la desatención, generalizada, grave y constante de las necesidades de la menor por parte de su madre. También se opta por el acogimiento familiar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.<sup>a</sup>, de 19 de julio de 2021 (LA LEY 257575, 2021).

<sup>26</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 9 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5157) indica que solo puede dar lugar a la privación de la patria potestad cuando el juez aprecie un incumplimiento grave y reiterado de los deberes inherentes a la misma. Asimismo, en el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2019 (*JUR* 2019, 155101) manifiesta que, se trata de una medida de carácter sumamente grave que debe ser apreciada de forma restrictiva y con cautela, además de valorarse en cada caso concreto, teniendo en cuenta el interés de los hijos.

En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 10 de febrero de 2022 (Roj. SAP B 1309/2022; ECLI:ES:APB:2022:1309) señala al respecto que: «la privación de la titularidad de la patria potestad se ha considerado como una medida restrictiva que debe acordarse solo cuando sea necesario para la protección de los hijos menores; de tal manera que, no es suficiente la constatación de un incumplimiento, sino que es necesario valorar que, el mantenimiento de la titularidad de la potestad comporta una situación de riesgo, de desprotección del menor y viene exigido por su único interés que, debe ser prioritario».

<sup>27</sup> LA LEY 149443, 2014.

<sup>28</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.<sup>a</sup>, de 19 de junio de 2017 (LA LEY 111636, 2017).

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 2022 (Roj STS 1115/2022; ECLI:ES:TS: 2022:1115) ante la ausencia de una conclusión inequívoca que D.<sup>a</sup> Esperanza fuera mayor de edad, para la Sala la recurrente debió ser considerada menor de edad, tal como ella declaraba, de manera coincidente con la documentación escolar y sanitaria que portaba. En efecto, de las pruebas médicas practicadas no se extrae una determinación segura y exacta de la edad de la joven, cuya apariencia de menor de edad no fue puesta en duda por la policía del centro fronterizo ni por la brigada de extranjería, ni en el examen médico que se le practicó en el centro de menores en el que ingresó, ni en el propio centro en el que estuvo ingresada. Por todo ello, para el Alto Tribunal, de acuerdo con el artículo 12.4 de la LOPJM, cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, hay que considerarla menor de edad a los efectos previstos en esta Ley, en tanto se determina su edad, por lo que la sentencia debe ser casada, pues es contraria a esta norma y a la doctrina de esta Sala y debe quedar bajo la protección que la ley dispensa a los menores no acompañados, con la necesaria constitución de la tutela por parte de la Administración ante la situación de desamparo.

<sup>29</sup> *Vid.*, los autos de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 4.ª, de 19 de abril de 2001 (*JUR* 2001, 49493); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 23 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 127740); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 29 de octubre de 2008 (*JUR* 2009, 49458).

<sup>30</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 20 de enero de 1993 (LA LEY 22468-JF/0000).

<sup>31</sup> MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2021) Comentario al artículo 199 del Código Civil, *op. cit.*, 232. *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.ª, de 12 de noviembre de 2002 tutela en favor de la abuela por ser lo más beneficioso para el menor; RUIZ-RICO RUIZ MORÓN J. (2021). Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores. En: Fco. J. Sánchez-Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil*, IV Derecho de Familia y Sucesiones, 10.ª ed., Valencia: tirant lo blanch, 364.

<sup>32</sup> GÓMEZ OLIVEROS, J.M. (1984). Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 565, noviembre-diciembre, 631.

<sup>33</sup> En esta línea, PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). La tutela, el defensor judicial y la guarda de hecho. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil* (IV) Derecho de Familia, 6.ª ed., Madrid: Edisofer, 168.

<sup>34</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 222 del Código Civil, *op. cit.*, 259; ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 222 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 356.

<sup>35</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 229 del Código Civil, *op. cit.*, 385; MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2021). Comentario al artículo 206 del Código Civil, *op. cit.*, 280.

<sup>36</sup> Como precisa, SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 230 del Código Civil, *op. cit.*, 587 no se trataba de una acción pública de denunciar hechos determinantes de la tutela, ni de una obligación legal que solo se impone a las personas mencionadas en el artículo 229, sino más bien, la constatación de un deber cívico o ciudadano en colaboración con el interés general de protección de los menores e incapaces, siendo su ejercicio discrecional y puramente voluntario, sin que la pasividad en la comunicación lleve aparejada sanción alguna.

<sup>37</sup> En esta línea, MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2021). Comentario al artículo 206 del Código Civil, *op. cit.*, 275.

<sup>38</sup> En esta línea, MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2021). Comentario al artículo 208 del Código Civil, *op. cit.*, 275.

<sup>39</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2021). Comentario al artículo 254 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 570.

Por su parte, para MORO ALMARAZ, M.ª J. (2022). Comentario al artículo 254 del Código Civil. En: M.ª P. García Rubio y M.ª J. Moro Almaraz (dirs.) e I. Varela Castro (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Civitas Thomson Reuters, 258 manifiesta al respecto que, como sucede con el conjunto de la reforma «el recurso a la autoridad judicial para la provisión de apoyos se produce en defecto de medidas voluntarias a partir de las previsiones realizadas por el propio menor que, desde los 16 años, aunque no exista emancipación podrá llevar a cabo, tal y como recoge el artículo 254 del Código Civil, aunque en este caso para que tengan efecto ha de alcanzarse la mayoría de edad».

<sup>40</sup> PARRA LUCÁN, M.ª Á. (2021). Las personas con discapacidad psíquica. En: P. De Pablo Contreras (coord.), *Curso de Derecho Civil*, T. I, vol. II Derecho de la Persona, 7.ª ed., Madrid: Edisofer, 149.

