

LA TUTELA DE LAS PERSONAS MENORES DESPUÉS DE LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO*

Judith Solé Resina

Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

TITLE: *Guardianship after law 8/2021, of june 2*

RESUMEN: La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, acaba con la tutela como medida de protección de las personas mayores de edad. Ello obliga a modificar la regulación de la tutela que hasta ese momento se configuraba como una institución de protección tanto de mayores como de menores de edad. La reforma, que lleva a cabo esta misma ley, tiene el único fin de adaptar esta institución al nuevo tratamiento legal de la discapacidad, por lo que modifica la regulación de la tutela de las personas menores sin pretensión de efectuar una auténtica revisión de esta figura. En este estudio se realiza un análisis general de la nueva regulación de la tutela de las personas menores y se destacan los cambios que se han introducido en esta materia y los vestigios de la anterior regulación.

ABSTRACT: *Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, ends guardianship as a protection measure for people over the age of age. This makes it necessary to modify the regulation of guardianship, which until then was configured as an institution for the protection of both adults and minors. The reform, carried out by this same law, has the sole purpose of adapting this institution to the new legal treatment of disability, for which reason it modifies the regulation of the guardianship of minors without the pretense of carrying out an authentic revision of this figure. In this study, a general analysis of the new regulation of the guardianship of minors is carried out and the changes that have been introduced in this matter and the vestiges of the previous regulation are highlighted.*

PALABRAS CLAVE: Tutela, tutela administrativa, tutela ordinaria, menores de edad, mena, patria potestad, desamparo, representación legal, defensor judicial, curatela.

KEY WORDS: *Guardianship, administrative guardianship, ordinary guardianship, minors, mena, parental authority, helplessness, legal representation, judicial defender, curatorship.*

SUMARIO: 1. CUESTIÓN PREVIA. 2. FUNCIÓN DE LA TUTELA: LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DE LA PERSONA MENOR. 3. LAS PERSONAS SUJETAS A TUTELA: MENORES NO EMANCIADAS NO SUJETAS A PATRIA POTESTAD EN SITUACIÓN DE DESAMPARO. 3.1. *Especial referencia a las personas menores migrantes en situación de desamparo.* 3.2. *Pluralidad de personas tuteladas.* 4. LAS PERSONAS TUTORAS. 4.1 *Personas físicas y jurídicas.* 4.2 *Designación de la persona tutora por los progenitores.* 4.3 *Orden de preferencia en el nombramiento de la persona tutora.* 4.4. *Pluralidad de personas tutoras.* 4.5 *Causas de inhabilidad de las personas tutoras.* 4.6. *Remoción y excusa de la persona tutora.* 4.6.1 *Remoción de la tutela.* 4.6.2 *Excusa de la tutela.* 5. LA CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA. 6. CONTROL Y VIGILANCIA DE LA TUTELA POR PARTE DEL MINISTERIO FISCAL Y LA AUTORIDAD JUDICIAL. 7. CONTENIDO DE LA TUTELA. 7.1 *Tutela y representación.* 7.2 *Las obligaciones de la persona tutora.* 8. EL ALCANCE DE LA REMISIÓN A LAS NORMAS DE LA CURATELA. 9. DERECHOS DE RETRIBUCIÓN, REEMBOLSO DE GASTOS E INDEMNIZACIÓN DE LA PERSONA

* Este estudio forma parte de los trabajos que se desarrollan en el seno del proyecto de investigación “El derecho de familia que viene. Retos y respuestas” PID 2019-109019RB-100 del Ministerio de Ciencia y de Innovación.

TUTORA. 10. LA EXTINCIÓN DE LA TUTELA. 11. LA RENDICIÓN FINAL DE CUENTAS. 12. LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA TUTORA. BIBLIOGRAFÍA.

1. CUESTIÓN PREVIA

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, además de reformar toda la materia relativa a la discapacidad de las personas mayores de edad, ha reordenado las materias de la minoría de edad, la mayoría de edad y la emancipación. Así, dentro del Código Civil, tras la reubicación de los títulos XI y XII, dedicados respectivamente a las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica y a las disposiciones comunes, el título IX pasa a referirse a la tutela y guarda de los menores y el título X se dedica a la mayoría de edad y la emancipación.

El cambio de paradigma que introduce la Ley 8/2021, en la línea de la Convención de Nueva York, implica que las personas mayores de edad dejan de estar sometidas a las clásicas instituciones de protección. El reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas sin distinción conduce al nuevo sistema de apoyos que se regula en el título XI. De este modo, la tutela abandona la función de protección en su grado más intenso de las personas mayores de edad incapacitadas que tradicionalmente había desarrollado y se mantiene como una institución de protección solamente de las personas menores de edad no emancipadas. Y, de otra parte, la curatela se significa como una medida de apoyo a las personas mayores de edad con discapacidad y deja de ser la institución por la que puede proporcionarse el complemento de capacidad requerido por las personas menores de edad emancipadas para ciertos actos jurídicos, que se presta mediante la defensa judicial (art. 235 CC) ¹.

Siendo así, después de la Ley 8/2021, la tutela es una institución de protección exclusivamente de personas menores de edad no emancipadas que no se encuentran bajo la potestad de sus progenitores o que aun estándolo se hallan en una situación de desamparo. Para la protección de las personas menores no emancipadas, junto a la

¹ Para un análisis de la reforma operada por la Ley 8/2021, pueden consultarse: Mari Paz GARCÍA RUBIO, María Jesús MORO ALMARAZ (Dir.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Madrid, 2022; Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y Manuel GARCÍA MAYO (Dir.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021; Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (Dir.) *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona 2021.

tutela, que es un órgano permanente de actuación habitual, se regula la guarda de hecho, que se significa como una medida de protección temporal «hasta que se constituya la medida de protección adecuada». De forma cautelar, pueden otorgarse judicialmente a los guardadores facultades tutelares (art. 237 CC)².

2. FUNCIÓN DE LA TUTELA: LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DE LA PERSONA MENOR

La tutela se configura como un deber de la persona tutora, que ha de cumplir con su función de salvaguarda de los intereses de la persona tutelada, y no como un derecho subjetivo de la tutora (art. 200 CC). Es el interés público de la función de protección lo que justifica el carácter de «deber» de la institución de la tutela, hasta el punto que la ley dispone la regla general su inexcusabilidad (art. 279 CC).

La tutela se debe ejercer en beneficio de la persona tutelada conforme el principio general del interés superior de la persona menor, que regulan el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 y el art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM). Lo que supone que todas las actuaciones que se lleven a cabo en el ejercicio de la tutela deben responder al interés de la persona menor y a la protección de sus derechos, atendidas las circunstancias del caso concreto. En el mismo sentido, el art. 227 CC establece que la tutela debe ejercerse en interés de la persona menor y con respeto a sus derechos.

Sobre estas premisas, y a falta de un concepto legal de tutela, podemos afirmar que la tutela es una función de protección de la persona menor, cuyo desempeño supone un deber para la persona tutora, que ha de ejercerse siempre conforme el principio del beneficio de la menor y bajo el control de la autoridad judicial.

En el bien entendido que, la configuración de deber y la obligación del ejercicio en beneficio de la persona tutelada no es exclusivo de la tutela, sino de todas las «funciones tutelares» y, de este modo, ha de interpretarse que se extienden, además de a la tutela

² Sobre la definición y características y función de protección de la guarda de hecho. Vid. Marta ORDÁS ALONSO, «El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio», en RDACM, nº 9, 2016; Marta ORDÁS ALONSO, «Comentario al art. 237 CC» en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5ª ed. Aranzadi, Pamplona, 2021, p. 450-453; Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «Comentario al art. 237» en Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (Dir.) *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona 2021, p. 453 a 462.

ordinaria, a otras instituciones de protección de las personas menores como la tutela administrativa o la guarda de hecho.

La función de la tutela de las personas menores, así definida, únicamente tiene sentido cuando no se encuentran sujetas a la patria potestad de sus progenitores, por lo que se regula solamente para estos supuestos, lo que significa que es una institución subsidiaria de protección de las personas menores no emancipadas. Se dirige, como la patria potestad, a la protección integral de la persona menor y de su patrimonio y se caracteriza porque su ejercicio se realiza bajo el control y vigilancia de la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal.

3. LAS PERSONAS SUJETAS A TUTELA: MENORES NO EMANCIPADAS NO SUJETAS A PATRIA POTESTAD EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

Solamente pueden quedar sujetos a tutela (art. 199 CC):

a) «Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad»:

Son personas menores de edad no emancipadas las que no han cumplido los 18 años (art. 240 CC y art. 12 CE) y no se han emancipado por alguna de las causas recogidas por la ley, que son la concesión de quienes ejercen la potestad parental o la concesión judicial (art. 239 CC). Conforme al art. 247.1 CC «la emancipación habilita al menor a regir su persona y bienes como si fuera mayor», aunque sigue precisando el consentimiento de los progenitores o el defensor judicial para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor. De ahí que las personas menores emancipadas no queden sujetas a las mismas instituciones de protección que las no emancipadas.

Se parte de la base de que la minoría de edad, que se define por contraposición a la mayoría de edad, presupone una capacidad natural limitada que justifica la limitación de la capacidad de obrar y la sujeción a un sistema de protección.

Por regla general, los hijos e hijas menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad de sus progenitores (art. 154 CC). Y es que la patria potestad se configura como la principal institución de protección de las personas menores de edad. Sin embargo, hay algunos supuestos en los que esto no acontece. Así: la patria potestad puede suspenderse por la autoridad judicial, a fin de apartar a la persona menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas (art. 158.6 CC); puede privarse, en sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes

inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial (art. 170 CC); y se extingue por la muerte o la declaración de fallecimiento de los padres o del hijo o hija (art. 169 CC). También puede darse el caso de que un niño o niña nunca haya quedado bajo la patria potestad porque no se haya determinado la filiación biológica ni se haya constituido la filiación de otro modo (de los padres adoptivos o progenitores de intención). Es en estos supuestos, en los que las personas menores de edad no se encuentran sujetas a la potestad parental, en los que habrá de constituirse una tutela para su protección³. De ahí que pueda afirmarse que la tutela se configura de manera paralela a la potestad de los progenitores, como institución subsidiaria y sustitutiva de la misma⁴.

b) «Los menores no emancipados en situación de desamparo»:

Conforme al art. 172 CC, se 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 los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

La situación de desamparo es, pues, una situación de hecho o fáctica, de falta de asistencia moral o material, en la que se encuentra la persona menor, que puede o no hallarse sujeta a la potestad parental o incluso a tutela anterior. El art. 18 de la Ley 1/1996 en su redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, establece las circunstancias que determinan la situación de desamparo. Se trata de supuestos en que la estabilidad física y/o moral de la persona menor se encuentra en peligro; así, entre otros, cuando exista

³ Marta ORDÁS ALONSO, «Comentario al art. 237 CC», Ob. Cit, p. 398, y Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, en «El régimen de la tutela tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 179, 2002, p. 1683, siguiendo a GÓMEZ OLIVEROS, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 565, 1984, p. 6321, defienden que si fallece uno de los progenitores estando el otro privado de la patria potestad, la sujeción del menor a la tutela no será automática porque cabe la posibilidad de que el progenitor privado la recupere si la autoridad judicial lo considera beneficioso para la persona menor. En todo caso, entendemos que el automatismo de la tutela solamente se puede predicar de la tutela administrativa y depende de si la persona menor se halla o no en situación de desamparo.

⁴ M.ª Ángeles PARRA LUCÁN, «Minoría de edad», en M.ª del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA (Dir.), Judith SOLÉ RESINA (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, T.I, Civitas, p. 583, explica que «Los sistemas de protección que se prevén para los menores se ofrecen fundamentalmente desde la familia del menor, en especial a través del cuidado de sus padres, como reconocimiento a la realidad de que son ellos quienes más se interesan por su protección. Subsidiariamente, la ley organiza sistemas de protección para cuando los padres no se hacen, o no se pueden hacer cargo del menor: de Derecho privado, cuasi familiar, sucedáneos de la patria potestad, potestad parental o autoridad familiar, como la tutela; de Derecho público, la tutela de las Administraciones Públicas.»

abandono, malos tratos, abuso sexual, negligencia grave en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y de salud, inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, ausencia de escolarización o falta de asistencia reiterada y no justificada adecuadamente al centro educativo, la permisividad continuada o la inducción al absentismo escolar durante las etapas de escolarización obligatoria; y cualquier otra situación gravemente perjudicial para el menor que traiga causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda, cuyas consecuencias no puedan ser evitadas mientras permanezca en su entorno de convivencia.

La declaración de desamparo se efectúa mediante resolución administrativa y lleva aparejada de forma automática la constitución de la tutela de la persona menor por la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de las personas menores (art. 222 CC)⁵. Este automatismo de la constitución de la tutela administrativa comporta que por norma general las personas menores se encuentren sujetas a este tipo de tutela y solamente en situaciones específicas, a las que más adelante nos referiremos, a la tutela denominada ordinaria.

La tutela administrativa, pues, es y ha sido siempre la más habitual en las personas menores -parte de la situación de desamparo- mientras que la «ordinaria» es mucho menos frecuente y de aplicación en supuestos muy concretos -las personas menores no se encuentran en situación de desamparo-. De ahí la escasa conflictividad que plantea la tutela ordinaria de las personas menores y la falta de jurisprudencia relevante sobre esta materia.

Sin embargo, después de la modificación de la tutela introducida por Ley 8/2021, como antes de la misma, solamente se dedica un precepto -el art. 222 CC- a la tutela administrativa⁶. Como veremos, el resto -la mayor parte de las disposiciones generales, las que se refieren a la delación de la tutela y nombramiento de la persona tutora, y las relativas al ejercicio y a la extinción de la tutela- están pensando en el supuesto de la tutela ordinaria. Sin duda ello es debido a que la reforma se ha limitado a mantener todas

⁵ Sobre la declaración de desamparo y sus efectos, Ver Lydia NORIEGA RODRÍGUEZ, «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, 2018, fasc. I, p. 111-152; y Clara MARTÍNEZ GARCÍA, «Sistema de protección de menores en España», en Clara MARTÍNEZ GARCÍA (Coord.), *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia*, Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 400-409.

⁶ En este sentido no deja de ser curioso que haya sido la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, la que ha modificado el art. 172.5 CC introduciendo una nueva regulación de la extinción de la tutela ejercida por la Entidad Pública.

las normas que no resultan contrarias al nuevo tratamiento de la discapacidad y a eliminar las contrarias.

Conforme al art. 222 CC, se procederá al nombramiento de persona tutora de las menores que se encuentren en situación de desamparo conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas físicas que, por sus relaciones con la menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de esta. De esta forma, se deja abierta la puerta a constituir una tutela ordinaria, también respecto a la persona que había sido sujeta a la tutela de la Administración, que permita la reinserción de la menor en su propia familia extensa, si ello responde a su interés.