<sup>41</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 9 de noviembre de 2017 (LA LEY 209292,2017); y, el auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, de 1 de diciembre de 2021 (Roj. AAP VA 1336/2021; ECLI:ES:APVA:2021:1336A).

<sup>42</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021) Comentario al artículo 212 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentario a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación*

civil y procesal en materia de discapacidad, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 306; de la misma autora (2021). Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1), *op. cit.*, 508.

En todo caso, para LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid: Francis Lefebvre, El Derecho, 201 «la clave está en que los beneficios que se obtengan no se distribuyan entre sus miembros, sino que reviertan a la propia entidad para el desarrollo de sus fines y creemos, como se dice en sede de fundaciones, que en caso de disolución su patrimonio se destine a la totalidad de alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias del mecenazgo o a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general».

<sup>43</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 16 de febrero de 2022 (Roj. SAP B 1510/2022; ECLI: ES:APB:2022:1510) establece, no obstante que, no siempre que se produzca un conflicto con los familiares o parientes cercanos debe designarse como tutora a una persona jurídica. Ha de ser un conflicto importante y reiterado.

<sup>44</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ H. (2021). Comentario al artículo 212 del Código Civil, *op. cit.*, 300.

<sup>45</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 212 del Código Civil, *op. cit.*, 300; de la misma autora (2021). Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1), *op. cit.*, 505-506.

<sup>46</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 234 del Código Civil, *op. cit.*, 593.

<sup>47</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., et al., *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 426.

<sup>48</sup> Como acertadamente señala ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 212 del Código Civil, *op. cit.*, 300; de la misma autora (2021). Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1), *op. cit.*, 506 «en el sistema actual no existe propiamente dicho una delación u ofrecimiento del cargo, sino más bien un llamamiento preferencial a ciertas personas, siempre buscando el beneficio del menor que en todo caso será apreciado por el juez».

<sup>49</sup> Para O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006). Comentario antiguo al artículo 234 del Código Civil, *op. cit.*, 316 estamos, en consecuencia, ante un orden meramente indicativo y sometido a la discrecionalidad del juez, aunque bajo el criterio del beneficio (o más propiamente, interés) del menor sometido a tutela; del mismo autor (2021). *Compendio de Derecho Civil*, *op. cit.*, 294 añade que la posibilidad de alterar el orden en el sentido de nombrar a una persona del propio artículo.

<sup>50</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 27 de marzo de 1998 (AC 1998, 705); sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 4 de julio de 2003 (JUR 2003, 234581); y, el auto de la Audiencia Provincial de Almería, sección 1.ª, de 21 de diciembre de 2004 (JUR 2005, 56384). Asimismo, *Vid.*, la resolución de la DGRN de 19 de junio de 2006 (RJ 2007, 5018).

<sup>51</sup> Señala el auto de la Audiencia Provincial de Zamora, sección única, de 26 de marzo de 2003 (AC 2003, 1221) que, en modo alguno, es preferida la persona designada en el testamento por el esposo fallecido de la tutelada, pues, esa posibilidad de designación testamentaria única y exclusivamente viene concedida a los padres, no al esposo o demás familiares de la tutelada.

<sup>52</sup> En este sentido, ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *op. cit.*, 359.

<sup>53</sup> CASTÁN VÁZQUEZ, J.M. (1986). Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid: Tecnos, 284.

<sup>54</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 201 del Código Civil, *op. cit.*, 401. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 7 de abril de 1995 (AC 1995,696).

<sup>55</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *op. cit.*, 360; SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 223 del Código

Civil, *op. cit.*, 579. En contra, DE PRADA GUAITA, C. (1995). Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial, *Academia Sevillana del Notariado*, T. IX, 214-215.

<sup>56</sup> En la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 7 de abril de 1995 (AC 1995, 696) se fijaron por el juez órganos de fiscalización de la tutela.

<sup>57</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 273; ORDÁS ALONSO E. (2009). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 363; de la misma autora, Comentario al artículo 204, R. Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 404. En contra, ROGEL VIDE, C. (1991). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaria General Técnica. Centro de Publicaciones. Ministerio de Justicia, 705 precisa que, «sin forzar la interpretación del artículo 226, han de entenderse ineficaces las disposiciones sobre tutela del progenitor que, en el momento de adoptarlas, estuviese privado de la patria potestad, parcial o totalmente, temporal o permanentemente que sea»; SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 582, para quien la falta o privación de la patria potestad es indiferente que sea total o parcial, permanente o transitoria, porque el artículo no hace ninguna precisión, señalando exclusivamente que el disponente hubiese sido privado de la patria potestad.

<sup>58</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 310.

<sup>59</sup> Por tanto, como apuntaba SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 582 «la privación tiene que ser anterior al momento de adoptar las disposiciones; por tanto, no puede extenderse la ineficacia a los actos realizados antes de ser privados de la patria potestad, aunque la causa determinante de la privación ya existiese al realizar la disposición, porque no hay privación hasta que una resolución judicial la acuerde». Y, en la misma línea, añade que «las disposiciones realizadas mientras se está privado de la patria potestad no adquieren validez por su posterior recuperación, porque no puede adquirir eficacia lo que para el derecho no ha llegado a nacer como lo sería la disposición efectuada por quien carece de capacidad para ello».

<sup>60</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000) Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *op. cit.*, 579; DE PRADA GUAITA, C. (1995). Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial, *op. cit.*, 203-204; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006). Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *op. cit.*, 307 consideraba absurdo pensar que un nombramiento de tutor u otros cargos hecho por los padres, les vincule y sea irrevocable, cuando tantos cambios se dan en las personas y en las vidas; MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2021). Comentario al artículo 201 del Código Civil, *op. cit.*, 251. En contra, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (1988). *Curso de Derecho de Familia. Patria potestad, tutela y alimentos*, Madrid: Civitas, 212 consideraba subsistente las disposiciones relativas a la tutela por aplicación analógica del artículo 741 del Código Civil.

<sup>61</sup> Hasta que la actual regulación del Código Civil catalán se ajuste a lo previsto en el Convenión, se ha aprobado el Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto, por el que se adopta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento de modificación judicial de la capacidad —ya en vigor—. El nuevo régimen que establece este Decreto Ley se fundamenta en la modificación de la actual institución de la asistencia, que a partir de ahora reemplazará en Cataluña las tutelas y curatelas, las potestades parentales prorrogadas y rehabilitadas y otros regímenes tutelares. En su artículo 1 se dispone que, la persona mayor de edad que necesita apoyo para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad puede solicitar la constitución de la asistencia que regulan los artículos 226-1 a 226-7 del Código Civil de Cataluña y se configura «como instrumento de apoyo flexible y que abarca la diversidad de situaciones en las que una persona con discapacidad puede requerir un apoyo en ejercicio de su capacidad jurídica». Y para ello, se modifica el capítulo VI del título II del libro segundo del Código Civil de Cataluña. En todo caso, la tutela y curatela persiste para los menores. *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 21 de diciembre de 2021 (Roj.

SAP B 16052/2021; ECLI:ES:APB:2021:16052); y, de 16 de febrero de 2022 (Roj. SAP B 1517/2022; ECLI:ES:APB:2022:1517).

<sup>62</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.ª, de 14 de noviembre de 2007 (AC 2008, 278).

<sup>63</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *op. cit.*, 579; ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 223 del Código Civil, *op. cit.*, 361. En contra, DE PRADA GUAITA, C. (1995). Organización de la tutela de los hijos incapaces mediante documento público notarial, *op. cit.*, 207.

<sup>64</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 273.

<sup>65</sup> MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2021). Comentario al artículo 204 del Código Civil, *op. cit.*, 266.

<sup>66</sup> Para ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1), *op. cit.*, 508 tal circunstancias deviene determinante para que el juez elija a quien debe hacerse cargo de la tutela. Asimismo, *Vid.*, La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 16 de febrero de 2022 (Roj. SAP B 1510/2022; ECLI: ES:APB:2022:1510).

<sup>67</sup> MAYOR DEL HOYO, M.ª V. (2021). Comentario al artículo 201 del Código Civil, *op. cit.*, 253.

<sup>68</sup> El auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4.ª, de 13 de julio de 1998 (AC 1998, 6279), a favor de la abuela paterna; las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 27 de abril de 2006 (JUR 2006, 272486) a favor de los abuelos paternos de la menor; de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 8 de mayo de 2008 (JUR 2008, 214403) a favor de la abuela materna; el auto de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.ª, de 23 de septiembre de 2008 (JUR 2009, 40750) a favor de la abuela materna como tutora de la persona y tercera persona como tutora del patrimonio; los autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 23 de julio de 2010 (JUR 2010, 376682); y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 7 de noviembre de 2019 (JUR 2020, 69021) nombramiento a favor de la abuela.

<sup>69</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1.ª, de 28 de enero de 2003 (JUR 2003, 179968); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 4.ª, de 12 de mayo de 2005 (JUR 2005, 156469); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 6 de julio de 2005 (JUR 2005, 211150); la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.ª, de 17 de febrero de 2006 (JUR 2006, 141448) a favor de la hermana; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 14 de julio de 2010 (JUR 2010, 310432).

<sup>70</sup> En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos de Derecho Civil*, *op. cit.*, 428; DIEZ-PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil*, vol. I Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica, undécima edición, Madrid: Tecnos, 255. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de febrero de 2003 (JUR 2003, 93984).

<sup>71</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.ª, de 28 de octubre de 2005 (JUR 2006, 163002); la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 5 de marzo de 2009 (JUR 2010, 73310); el auto de la Audiencia Provincial de Palencia, sección 1.ª, de 15 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 462293), y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.ª, de 29 de enero de 2010 (JUR 2010, 148664).

<sup>72</sup> En el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 6.ª, de 14 de junio de 1999 (AC 1999,851) se nombra como tutor a un transexual, que viene ejerciendo actualmente la guarda de hecho y desempeñando el papel de madre desde hace diez años. Por su parte, en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 16 de septiembre de 1999 (AC 1999, 2056) se nombra como tutora a la guardadora de hecho; en el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.ª, de 19 de febrero de 2001 (AC 2001, 175) a favor de la tía materna primando el interés superior del menor; el auto de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 3 de mayo de 2001 (AC 2001, 1250) a favor de la tía paterna; la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, de 17 de marzo de 2004 (JUR 2004, 129314) como tutora a la guardador de hecho; también en la sentencia de



la Audiencia Provincial de Zamora, sección 1.<sup>a</sup>, de 7 de marzo de 2005 (AC 2005, 566) la tutela es a favor de la guardadora de hecho; y, el auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 2010 (JUR 2010, 418066) nombramiento de tutores sucesivos para el caso de muerte del inicialmente designado. Nombramiento primero de la madre, y, a la hermana mayor para el caso de fallecimiento de la tutora inicial.