Lógicamente, en este caso, la designación judicial de tutor o tutora requiere que se acuerde, previamente o en la misma designación, la privación de la patria potestad o la remoción de una anterior tutela, porque son situaciones incompatibles con la nueva tutela que se pretende constituir. Aunque la letra del precepto se refiere también a la necesidad de acordarse la «suspensión» de estas medidas de protección, está ya se habrá producido de forma automática con la asunción de la tutela administrativa (art. 172.4 CC).

El último apartado del art. 222 CC legitima «para ejercer 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, al Ministerio Fiscal, la Entidad Pública y los llamados al ejercicio de la tutela». En este caso, se parte de la base de que las personas menores se encuentran bajo la tutela administrativa de la Entidad Pública en el momento en el que se insta alguna de estas acciones, que tienen por finalidad, no propiamente su protección (que ya brinda la Entidad Pública), sino el cambio de la tutela administrativa por otra de ordinaria más favorable a la menor.

La existencia de una persona guardadora que preste a la menor la necesaria asistencia, supliendo el incumplimiento de los progenitores de los deberes de protección establecidos por las leyes respecto de la guarda de aquella, evita la situación de desamparo (tutela administrativa)⁷ y, en este supuesto procederá la constitución de la tutela ordinaria sobre la persona menor no sujeta a patria potestad.

⁷ Ello a pesar de que el art. 237.2 CC dispone que procederá la declaración de situación de desamparo de los menores cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en el art. 172. En este sentido, Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, Ob. Cit, p. 1682, advierte que no se entiende la redacción del art. 237.2 CC, porque la existencia de guarda de hecho impide la desasistencia moral o material, pero que la única interpretación posible es que el legislador esté pensando

3.1. Especial referencia a las personas menores migrantes en situación de desamparo

Especial atención merece la cuestión de los y las jóvenes migrantes que llegan a nuestro país no acompañados y se encuentran en situación de desamparo⁸.

De acuerdo con el art. 172 CC, habrán de ser sujetos a la tutela de la Entidad Pública correspondiente, cuando sean menores de edad. En la práctica, es habitual que estos chicos y chicas se hallen indocumentados, lo que comporta dudas acerca de su edad y lleva a plantear la cuestión de la determinación de la misma⁹. Pues bien, desde la reforma introducida por el art. 1.7 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia de 2015, el art. 12.4 de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM) dispone que cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad a los efectos de lo previsto en esta ley, en tanto se determina su edad.

en los supuestos excepcionales en los que la guarda de hecho coexista con la desasistencia del menor guardado.

⁸ Sobre la protección de los menores extranjeros no acompañados puede consultarse: Mikel BARBA del HORNO, «Los menores extranjeros no acompañados como problema: sistema de intervención y construcción social de una alteridad extrema», en *Aposta: Revista de ciencias sociales*, nº. 91, 2021, p. 47-66; Antonio DOMINGO AZNAR y Lara GONZÁLEZ PALENZUELA, «El acogimiento en España: especial consideración a los menores extranjeros no acompañados», en *Revista de jurisprudencia*, nº 23, septiembre 2021, p. 2-14; Francisco Javier DURÁN RUIZ, *Los Menores extranjeros no acompañados desde una perspectiva jurídica social y de futuro*. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2021; María Dolores ORTIZ VIDAL, «Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia», en *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº. 41, 2021, p. 16; María Asunción CEBRIÁN SALVAT y Isabel LORENTE MARTÍNEZ (Dir.) *Protección de menores y Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada 2019; Francisco Javier DURÁN RUIZ, (Dir), José CUESTA REVILLA y Asensio NAVARRO ORTEGA, (Coords), *Retos de las migraciones de menores, jóvenes y otras persona vulnerables en la UE y España: respuestas jurídicas desde la perspectiva de género*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2021; Siham ZEBDA, «Menores extranjeros no acompañados: situación actual, instrumentos jurídicos, necesidades y soluciones», en Guillermo SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, Alicia María PASTOR GARCÍA; Ángel VALENCIA SÁIZ (Dir.) *Desafíos actuales del derecho: Aportaciones presentadas al II Congreso Nacional de jóvenes investigadores en Ciencias Jurídicas*, 2020, p. 1011-1019; *Menores extranjeros no acompañados: medidas de protección* / Departamento Jurídico de Sepín Familia y Sucesiones. Las Rozas (Madrid): Sepín, 2019 (Guías temáticas).

⁹ Se ocupan de la cuestión de la determinación de la edad: Luis LAFONT NICUESA, *La Determinación de la edad del presunto menor extranjero. Pasaporte contra pruebas médicas: aspectos civiles, penales y contencioso administrativos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018; y Carmen MONTESINOS PADILLA, «La determinación de la edad. Obligaciones, praxis y estrategias de litigio para la efectiva protección de los derechos convencionales de los Menores Extranjeros No Acompañados», en *Revista de derecho político*. nº 110 (2021), p. 229-258.

Además, este art. 12.4 LOPJM ha sido, nuevamente modificado por la disposición final 8.2 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, para prohibir expresamente la práctica de algunas pruebas (desnudos integrales, exploraciones genitales) y recoger el deber de las Entidades Públicas, que adopten la medida de guarda o tutela respecto de personas menores de edad que hayan llegado solas a España, de comunicar la adopción de dicha medida al Ministerio del Interior, a efectos de inscripción en el Registro Estatal correspondiente.

En esta línea, el TS ha sentado la doctrina de que cuando no pueda ser establecida la mayoría de edad de una persona, será considerada menor de edad¹⁰. Y, con relación a la forma de determinación de la edad, ha dispuesto que no podrán aplicarse indiscriminadamente pruebas médicas, sino que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor de la menor habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad¹¹.

En este sentido, con meridiana claridad, el Alto Tribunal afirma que «Un menor no acompañado, como expresa la resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE (2012/2263 (INI), es ante todo un niño expuesto a un peligro potencial, y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño. El interés superior del menor, tal y como se establece en la legislación y en la jurisprudencia, debe prevalecer sobre cualquier otra consideración en todos los actos adoptados en este ámbito, tanto por las autoridades públicas como por las instituciones privadas. La misma resolución deplora, además, el carácter inadaptado e intrusivo de las técnicas médicas que se utilizan para determinar la edad en ciertos Estados miembros, pues pueden resultar traumatizantes, por lo que aconseja otras pruebas distintas, por expertos y profesionales independientes y cualificados, especialmente en el caso de las niñas, los cuales deberán disfrutar del beneficio de la duda» (STS, Sala Primera, 319/2022, de 20 de abril de 2022).

¹⁰ Ver, entre otras, las STSS, Sala Primera, núm. 796/2021 de 22 noviembre; y 319/2022, de 20 abril.

¹¹ En este sentido se pronuncian las STSS, Sala Primera, 590/2022, de 27 de julio; 535/2022, de 5 de julio; 796/2021, de 22 de noviembre; 507/2015, de 22 de septiembre; 319/2015, de 23 de mayo; 11/2015, de 16 de enero; 452/2014, de 24 de septiembre; 453/2014, de 23 de septiembre; entre otras.

En la misma resolución el TS ha establecido asimismo que «la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño...el criterio prioritario en esta materia es la protección del menor que se encuentra en nuestro país sin familia, lo que hace de él un menor muy vulnerable».