<sup>73</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M. (2007). *Curso de Derecho Civil*, op. cit., 305.

<sup>74</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 234 del Código Civil, op. cit., 299; ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 235 del Código Civil, op. cit., 374. Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, sección única, de 31 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 101986).

<sup>75</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 213 del Código Civil, op. cit., 319.

<sup>76</sup> Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.<sup>a</sup>, de 25 de febrero de 1998 (AC 1998, 4290).

<sup>77</sup> Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1.<sup>a</sup>, de 21 de julio de 2003 (JUR 2004, 46852); la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.<sup>a</sup>, de 7 de marzo de 2005 (JUR 2005, 131509); la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4.<sup>a</sup>, de 13 de abril de 2005 (JUR 2005, 204447); la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 15 de septiembre de 2005 (JUR 2006, 45100); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.<sup>a</sup>, de 18 de mayo de 2006 (JUR 2006, 195675).

<sup>78</sup> Se trata de una enumeración taxativa, Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.<sup>a</sup>, de 13 de julio de 2005 (JUR 2007, 196914); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.<sup>a</sup>, de 29 de enero de 2007 (JUR 2007, 156404).

<sup>79</sup> Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.<sup>a</sup>, de 29 de abril de 2009 (RJ 2009, 2901); los autos de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 2.<sup>a</sup>, de 15 de julio de 1999 (AC 1999, 8257); y, de la Audiencia Provincial de Tarragona, sección 1.<sup>a</sup>, de 23 de septiembre de 2008 (JUR 2009, 40750) a favor de la abuela materna como tutela de la persona y una tercera persona como tutora de los bienes; las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5.<sup>a</sup>, de 7 de mayo de 2004 (AC 2004, 865); de la Audiencia Provincial A Coruña, sección 5.<sup>a</sup>, de 3 de febrero de 2006 (JUR 2007, 135153); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 6 de febrero de 2007 (JUR 2007, 127185); de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.<sup>a</sup>, de 1 de febrero de 2010 (JUR 2010, 112838); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 27 de enero de 2012 (JUR 2012, 106258) resulta irrelevante que entre ambos tutores haya escasa relación o recelo; y, de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.<sup>a</sup>, de 22 de julio de 2015 nombramiento de forma mancomunada.

<sup>80</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 236 del Código Civil, op. cit., 375 manifiesta que, no hay razón para no aplicar analógicamente este artículo 236.2 al supuesto de tutela dual de los abuelos. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.<sup>a</sup>, de 30 de junio de 2020 (Roj. SAP A 2877/2020; ECLI:ES:APA:2020:2877) se nombra tutores a los abuelos maternos que eran lo que venían ocupándose de la nieta desde su nacimiento, de su educación y de la atención de su salud, habiendo, además, mantenido una convivencia estable de la menor con sus abuelos.

En el auto de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.<sup>a</sup>, de 13 de noviembre de 2020 (Roj. AAP SA 538/2020; ECLI: ES APSA:2020:538A) se otorga la tutela a favor de los tíos maternos.

<sup>81</sup> En el auto de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5.<sup>a</sup>, de 18 de septiembre de 2020 (Roj. AAP C 967/2020; ECLI:ES:APC:2020:967A) se designan tutores mancomunados en testamento.

<sup>82</sup> Vid., el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 18 de junio de 2002 (JUR 2002, 202508); el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1.<sup>a</sup>, de 27 de septiembre de 2004 (JUR 2005, 52334); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 18 de abril de 2005 (JUR 2005, 178145); la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.<sup>a</sup>, de 11 de junio de 2009 (JUR 2009, 357618).

<sup>83</sup> Para ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho



(1), *op. cit.*, 515 «lo ideal es que se nombre varios tutores, con una actuación solidaria y cuando no estén de acuerdo en alguna cuestión, que se prevea con carácter previo en la resolución judicial la forma de solucionar la discordancia entre los tutores designados». Además, precisa la autora que «el cargo de tutor en muchas ocasiones supone una gran carga, por el trabajo y dedicación que conlleva, por lo que si se hiciera el nombramiento de varios tutores, se facilitará el ejercicio del cargo de tutor».

<sup>84</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 6 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 186320); y, de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, de 10 de noviembre de 2017 (*JUR* 2018, 795).

Para ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1), *op. cit.*, 515 «lo ideal es que se nombren varios tutores con una actuación solidaria y cuando no estén de acuerdo en alguna cuestión, que se prevea con carácter previo en la resolución judicial la forma de solucionar la discordancia entre los tutores designados». Además añade que «el cargo de tutor en muchas ocasiones supone una gran carga por el trabajo y dedicación que conlleva, por lo que si se hiciera el nombramiento de varios tutores, se facilitaría el ejercicio del cargo de tutor».

<sup>85</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1), *op. cit.*, 516; ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 237 del Código Civil, *op. cit.*, 379 si bien, como precisaba la autora, la responsabilidad del tutor que actúa será suya personal, puesto que en este caso actúa como si se tratase de un único tutor.

<sup>86</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 221 del Código Civil, *op. cit.*, 422.

<sup>87</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, *op. cit.*, 205.

<sup>88</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, *op. cit.*, 631 precisa que «el artículo 228 del Código Civil debería haber adaptado su redacción a la reciente legislación de menores, y, en consecuencia, aludir preferentemente a funciones y no a obligaciones del tutor».

<sup>89</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 23 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 37542); y, de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6.ª, de 26 de septiembre de 2019 (*JUR* 2020, 64488).

<sup>90</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2021). Comentario al artículo 228 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de responsabilidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 405. Para RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2021). Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores. En: Fco. J. Sánchez-Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de Familia y Sucesiones*, 10.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 368 este deber de velar por el menor es, sin duda, el principal de los que incumbe al tutor; siendo los restantes deberes manifestaciones concretas del mismo.

<sup>91</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.ª, de 20 de diciembre de 2002 (*JUR* 2002, 43923).

<sup>92</sup> RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2021). Medidas de apoyo a personas con discapacidad y sistema tutelar de menores, *op. cit.*, 368.

<sup>93</sup> SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2021). Comentario al artículo 228 del Código Civil, *op. cit.*, 410.

<sup>94</sup> La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia tiene por objeto «garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida» (art. 1). A tal fin, dedica su capítulo III al ámbito familiar y para ello parte de la idea de la familia, en sus múltiples formas, constituye una unidad básica de la sociedad y medio natural para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes y, en consecuencia, debe ser objetivo prioritario de todas las administraciones públicas, al ser

el primer escalón de la prevención de la violencia sobre la infancia, debiendo favorecer la cultura del buen trato, incluso desde el momento de la gestación. Para ello, esta Ley refuerza los recursos de asistencia, asesoramiento y atención a las familias para evitar los factores de riesgo y aumentar los factores de prevención, lo que exige un análisis de riesgos en las familias, que permita definir los objetivos y las medidas a aplicar. Pues bien, sobre tales bases el artículo 26 relativo a la prevención en el ámbito familiar establece en su apartado primero que, las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán proporcionar a las familias en sus múltiples formas, y a aquellas personas que convivan habitualmente con niños, niñas y adolescentes, para crear un entorno seguro, el apoyo necesario para prevenir desde la primera infancia factores de riesgo y fortalecer los factores de protección, así como apoyar la labor educativa y protectora de los progenitores, o de quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, para que puedan desarrollar adecuadamente su rol parental o tutelar. Y añade en su apartado 3 letra b) que, las medidas a las que se refiere el apartado anterior deberán estar enfocadas a: Promover la educación y el desarrollo de estrategias básicas y fundamentales para la adquisición de valores y competencias emocionales, tanto en los progenitores, o en quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento, como en los niños y niñas de acuerdo con el grado de madurez de los mismos. En particular, se promoverá la corresponsabilidad y el rechazo de la violencia contra las mujeres y niñas, la educación con enfoque inclusivo y el desarrollo de estrategias durante la primera infancia destinadas a la adquisición de habilidades para una crianza que permita el establecimiento de un lazo afectivo fuerte, recíproco y seguro con sus progenitores, o con quienes ejerzan funciones de tutela, guarda o acogimiento.

<sup>95</sup> Roj. STS 1783/2021; ECLI:ES:TS:2021:1783.

<sup>96</sup> Ahora bien, precisa FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi que «la obligación de administración del patrimonio con la diligencia debida que exigiría la adaptación al tipo de patrimonio y a los criterios adoptados para su nombramiento».

<sup>97</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 228 del Código Civil, *op. cit.*, 435.

<sup>98</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de febrero de 2022 (Roj. STS 356/2022; ECLI:ES:TS:2022:356).

<sup>99</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 8.ª, de 12 de mayo de 2020 (*JUR* 2020, 221910).

<sup>100</sup> LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Guía rápida sobre la Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, *op. cit.*, 211 precisa que «la prohibición referida a los causahabientes no se refiere a las que estos puedan hacer en vida del menor, sino una vez fallecido este y ello por dos razones: 1. No se sabe quiénes son los causahabientes del menor hasta que fallezca, o dicho de otra forma, no hay causahabientes de una persona hasta su fallecimiento; 2. La *ratio* de la prohibición es de tipo moral, evitar la captación de la voluntad del menor por el tutor, y en la relación del futuro causahabiente con el tutor no existe, a priori tal captación».

<sup>101</sup> SERRANO CHAMORRO, M.ª E. (2022). Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo, *Actualidad Civil*, número 94, enero-marzo, 48-49.

<sup>102</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 429. En la misma línea, SERRANO CHAMORRO, M.ª E. (2022). Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo, *op. cit.*, 49 para quien «no tiene dudas en permitir la donación remuneratoria cuando se trate de gratitud por los cuidados físicos, atenciones, cariños, muestras de apoyo, auxilios recibido. Se trata de remunerar servicios ya prestados que no constituyen deudas exigibles».

<sup>103</sup> SERRANO CHAMORRO, M.ª E. (2022). Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo, *op. cit.*, 49; ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 428.

<sup>104</sup> Para SERRANO CHAMORRO, M.ª E. (2022). Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo, *op. cit.*, 51, cuando se habla de adquisición a título oneroso se ha de incluir «permuta, dación en pago,

sociedad, transacción, etc., no solo la prohibición clásica en materia de compraventa del artículo 1459 del Código Civil». Y, a esto añade que, la razón de fondo de esta prohibición «es que el artículo 226.3 se ocupa no del “conflicto de intereses” entre tutor y pupilo, sino de la “reciprocidad de intereses”».

<sup>105</sup> RJ 2018, 156.

<sup>106</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 226 del Código Civil, *op. cit.*, 430; SERRANO CHAMORRO, M.<sup>a</sup> E. (2022). Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo, *op. cit.*, 52.

<sup>107</sup> *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.<sup>a</sup>, de 7 de febrero de 2022 (LA LEY 56568, 2022).

<sup>108</sup> MAYOR DEL HOYO, M.<sup>a</sup> V. (2021). Comentario al artículo 205 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 274.