Lo anterior es conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño (vinculante para España, conforme a los arts. 96 y 10.2 CE) que en su art. 3.2 ordena «en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

3.2. Pluralidad de personas tuteladas

En la tutela ordinaria rige, normalmente, el principio de unidad de tutela en su doble vertiente: el cargo lo ejercerá una única persona y a la vez cada persona tutelada tendrá una única tutora. Este principio responde a la idea de que la exclusividad de la tutela simplifica su ejercicio y facilita en mayor medida el cumplimiento de las obligaciones y responsabilidades, así como su control. De otro lado, que se ocupe una persona distinta de cada tutelada también se considera beneficioso para ésta última, que puede recibir mayor y mejor atención. Aunque este principio cuenta con excepciones en sus dos significados: de un lado, el art. 218 CC, dispone las excepciones a la unidad de personas tutoras, a las que nos referiremos más adelante; de otro, el art. 215 CC establece una excepción al principio de unidad de tutela, en cuanto al número de personas tuteladas.

Ciertamente, el art. 215 CC sienta la norma de pluralidad de personas tuteladas cuando se trate de hermanos o hermanas, supuesto en el que establece que habrá de procurarse que el nombramiento recaiga en una misma persona. Con ello persigue una mayor integración familiar de las personas menores sujetas a tutela y propone una solución que aproxima la tutela a la situación familiar de la potestad y permite mantener la convivencia entre los hermanos¹². En todo caso, la autoridad judicial habrá de valorar, caso por caso, si la solución propuesta en este precepto es la más beneficiosa para las personas menores y motivar su decisión en la resolución en la que nombra el tutor o tutora.

¹² En la misma línea que la norma que dispone que tras la crisis matrimonial la autoridad judicial procurará no separar a los hermanos al decidir sobre la guarda y custodia de los hijos (art. 93.5 CC).

La norma no distingue entre hermanos de doble vínculo o de vínculo sencillo, aunque parece estar pensando en los primeros. En la misma línea, el art. 222-11 del Código Civil de Cataluña dicta que la tutela de los «hermanos menores de edad» debe recaer en una misma persona, salvo que las circunstancias justifiquen una resolución diferente; mientras que el art. 117 del Código del Derecho Foral de Aragón establece que la autoridad judicial procurará que la tutela de los «hermanos de doble vínculo» recaiga en una misma persona.

En nuestra opinión, en el marco del Código Civil habrá de valorarse la aplicación de este criterio también en caso de hermanos de vínculo sencillo o incluso en el supuesto de personas menores que han convivido, sin ser hermanos, porque sus progenitores han formado una familia reconstituida¹³. Será la autoridad judicial, en ejercicio de sus amplias facultades y conforme al beneficio de la persona menor quien decidirá si nombra a una persona tutora para cada menor o una misma tutora para todas.

Para el caso de que la persona que pueda ser llamada tenga conflictos de intereses con uno solo de los hermanos o hermanas que han de someterse a tutela, se nombrarán tutoras distintas. Aunque, si se trata de un conflicto de intereses puntual o único, la autoridad judicial también puede optar por nombrar a una misma persona para el cargo de tutela y otra para la defensa judicial de la menor en el conflicto de intereses. En todo caso, cabe la posibilidad de que se nombre a una misma persona tutora de varias menores solamente para el ámbito personal o solamente para el ámbito patrimonial.

4. LAS PERSONAS TUTORAS

Aunque la Sección segunda del Capítulo I («de la tutela») se titula «de la delación de la tutela y del nombramiento del tutor», la doctrina ha puesto de manifiesto que, en verdad, no existe delación de la tutela, entendida como ofrecimiento o puesta a disposición del cargo que solo precisa ser aceptado, sino solamente una designación de personas preseleccionadas por la ley con una preferencia, conforme con lo que la autoridad judicial aprecia que es el beneficio de la persona menor. Además, el llamamiento o constitución de la tutela se identifica con el nombramiento de la persona

¹³ También Henar ÁLVAREZ ÁLVAREZ «Comentario al art. 215 CC», en Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (Dir.) *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona 2021, p. 330, aboga por la aplicación de este criterio a los hermanos de vínculo sencillo.

tutora, por lo que la «delación» y el «nombramiento de tutor» no se corresponden con dos momentos distintos, como podría hacer pensar el título de la sección¹⁴.

De otra parte, hay que señalar por regla general los preceptos de esta sección solamente serán de aplicación a la tutela ordinaria. La tutela administrativa de las personas menores que se encuentren en situación de desamparo corresponde por ministerio de la ley a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada su protección, por lo que no es necesario regular el nombramiento de la persona tutora ni tampoco su remoción o excusa.

4.1. Personas físicas y jurídicas

Puede ser tutor o tutora cualquier persona física en la que no concurra alguna de las causas de inhabilitación contempladas en los arts. 216 y 217 CC y que, a juicio de la autoridad judicial, tenga aptitud para ello (art. 211 CC).

El art. 211 CC se corresponde con el derogado art. 241. La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha cambiado su letra para adaptarla a la nueva concepción de la capacidad de la persona. El precepto derogado exigía para ejercer la tutela, que la persona estuviera «en el pleno ejercicio de sus derechos civiles», además de no presentar una causa de inhabilitación.

Tradicionalmente se había entendido que exigir que la persona estuviera en el pleno ejercicio de los derechos civiles equivalía a requerir la plena capacidad de obrar, de modo que no podían ser tutoras las personas que tuvieran alguna restricción a la capacidad de obrar, entre las que se encontraban las menores emancipadas, las personas incapacitadas, y las declaradas pródigas. Con la reforma introducida por la Ley 8/2021 se suprime la declaración de incapacidad y de prodigalidad y con ello la prohibición de ejercer la tutela por este motivo. Desde luego que después de esta modificación ya no tiene sentido exigir la capacidad de obrar plena para el ejercicio de la tutela.

Cuestión distinta es que de la literalidad actual del precepto no se desprende que sea necesaria la mayoría de edad para ejercer la tutela, por tanto, en principio no cabría descartar que una persona menor (emancipada o cercana a los 18 años) pudiera ser nombrada tutora de otra menor, siempre que la autoridad judicial entendiera que reúne

¹⁴ Vid. Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, Ob. Cit., p. 1689.

condiciones de aptitud suficientes. Aunque, de la puesta en relación de este artículo con el art. 275 CC, que exige expresamente a las personas curadoras ser mayores de edad, se deduce que la solución ha de ser la contraria. Así pues, una interpretación correctora del art. 211 CC lleva a entender que para ser tutora la persona física debe ser mayor de edad, presentar condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y que en ella no concurra alguna causa de inhabilidad¹⁵.

Aunque se dispone expresamente la posibilidad de que la persona tutora sea una persona jurídica, es de señalar que, en general, la regulación de la tutela parece estar pensando en el supuesto de que quien la ejerce es una persona física. Así, por ejemplo, cuando se establecen las preferencias en el nombramiento de tutor o tutora (arts. 213, 214 CC) o cuando se disponen las prohibiciones o causas de inhabilitación (arts. 216 y 217 CC). También cuando sienta el criterio de que se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar de la persona tutora (art. 213 CC). En la práctica, se tenderá a nombrar a una persona del entorno familiar o comunitario dispuesta a asumir el cargo, porque normalmente se considerará beneficioso para la menor.

En todo caso, como se acaba de apuntar, el art. 212 CC prevé que puedan ser tutoras las personas jurídicas sin ánimo de lucro (fundaciones y asociaciones), ya sean públicas o privadas, que tengan entre sus fines la protección y asistencia de personas menores. Este artículo se corresponde con el derogado art. 242 CC. Pues bien, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, introdujo en el derogado art. 242 CC, la novedad de que también las personas jurídicas pudieran ser tutoras, si bien con ciertas cautelas por la desconfianza que, desde un principio, suscitó esta posibilidad: únicamente podían ser tutoras las personas jurídicas sin finalidad lucrativa y entre cuyos fines figurasen los de protección de la persona. De esta forma quedaban excluidas las entidades que con finalidad lucrativa se dedican a la administración de patrimonios.