<sup>109</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 30 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 44228); la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 3.<sup>a</sup>, de 18 de marzo de 2005 (AC 2005, 1201); y, el Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.<sup>a</sup>, de 28 de abril de 2005 (JUR 2005, 113555).

<sup>110</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 211 del Código Civil, *op. cit.*, 410.

<sup>111</sup> La exigencia de este requisito de la finalidad asistencial, para una parte importante de la doctrina, ha de interpretarse con cierta laxitud puesto que, de lo contrario, serían pocas las personas jurídicas aptas para ser tutores. *Vid.*, BLANCO PÉREZ-RUBIO, L. (2003). La capacidad de las personas jurídicas, *Estudios en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, T. I*, Madrid: Civitas, 265; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1986). Comentario al antiguo artículo 271.1 del Código Civil, *Comentario a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, Madrid: Tecnos, 362; LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Comentario al antiguo artículo 242 del Código Civil. En: C. Paz Ares, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, L. Díez-Picazo Ponce de León y P. Salvador Cordech, *Comentario del Código Civil, T. I*, Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 739; mientras que, para otros han de constar tales finalidades de forma expresa e indubitada en los estatutos de la asociación, fundación, etc., sin que basten la referencia a fines genéricos de carácter educativo o asistencial. *Vid.*, MUÑIZ ESPADA, E. (1994). *Las personas jurídico-privadas tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, Barcelona: Bosch, 79. Asimismo, *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4.<sup>a</sup>, de 3 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 82003); las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.<sup>a</sup>, de 31 de enero de 2006 (JUR 2007, 129949) nombramiento por una entidad especializada; y, de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.<sup>a</sup>, de 8 de junio de 2007 (JUR 2007, 327649).

<sup>112</sup> *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 3.<sup>a</sup>, de 10 de octubre de 2002 (JUR 2003, 28881); de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 19 de enero de 2006 (JUR 2006, 227941); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.<sup>a</sup>, de 27 de diciembre de 2007 (JUR 2008, 80600); de la Audiencia Provincial de Ávila, sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de octubre de 2010 (JUR 2010, 416851) a favor de la Fundación Manantial; y, de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.<sup>a</sup>, de 17 de junio de 2008 (JUR 2008, 265725).

<sup>113</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de julio de 1993 (RJ 1993, 6277), nombramiento de Asociación de Enfermos Mentales dedicada a su atención; y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.<sup>a</sup>, de 22 de marzo de 2006 (JUR 2006, 160330) nombramiento de una asociación asistencial.

<sup>114</sup> En la disposición adicional primera de la Ley se califican como cooperativas sin ánimo de lucro las que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier clase de exclusión social y en sus Estatutos contengan entre otras menciones, la finalidad no lucrativa. Por otra parte, en el artículo 106.1 se hace referencia a las cooperativas de iniciativa social, que son aquellas que, sin ánimo de lucro y con independencia de su clase, tienen por objeto social, bien la prestación de servicios asistenciales mediante la realización de actividades sanitarias, educativas, culturales, u otras

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

<sup>115</sup> MUÑIZ ESPADA E. (1994). *Las personas jurídico-privadas tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, op. cit., 87, estima que pueden existir sociedades mercantiles que no revistan finalidad lucrativa, pues, en la práctica hay sociedades mercantiles con un ánimo de lucro debilitado o nulo; lo que obliga no a prescindir del ánimo de lucro, sino a dar una interpretación correctora y realista del requisito del ánimo de lucro, que permita comprender el ánimo de lucro mercantil dentro de estos nuevos fenómenos asociativos que, surgen a raíz de la complejidad económica en la que se ve inmersa nuestra sociedad.

<sup>116</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 610.

<sup>117</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 324. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 13 de enero de 2009 (*JUR* 2009, 252875) conceptúa las causas de inhabilidad como «la falta de capacidad o idoneidad imputada por la ley».

<sup>118</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 607; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1985). *Derecho civil español, común y foral*, T. V, vol. 2.º, 9.ª ed., Madrid: Reus, 432, indicaba, asimismo, al respecto que «el cargo de tutor, por lo delicado de sus funciones, requiere, en quien ha de ejercerlo, condiciones de capacidad jurídica plena y moralidad intachable».

<sup>119</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2006). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 323; SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 609. El auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2000 declara la inhabilidad para ser tutor por la edad avanzada de 71 años.

<sup>120</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 741; ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>121</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (1997). *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, op. cit., 313.

<sup>122</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 741-742; ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, op. cit., 137-139.

<sup>123</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, op. cit., 139.

<sup>124</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 216 del Código Civil, op. cit., 415.

<sup>125</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 245 del Código Civil, op. cit., 394; LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 245 del Código Civil, T.I, op. cit., 747.

<sup>126</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al artículo 245 del Código Civil, op. cit., 394.

<sup>127</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Comentario al antiguo artículo 245 del Código Civil, op. cit., 746.

<sup>128</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al artículo 245 del Código Civil, op. cit., 394; LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Comentario al antiguo artículo 245 del Código Civil, op. cit., 747.

<sup>129</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 213 del Código Civil, op. cit., 217.

<sup>130</sup> SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 243 del Código Civil, op. cit., 608; ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, op. cit., 141; LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Comentario al artículo 243 del Código Civil, op. cit., 742.

<sup>131</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (2000). Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor, *Actualidad Civil*, número 3, 1633.

<sup>132</sup> LETE DEL RÍO, J.M. (2000). Capacidad y requisitos para ser nombrado tutor, op. cit., 1634.