La doctrina había criticado esta limitación por entender que esta exigencia está pensada para los supuestos de una única persona tutora o de tutela personal y que no tiene sentido, especialmente en los casos en los que se separa la tutela personal de la patrimonial¹⁶. Se argumenta que el ánimo de lucro no comporta la falta de garantía y que

¹⁵ En contra, Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, *Idem*, p. 1688, sostiene que «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. En un sentido similar Marta ORDÁS ALONSO, *Ob. Cit.*, p. 410.

¹⁶ En este sentido se habían pronunciado Esther MUÑIZ ESPADA, *Las personas jurídico-privadas tutoras (En consideración al aspecto personal de la tutela)*, Barcelona, Bosch, p. 162 y ss. y Cristina de

lo realmente esencial debería ser el requisito de que entre los objetivos de la sociedad figure el desempeño de funciones tutelares. Sin embargo, la Ley 8/2021 se mantiene en la misma línea y continúa exigiendo la ausencia del ánimo de lucro a las personas jurídicas. En un sentido muy similar, el art. 275 CC dispone que pueden ser curadoras las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad.

En la nueva redacción dada por la Ley 8/2021, el art. 212 CC hace una referencia expresa a las fundaciones que, en la práctica, son las personas jurídicas que más comúnmente tienen entre sus fines la protección y asistencia de personas vulnerables y asumen funciones tutelares. Y la norma específica que, las fundaciones y otras personas jurídicas sin ánimo de lucro pueden ser públicas o privadas. Aquí se incluyen corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley, y personas jurídicas públicas que tengan entre sus fines la protección de personas menores o que tengan encomendada esta función. Quedan excluidas las sociedades civiles y mercantiles por su finalidad lucrativa.

Con todo, es de señalar que en la práctica la mayoría de personas jurídicas dedicadas a finalidades de protección prestan apoyo y asistencia a personas mayores de edad, y que la protección de personas menores de edad por parte de personas jurídicas -distintas de las Entidades Públicas a las que la Administración encomienda la protección de menores- es una situación completamente residual.

En relación con las personas jurídicas públicas, cabe recordar que conforme al art. 222 CC la tutela de las personas menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores. Y que el mismo precepto establece que el nombramiento de un tutor o tutora de esta persona menor de acuerdo con las reglas ordinarias solamente procederá cuando existan personas físicas que por sus relaciones con la menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de ésta. De este modo, la tutela de las personas menores desamparadas corresponderá, tratándose de tutela administrativa a la Entidad Pública competente y, tratándose de tutela ordinaria, a una persona física especialmente adecuada para desarrollar el cargo. No parece que quede mucho espacio para la tutela de menores por parte de personas jurídicas, aunque no cabe descartarla. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en que los

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «Comentarios a los arts. 234 a 258 CC», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, T. II, p. 2239 y ss.

padres hayan expresado la voluntad de que una persona jurídica sea designada tutora de su hijo o hija (art. 201 CC), considerando la posibilidad de que después de alcanzada la mayoría de edad esta misma entidad pueda prestarle también las medidas de apoyo que pueda necesitar; o que la autoridad judicial entienda que no hay personas idóneas para el ejercicio del cargo y que lo más conveniente es que lo desempeñe una persona jurídica.

4.2. Designación de la persona tutora por los progenitores

La persona o personas tutoras han de ser nombradas por la autoridad judicial en sentencia siguiendo el orden de preferencia que establece la ley, aunque la autoridad judicial, en resolución motivada, lo puede alterar si así lo exige el interés de la persona menor. Conforme al art. 213 CC, se preferirá, en primer lugar, para el nombramiento a la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento notarial.

A este respecto, el art. 201 CC establece que los progenitores que ostenten la potestad pueden disponer conjuntamente de común acuerdo o de forma unilateral por separado, la propuesta de una o más personas físicas o jurídicas para desempeñar la tutela de su hijo o hija menor para el supuesto de que, ante su falta por muerte o por imposibilidad sobrevenida de ejercerla, deje de estar sometido a su potestad. También pueden proponer la necesidad de la creación de un órgano de fiscalización de dicha tutela y establecer las personas que lo componen, así como ordenar cualquier otra disposición sobre los bienes o la persona de su hijo o hija menor.

Además, varios preceptos concretan las facultades de las que disponen los progenitores para ordenar la tutela sobre la persona y bienes de sus hijos o hijas. Así, la de designar más de una persona tutora para que ejerzan la tutela conjuntamente (art. 218 CC); disponer de modo expreso al efectuar el nombramiento de las tutoras que estas pueden ejercitar las facultades con carácter solidario (art. 219 CC); y establecer el importe de la retribución de la persona que ejerce la tutela y el modo de percibirla (art. 229 CC). Los progenitores también pueden excluir bienes de la administración de la persona tutora y establecer las reglas de administración y disposición de los bienes dispuestos a título gratuito a favor de sus hijos o hijas y designar la persona o personas que hayan de ejercitarlas (art. 205 CC). Asimismo, pueden constituir un patrimonio protegido conforme a las previsiones de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Y pueden vetar o excluir a alguna persona concreta para que detente la tutela; en este sentido, el art. 217 CC dispone que la

autoridad judicial no podrá nombrar tutora la persona que haya sido excluida por los progenitores de la tutelada.

Todo ello con el fin de aumentar la protección de su hijo o hija, de modo que dichas previsiones de los progenitores no pueden limitar la protección que le brinda la ley o que la autoridad judicial acuerda para el supuesto concreto, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal¹⁷. Tampoco pueden excluir la atribución a la Administración de las funciones tutelares en el caso de una situación de desamparo.

En el supuesto de que el progenitor sea una persona menor de edad no emancipada, conforme al art. 157 CC, podrá ejercer esta facultad con la asistencia de sus progenitores y a falta de ambos de la persona tutora; en casos de desacuerdo o imposibilidad deberá contar con la asistencia de la autoridad judicial. En todo caso, las disposiciones para ordenar la tutela de su hijo o hija deberán formalizarse en documento público, y no podrán constar en testamento por el carácter personalísimo del mismo.

No se prevé, en cambio, que sea la propia persona menor no emancipada la que disponga sobre su propia tutela. Únicamente las personas menores de edad emancipadas y a las mayores de edad pueden establecer disposiciones sobre medidas de apoyo en previsión de que acontezca la situación en la que no pueda ejercer su capacidad jurídica (art. 255 y 271 CC). Ello sin perjuicio de que la persona menor participe en el procedimiento de nombramiento de su tutora, como tendremos ocasión de ver más adelante.

De otro lado, y como resultado de la adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, desaparece de la ley cualquier tipo de restricción de carácter general de esta facultad a los progenitores con discapacidad.

El acto en que los progenitores disponen las previsiones a las que se refiere el art. 201 tiene la naturaleza de un negocio jurídico de derecho de familia que requiere una manifestación de voluntad no recepticia, esto es, que para su validez no requiere la aceptación de la persona designada. Y ello sin perjuicio de que en el acto de constitución de la tutela sí sea imprescindible dicha aceptación y la toma de posesión de la tutela. En este sentido, la Resolución de la DGRN de 19 de junio de 2006 afirma que «constituye un negocio jurídico de Derecho de familia que requiere de una manifestación de voluntad unilateral, si bien que plural en el caso de titularidad conjunta de la patria potestad por ambos titulares, y no receptiva, esto es, no necesitada, para que valga en cuanto tal

¹⁷ En el mismo sentido, M^a Victoria MAYOR DEL HOYO, «Comentario al art. 201», *Ob. Cit.*, p. 250.

designación, de la aceptación por parte del designado, y ello sin perjuicio de la necesidad de la posterior constitución de la tutela y de la imprescindible aceptación y toma de posesión del cargo posterior por parte del designado en quien no concurra causa de excusa una vez formalizada la delación de la tutela».

Estas facultades se reconocen a los progenitores, con independencia de si están o no casados entre sí o se hallan separados o divorciados, que ostenten la patria potestad y no hayan sido privados de ella en el momento de la designación (art. 204 CC).

La voluntad de los progenitores debe ser manifestada formalmente, en testamento o documento público notarial. Aunque con carácter general, la patria potestad es compartida por ambos progenitores, cabe la posibilidad de que la detente uno solo de ellos y, en este caso, la facultad de designar la persona tutora le corresponde de forma exclusiva. Si la titularidad de la patria potestad es compartida, puede suceder que solamente uno de los progenitores realice esta previsión o que lo hagan ambos, conjuntamente o de forma separada.

La previsión en orden a la futura tutela del hijo o hija manifestada en testamento será eficaz a la muerte del disponente salvo que se haya revocado el testamento que la contenía. Se trata de una manifestación de la voluntad individual del progenitor que testa. Al no admitirse el testamento mancomunado en el Código Civil español, no cabe, por esta vía, una manifestación de la voluntad conjunta de ambos progenitores en el derecho estatal, aunque nada impide que hagan sus previsiones en dos testamentos separados. La revocación del testamento deja sin efecto la designación de persona tutora y otras previsiones relativas a la tutela contenidas en él¹⁸.

Si los progenitores optan por manifestar esta voluntad en documento público notarial (escritura pública), pueden hacerlo conjuntamente en un único documento o por separado. Y las previsiones dispuestas pueden ser eficaces, además de para los supuestos de muerte de los progenitores, también para el de imposibilidad sobrevenida del ejercicio de la patria potestad. No es preciso que el documento público que otorgan los progenitores sea específico para la designación de la tutela, sino que esta puede

¹⁸ En contra, Gonzalo GARCÍA CANTERO, «El nuevo régimen jurídico de la tutela», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 4, octubre 1984, p. 472, defiende la irrevocabilidad de las previsiones sobre tutela contenidas en el testamento por aplicación analógica del art. 714 CC que prevé la irrevocabilidad del reconocimiento del hijo. En nuestra opinión ambos supuestos no son equiparables porque la designación de la tutela se basa en una relación de confianza con la persona elegida que puede quebrar en cualquier momento. En el mismo sentido M^a Victoria MAYOR DEL HOYO, «Comentario al art. 201», *Ob. Cit.*, p. 251.

contenerse en una cláusula de una escritura pública de otro contenido, como pueden ser los capítulos matrimoniales. En este punto hay que señalar que el art. 300 CC dispone que los documentos públicos notariales que contengan previsiones sobre cargos tutelares habrán de inscribirse en el Registro Civil, aunque los artículos 4 y 77 de la LRC omiten cualquier tipo de referencia a estos documentos entre los inscribibles¹⁹.

Las propuestas de los progenitores realizadas en testamento o documento público notarial que designan la persona o personas tutoras de su hijo o hija menor, establecen órganos de fiscalización de la tutela y designan las personas que hayan de integrarlos, u ordenan cualquier otra disposición sobre su persona o sus bienes, vinculan a la autoridad judicial, aunque con el límite del interés de la persona menor, de forma que solamente podrá acordar otra cosa con base en dicho interés y de forma motivada (art. 202 CC). De este modo, la autoridad judicial solamente podrá desvincularse de las disposiciones de los progenitores cuando estas no garanticen el interés de la persona menor y le perjudiquen, sin que en otro caso pueda decidir a favor de una opción que pudiera considerar mejor.

Y es que, no hay que olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico la protección de las personas menores es una cuestión de orden público, por lo que la voluntad de los progenitores no puede tener un valor absoluto. En este sentido el art. 213 in fine CC dispone que excepcionalmente, en resolución motivada, se puede alterar el orden establecido en el párrafo anterior (en el que se prefiere a la persona designada por los progenitores a los ascendientes o hermanos) o prescindir de todas las personas en él mencionadas si el interés superior de la persona menor así lo exigiere. En este caso, la resolución judicial de constitución de la tutela debe motivar el rechazo de las previsiones de los progenitores y la conveniencia de las medidas adoptadas.

Es de señalar la oportunidad de que en la designación los progenitores incluyan de la forma más explícita posible las razones o motivos que justifican tal designación, pues la explicación de la designación realizada ayudará a la autoridad judicial a comprender los argumentos que la sustentan y puede evitar que sea modificada.

Cuando existan previsiones de los dos progenitores relativas a la tutela de sus hijos o hijas menores, hechas en testamento o documento notarial se aplicarán todas ellas en

¹⁹ Para M^a Victoria MAYOR DEL HOYO, «Comentario al art. 201», *Ob. Cit.*, p. 253, es esta «una muestra de la escasa atención que el legislador de 2021 -centrado en la discapacidad- ha prestado a la regulación de la protección de menores». Opinión que compartimos.

lo que resulten compatibles y, cuando no fuera posible, decidirá la autoridad judicial de forma motivada con base en el interés superior de la persona menor (art. 203 CC)²⁰.

Si bien la decisión de la autoridad judicial queda sujeta al interés superior de la persona menor, también puede quedar matizada por algunas reglas, como la de que si la incompatibilidad de las disposiciones de los progenitores se concreta en el nombramiento de distintas personas tutoras, la autoridad judicial puede escoger a la que considere más conveniente, pero ello sin perjuicio de que, en aplicación del art. 205 CC, la designada por el otro progenitor y no elegida deba ser nombrada administradora de los bienes que ha dispuesto a título gratuito en favor de la persona menor.

En todo caso, la facultad de los progenitores de ordenar la tutela de sus hijos e hijas menores se reduce a los casos en los que detentan la patria potestad, por lo que no son eficaces las previsiones sobre la tutela que dispongan quienes han sido privados de ella (art. 204 CC) y tampoco serán eficaces las disposiciones hechas por los progenitores que hayan sido excluidos de la patria potestad por los motivos recogidos en el art. 111 CC (1º cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme; y 2º cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición).

En este punto, la doctrina no es pacífica sobre si debe hacerse una interpretación correctora de la norma, que pasa por entender que la eficacia de las disposiciones de los progenitores en orden a la tutela de sus hijos o hijas menores requiere que no exista privación de la patria potestad, no en el momento de la manifestación de la voluntad como literalmente indica el art. 204 CC, sino en el momento en que el hijo o hija deba ser sometido a tutela²¹. En todo caso, ya se ha dicho, queda a salvo la posibilidad de que la autoridad judicial se aparte de la voluntad de los progenitores si entiende que no protege de forma adecuada el interés superior de la persona menor (art. 202 CC).

²⁰ En este caso, el Código Civil de Cataluña opta por preferir el nombramiento realizado en el testamento anterior. En este sentido, el art. 222-6 dispone que «En caso de concurrencia de nombramientos o exclusiones realizadas 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».