<sup>133</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2008). *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, op. cit., 142-143.

<sup>134</sup> ORDÁS ALONSO, M. (2009). Comentario al antiguo artículo 244 del Código Civil, op. cit., 392; LETE DEL RÍO, J.M. (1991). Comentario al antiguo artículo 244 del Código Civil, op. cit., 744. *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, de 29 de octubre de 2001 (LA LEY 193588/2001); el Auto de la Audiencia Provincial de Huelva, sección 1.ª, de 23 diciembre de 2003 (JUR 2004, 64988); la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 3.ª, de 18 de junio de 2004 (JUR 2004, 197790); las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 17 de septiembre de 2004 (JUR 2005, 9243); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 30 de diciembre de 2005 (LA LEY 265866/2005); de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 21 de febrero de 2008 (JUR 2008, 154481); de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 30 de abril de 2008 (AC 2008, 1429); y, de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 1.ª, de 8 de enero de 2010 (LA LEY 5071, 2010). En la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava de 9 de marzo de 1993 (AC 1993, 316) no se nombra tutor al abuelo materno por la existencia de relaciones conflictivas con su hija madre de los menores desamparados.

<sup>135</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Los menores de edad tras la reforma del Código Civil en materia de discapacidad: especial referencia a la tutela y la guarda de hecho (1), op. cit., 511.

<sup>136</sup> LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, op. cit., 629 destaca que «podrían haberse previsto como causa de inhabilidad los casos de violencia de género en términos similares a los señalados en el artículo 156.2 del Código Civil».

<sup>137</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 223 del Código Civil, op. cit., 369.

Para LASARTE ÁLVAREZ C. (2021). *Principios de Derecho Civil*, T.VI Familia, decimoviena edición, revisada y actualizada con la colaboración de B. Sainz Cantero, P. López Peláez y M.ª del M. Heras Hernández, Madrid: Marcial Pons, 374 «la remoción no equivale a la extinción de la misma, sino sencillamente al cese como tutor de la persona que, ha sido precisamente nombrada judicialmente».

<sup>138</sup> *Vid.*, los autos de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 5.ª, de 2 de marzo de 2010 (JUR 2010, 14771) se procede a la remoción del cargo por incumplimiento de la obligación de velar por el tutelado; y, de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 25 de octubre de 2019 (JUR 2020, 54113) por incumplimiento de deberes; las sentencias de la Audiencia Provincial de Murcia, sección 4.ª, de 14 de junio de 2012 por incumplimiento de los deberes inherentes al cargo tutelar; de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 4 de diciembre de 2014 (JUR 2015, 49493) falta de idoneidad del demandado tutor para desempeñar responsablemente el cargo de tutor de un menor; al realizar actos de transacción y disposición en metálico sin contar con la debida autorización; de la Audiencia Provincial de Álava, sección 1.ª, de 31 de julio de 2019 (JUR 2019, 275156) incumplimiento de los deberes, notoria ineptitud y problemas de convivencia graves y continuados; y, de la Audiencia Provincial de Cuenca, sección 1.ª, de 4 de febrero de 2020 (AC 2020, 731) remoción del tutor acreditada por la distancia geográfica entre tutor y tutelado que, representa un inconveniente en el ejercicio de la tutela.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.ª, de 19 de octubre de 2006 (JUR 2007, 183486) no se acreditó la existencia de causas de inhabilidad o mal ejercicio de la tutela; asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección 1.ª, de 22 de febrero de 2010 (JUR 2010, 155799) aclara que no todo incumplimiento de obligaciones de los deberes del cargo deben llevar a considerar que estamos ante un mal desempeño de la tutela; y, en el Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 26 de febrero de 2020 (JUR 2020, 258747) hay falta de prueba que la tutelada se encuentre desasistida en ninguna de las facetas de su vida, personal o patrimonial, ni que se le causen a la tutelada perjuicios derivados de los ingresos o beneficios que se obtienen de la finca propiedad de la tutelada.

<sup>139</sup> ORDÁS ALONSO M. (2021). Comentario al artículo 223 del Código Civil, op. cit., 425.



<sup>140</sup> *Vid.*, el auto del Juzgado de Primera Instancia de Gijón (Provincia de Asturias) de 23 de abril de 2015 (AJPI 5/2015; ECLI:ES:JPI:2015:5A) acreditación de no poder desempeñarla en la forma adecuada por motivo de sus ocupaciones familiares y laborales.

<sup>141</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 10 de enero de 2022 (Roj. AAP CA 10/2022; ECLI:ES:APCA:2022:10).

<sup>142</sup> En el auto de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.ª, de 9 de marzo de 2020 (Roj. AAP SO 127/2020; ECLI:ES:APSO:2020:127A) retribución de 100 euros al mes.

<sup>143</sup> En los Autos de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 1.ª, de 21 y 29 de marzo y 19 de abril de 2007 (*JUR* 2007, 253369; *AC* 2007, 1322; y *JUR* 2007, 253044) ante la complejidad de llevar al día la administración de sus bienes y la gestión, se concretó la retribución en el 4% del rendimiento líquido de los bienes. Por su parte, en el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 19 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 85420) se concreta en el 10% del patrimonio líquido; y, en el auto de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1.ª, de 20 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 207362) la retribución a cargo del patrimonio del tutelado por el tiempo de trabajo efectuado es del 15% del caudal relicto.

<sup>144</sup> *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 2.ª, de 13 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007, 103200) establece en esta línea que corresponde al juez determinar el porcentaje a aplicar en función del trabajo realizado por el tutor y la rentabilidad de los bienes; y, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 29 de octubre de 2020 (*JUR* 2021, 35272).