²¹ En este sentido, M^a Victoria MAYOR DEL HOYO, «Comentario al art. 201 CC», *Ob. Cit.*, p. 266. En contra, Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, *Ob. Cit.* p. 1691 sostiene que 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.

En otro orden de ideas, el art. 205 CC establece que quien haga una disposición de bienes a título gratuito (progenitores u otras personas) en favor de una persona menor de edad puede establecer reglas específicas para su administración y disposición, así como designar las personas administradoras de estos bienes. Si no nombra una o varias administradoras de los mismos, estas funciones corresponderán a quien ejerce la administración de todos los bienes de la menor, que en el caso aquí contemplado es la persona o personas tutoras o, si la menor está sujeta a patria potestad, sus progenitores (art. 164.1 CC).

La persona que realiza la disposición gratuita en favor de la menor puede tener o no parentesco con la misma. La disposición gratuita puede ser inter vivos, en forma de donación, o mortis causa en forma de herencia o legado. Y los bienes transmitidos pueden ser de cualquier naturaleza, muebles o inmuebles.

Se puede designar una o más personas como administradoras de los bienes transmitidos a título gratuito. Se entiende que puede tratarse tanto de personas físicas como de personas jurídicas y su nombramiento tiene acceso al Registro Civil de acuerdo lo dispuesto en el art. 74.2 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. La persona administradora debe seguir las instrucciones específicas dadas por la disponente cuando las haya y debe actuar de forma diligente, respondiendo en otro caso de los perjuicios ocasionados al patrimonio de la menor. Aunque el CC no dispone normas específicas relativas a la administración, parece razonable sostener la aplicación de las normas de aptitud, excusa y remoción relativas a la tutela (como hace expresamente el Código Civil de Cataluña, art. 227-4).

La persona disponente puede o no establecer reglas específicas para la administración de los bienes que transmite a título gratuito, en relación con el mantenimiento, conservación y, en su caso, explotación de dichos bienes. También puede establecer reglas para la disposición de los bienes, aunque con relación a esta cuestión, se discute si son de aplicación a la administradora las limitaciones previstas para los actos de disposición de la persona tutora. La doctrina mayoritaria se inclina por una respuesta negativa al entender que la solución ha de ser la misma que brinda el art. 164.1 CC en relación con los bienes adquiridos por los hijos o hijas a título gratuito, respecto de los que ha de cumplirse estrictamente la voluntad sobre la administración de la disponente, el destino de los frutos y la remuneración del cargo de administración²².

²² Ver por todos LETE DEL RÍO, «Comentario a los arts. 215 a 313 CC», en Manuel ALBADALEJO GARCÍA (Dir.), *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, T.IV, 2ª ed. Edersa, Madrid, 1985, p. 277.

En todo caso, no cabe imponer cargas ni gravámenes sobre los bienes transmitidos cuando se correspondan con la legítima a la que tiene derecho la persona menor, excepción hecha de la posibilidad que contemplan los arts. 782 y 808 CC (en su redacción dada por la Ley 8/2021) de gravar la legítima estricta por sustitución fideicomisaria en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en una situación de discapacidad, siendo fiduciarios los hijos y fideicomisarios los coherederos forzosos.

Las facultades previstas en el art. 205 CC deben completarse con lo establecido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, que regula el patrimonio protegido de las personas con discapacidad. De modo que, si la disposición gratuita se hace en favor de una persona menor de edad que adolece de una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por ciento, o de una discapacidad física o sensorial superior al 65 por ciento, la persona disponente puede optar por constituir un patrimonio protegido o realizar aportaciones a uno ya existente.

Actualmente, el art. 5.2 de la Ley 41/2003 dispone que cuando la persona constituyente del patrimonio protegido sea distinta de la beneficiaria, las reglas de su administración quedarán sujetas a lo dispuesto en el documento de constitución o aportación, pudiendo establecerse los apoyos o salvaguardas que se consideren convenientes por la propia constituyente o aportante o por la autoridad judicial, de oficio o a solicitud del Ministerio Fiscal o de aquellas personas legitimadas para promover la adopción de medidas de apoyo respecto de la persona titular del patrimonio protegido. En todo caso, corresponde al Ministerio Fiscal la supervisión de la administración del patrimonio protegido (art.7).

4.3. Orden de preferencia en el nombramiento de la persona tutora

Como se ha visto, para el nombramiento de la persona tutora se preferirá en primer lugar a la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial. En segundo lugar, para el caso de que los progenitores no hubieran designado a una o varias personas distintas, o que dicha designación no fuera eficaz, la autoridad judicial designará a una persona ascendiente o a un hermano o hermana (art. 213 CC).

Los ascendientes habrán de ser abuelos o bisabuelos -de segundo grado de parentesco en la línea recta ascendente en adelante- pues los progenitores nunca podrán ser tutores. Aunque no se diga expresamente, ha de entenderse que el hermano o hermana

debe ser mayor de edad, para coordinar esta norma con la exigencia de exige la mayoría de edad a la persona curadora (art. 275 CC). Ascendientes y hermanos y hermanas son las personas más cercanas en lazos de parentesco con la menor y con las que se presume un mayor vínculo de afecto, de lo que se deduce que son las más idóneas para el ejercicio de la función de la tutela. Sin embargo, aquí no hay un orden de preferencia entre ellas, por lo que será la autoridad judicial quien la designe tras apreciar qué persona puede ejercer el cargo en mayor beneficio de la menor.

Este orden de preferencia que establece puede ser alterado, de forma que las ascendientes y hermanos o hermanas puedan ser preferidas a la persona o personas designadas por los progenitores, cuando la autoridad judicial entiende que el interés de la persona menor así lo exige. En este caso debe motivar el cambio del orden legalmente establecido en la resolución judicial. En este sentido hay que señalar que la designación de los progenitores no vincula a la autoridad judicial (art. 202 CC), que incluso puede prescindir de las personas mencionadas en él y nombrar a otra que entienda que es más idónea (art. 213 CC). Así, excepcionalmente puede preferir la tutela de una persona pariente distinta de las mencionadas (por ejemplo, una tía o un tío de la tutelada), de una no familiar o incluso de una persona jurídica.

El último párrafo del art. 213 CC dispone que «Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de la familia del tutor». Este apartado fue introducido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Como se verá, la tutela no conlleva la obligación de la persona tutora de convivir con la tutelada (art. 228 CC). Sin embargo, esta norma sienta un criterio general que habrá de considerar la autoridad judicial al apreciar cuál es el mayor interés de la persona menor -aquí la tutela vuelve a tomar como modelo la potestad-. Aunque desde luego no es el único al que se debe atender, pues la determinación del interés de la menor exige considerar todas las circunstancias del caso concreto, en especial la opinión de la persona menor, y realizar una apreciación general y conjunta de las mismas.

De especial importancia para la determinación del interés de la persona menor, es la consideración de su opinión si fuera mayor de 12 años o al menor de dicha edad que tuviere suficiente madurez. El derecho de audiencia de la persona menor se encuentra reconocido en el art. 9 de la LOPJM y ha sido expresamente recogido para el supuesto de la constitución de la tutela en el art. art. 45.2 LJV²³.

²³ Vid. la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de las personas menores a ser oídas y escuchadas en la STC 64/2019, de 9 de mayo y las SSTC en ella citadas.

La decisión de la autoridad judicial también deberá estar regida por los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación a las personas menores recogidos en el art. 11.2 de la LOPJM. En este punto, además del interés superior de la persona menor, cabe destacar el mantenimiento de la menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y su integración familiar y social²⁴.