<sup>145</sup> Roj. SAP GU 228/2017; ECLI:ES:APGU:2017:228.

<sup>146</sup> En la misma línea, los Autos de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 10 y 8 de enero de 2022 (Roj. AAP CA 10/2022; ECLI:ES:APCA:2022: 10 A; Roj. AAP CA 11/2022; ECLI:ES:APCA:2022:11 A).

<sup>147</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). La tutela, el defensor judicial y la guarda de hecho, *op. cit.*, 421 pone como ejemplo, el supuesto en que «los daños y perjuicio ocasionados fueran imputables a un tercero insolvente, el que hubiera sufrido el daño en el ejercicio de la función tutelar podrá ejercitar la acción ex artículo 230 del Código Civil».

<sup>148</sup> *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de mayo de 2021 (Roj. STS 1783/2021; ECLI:ES:TS:2021:1783). Asimismo, *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 20.ª, de 27 de marzo de 2018 (*AC* 2018, 803) responsabilidad del tutor por no haber desempeñado el cargo de administrador de los bienes con la diligencia de un buen padre de familia, ni haber actuado en beneficio del mismo, sino más bien en su perjuicio; y, de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 9 de febrero de 2022 (Roj. SAP GI 133/2022; ECLI:ES:APGI:2022:133).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, sección 1.ª, de 21 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 21946) fallecida la tutelada, la obligación del tutor de indemnizar a los demandantes de los daños causados por su negligente actuación como tutor, están legitimados para reclamarla los herederos de la fallecida.

<sup>149</sup> Si bien, como precisa GÓMEZ CALLE, E. (2016) Comentario al artículo 1903 del Código Civil. En: A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, F.J. Orduña Moreno y R. Fernández Valpuesta (dirs.), *Código Civil comentado*, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 1375 se trata de una responsabilidad por actos propios, aunque ligados a la especial conducta del agente material del daño.

<sup>150</sup> PEÑA LÓPEZ, F. (2021). Comentario al artículo 1903 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2349. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.ª, de 22 de diciembre de 2021 (Roj. SAP M 16385/2021; ECLI:ES:APM:2021:16385).

<sup>151</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 231 del Código Civil, *op. cit.*, 424-425.

<sup>152</sup> Como indica FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. (2021). *El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, *op. cit.*, 186-187 reproduce los artículos 292 a 294 del Código Civil en relación con la curatela lo que, a su entender «es un ejemplo más de la vis atractiva y subsidiaria de la curatela frente a la tutela, que no evita la individualización de algunas normas en cada uno de los dos supuestos, pese a su idéntico contenido debido a la singularidad de las dos medidas de protección o apoyo».



<sup>153</sup> A este mismo plazo de tres meses se refiere el artículo 145 del Código Foral de Aragón, ejercitable desde el cese de la tutela y que puede prorrogarse por un periodo de tres meses, si concurre justa causa. Sin embargo, fija el plazo de seis meses a partir de la extinción de la tutela, el artículo 222-49.1 del Código Civil de Cataluña, prorrogable por justa causa por un periodo máximo de tres meses.

<sup>154</sup> Sin embargo, el artículo 168.1 del Código Civil en sede de patria potestad establece un plazo de tres años. Así dispone que: «Al término de la patria potestad podrán los hijos exigir a los padres la rendición de cuentas de la administración que ejercieron sobre sus bienes hasta entonces. La acción para exigir el cumplimiento de esta obligación prescribirá a los tres años».

<sup>155</sup> Roj AAP GU 86/2019; ECLI:ES:APGU: 2019:86A.

<sup>156</sup> En estos términos se pronuncia, por un lado, el artículo 229-49. Rendición final de cuentas al disponer que: «1. Al acabar la tutela, el tutor o, si procede, el tutor y el administrador patrimonial deben rendir cuentas finales de la tutela a la autoridad judicial en el plazo de seis meses a partir de la extinción de aquella, prorrogables judicialmente, por una justa causa, por otro periodo de tres meses como máximo. La obligación se transmite a los herederos si la persona obligada muere antes de la rendición de cuentas, pero, en este caso, el plazo se suspende entre la defunción y la aceptación de la herencia. 2. El tutelado o, si procede, su representante legal o sus herederos pueden reclamar la rendición de cuentas durante tres años a partir del vencimiento del plazo establecido por el apartado 1. El cómputo de la prescripción de la acción no se inicia hasta el momento en que haya cesado la convivencia entre el tutelado y el tutor. 3. Los gastos necesarios de la rendición de cuentas corren a cargo del patrimonio del tutelado». Y, por otro, el artículo 145. Cuenta general de la gestión del Código Foral aragonés al señalar: «El tutor al cesar en sus funciones, incluso si el cese es anterior a la extinción de la tutela, deberá rendir cuenta general justificada de su gestión ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses desde el cese, prorrogables por periodos de tres meses si concurre justa causa. Para sus herederos el plazo comienza a contar desde la aceptación de la herencia. 2. La rendición de cuentas puede ser exigida por el tutelado o, en su caso, su representante legal o sus herederos. La acción prescribe a los tres años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla. 3. Los gastos necesarios de la rendición de cuentas serán a cargo del que estuvo sometido a tutela. 4. A la restitución de los bienes se aplicará el apartado 1 del artículo 99. 5. Lo dispuesto en este artículo no se aplica a la tutela automática de entidad pública».

<sup>157</sup> ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 232 del Código Civil, *op. cit.*, 430-432.