A falta de designación de tutor o tutora por parte de los progenitores y a falta de ascendientes y hermanos y hermanas que la autoridad judicial considere idóneos para el ejercicio del cargo, procederá a designar a otra persona con base en el mismo principio de interés superior de la persona menor (art. 214 CC).

También habiendo personas designadas tutoras por los progenitores, ascendientes o hermanos o hermanas, pueden ser excluidas por la autoridad judicial, que prefiera a una persona distinta como tutora, pero entonces será necesaria una resolución motivada que explique las razones que aconsejan prescindir de ellas y dar preferencia en la elección y nombramiento a una persona distinta. A falta de aquellas, es suficiente que se haga constar este hecho en la resolución judicial y se explique la relación que existe entre la nombrada tutora y la tutelada y cómo responde el nombramiento al interés de la menor, en función de las circunstancias concurrentes.

²⁴ La STS 582/2014, de 27 de octubre, establece en relación con el interés superior del menor que: «el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, sin bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales. Meritada concreción al caso es la sentada y aplicada por esta Sala, existiendo un cuerpo de doctrina respecto a las decisiones que deben adoptarse en los casos de riesgo para los niños (sentencia 21 de febrero de 2011). Se cita el artículo 11.2 LO 1/1996 que establece como principio rector de la actuación de los poderes públicos en relación a los niños: «a) La supremacía de interés del menor, b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés y c) su integración familiar y social», para concluir que el derecho de los menores a desarrollarse y ser educados en su familia de origen no es un derecho absoluto sino que cede cuando el propio interés del menor haga necesarias otras medidas (STS Sala 1ª de 13 de junio de 2011 o de 17 de febrero de 2012); y el derecho de los padres biológicos no es reconocido ni por las normas legales propias ni por las internacionales como un principio incondicional cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor contemplando el posible retorno a la familia natural siempre que sea compatible con las medidas más favorables al interés del menor».

La exigencia de este doble límite (motivación de la resolución y atención al interés de la persona menor) pone de relieve que no existe un verdadero arbitrio judicial, de modo que la autoridad judicial no puede elegir libremente la persona tutora, sino que debe tener en cuenta la designación del orden legal de determinadas personas para ser nombradas tutoras y valorar su idoneidad en función del beneficio de la persona menor, de modo que solamente puede apartarse del orden establecido en la ley o prescindir de todas las personas mencionadas cuando exista una causa o motivo que lo justifique en beneficio de la persona menor. En este sentido, es habitual que la autoridad judicial prescinda de las personas llamadas cuando observa desinterés por parte de las mismas en el desempeño del cargo.

Cabe plantear aquí la posibilidad de que pueda considerarse a la pareja, conviviente de hecho de uno de los progenitores, con quien ha convivido la persona menor, como la persona más idónea para ejercer la tutela una vez fallecido aquél. Ello, aunque no exista una relación de parentesco, precisamente en consideración de las relaciones familiares que pueden haber mantenido con la persona sujeta a tutela. Téngase en cuenta la importancia que se otorga a la integración en la vida familiar como criterio que ha de presidir la designación de la autoridad judicial en interés de la menor (art. 213 CC). En este sentido, el art. 236-15 Código Civil de Cataluña dispone la posibilidad de que, excepcionalmente, la autoridad judicial atribuya la guarda y otras responsabilidades parentales al cónyuge o pareja estable del progenitor difunto si el interés del hijo o hija lo requiere, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) que el cónyuge o conviviente del progenitor difunto haya convivido con la persona menor; y b) que se escuche al otro progenitor y a la persona menor. También el art. 85 del Código de Derecho Foral de Aragón dispone que, fallecido el único titular de la autoridad familiar, su cónyuge pueda continuar teniendo en su compañía a los hijos menores de aquel y encargarse de su crianza y educación, sumiendo a tales fines la correspondiente autoridad familiar.

4.4. Pluralidad de personas tutoras

Como se ha dicho, rige el principio de unidad de la tutela, conforme al cual su ejercicio debe atribuirse a una única persona. Sin embargo, en determinadas situaciones las funciones de la tutela podrán distribuirse entre varias tutoras. Dispone que la tutela se ejercerá por más de una persona en los casos previstos en el art. 218 CC:

1.º Cuando, por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o en su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes.

La autoridad judicial puede distinguir entre dos ámbitos de actuación, que son la tutela de la persona y la tutela de sus bienes, y encargar cada uno de ellos a una persona distinta, de forma que cada tutora actuará independientemente y representará a la tutelada en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambas deberán tomarlas conjuntamente.

La norma no indica cuáles pueden ser las «circunstancias especiales» que aconsejen esta división, pero la doctrina señala algunos supuestos que cabría encuadrar aquí. Así, podrían considerarse circunstancias especiales en el ámbito personal la corta edad de la persona tutelada que requiera una especial dedicación; y en el ámbito patrimonial, la existencia de un patrimonio muy cuantioso que aconseje una especial pericia para su administración. En todo caso, corresponde a la autoridad judicial apreciar la conveniencia de separar las funciones tutelares y encargarlas a personas distintas.

2.º Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que ejerza también la tutela el cónyuge del tutor o la persona que se halle en análoga relación de afectividad.

En la nueva redacción de este precepto, se equipara al cónyuge de la persona tutora aquella que se halle en análoga relación a afectividad. Las finalidades que se persigue con la atribución de la tutela al cónyuge o conviviente del tío o tía de la persona menor que se designa como tutora son las de facilitar la integración de la tutelada en el núcleo familiar, potenciar los núcleos afectivos y mejorar las relaciones de convivencia, lo que supone un mayor acercamiento al modelo de las relaciones paterno filiales. Todo ello ha de redundar en un mejor cumplimiento de las funciones de la tutela y en el mayor beneficio de la persona menor²⁵.

3.º Cuando los progenitores del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial más de un tutor para que ejerzan la tutela conjuntamente.

Este supuesto de tutela plural responde a la voluntad de los padres expresada en testamento o documento público notarial en este sentido. Requiere que los progenitores expliciten que desean que la tutela la ejerza más de una persona de forma conjunta, por

²⁵ GARCÍA PÉREZ, R., «La tutela dual de los abuelos. Una nueva excepción al principio de unipersonalidad en la tutela», *Actualidad Civil*, núm. 4, 1997, p. 1107, aboga por la aplicación analógica del art. 218.2 CC al supuesto que la tutela corresponda a los abuelos, que podría justificarse por las mismas razones que aconsejan la tutela conjunta del cónyuge del tío o tía.

lo que, en principio, no puede hablarse de tutela plural cuando cada uno de ellos haya nombrado a una persona distinta, o que hayan previsto que la ejerzan más de una persona de forma sucesiva.

Los progenitores habrán de indicar si el ejercicio de la tutela es solidario o mancomunado (art. 219.1 CC) y el ámbito al que se extiende la actuación de cada tutor o tutora y, más concretamente, si distinguen entre la tutela personal y la tutela patrimonial.

Dado el carácter excepcional de la tutela plural, y aunque la ley no lo exige, es especialmente conveniente que los progenitores expliquen las circunstancias especiales que justifican la separación de funciones de la tutela y la designación de varias personas tutoras, a los efectos de que la autoridad judicial pueda valorar el beneficio que ello comporta para la persona menor.

En el caso de que las previsiones de ambos progenitores no coincidan, habrá que estar a lo que dispone el art. 203 CC: cuando existieren disposiciones de los progenitores hechas en testamento o documento público notarial, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueran compatibles, y de no serlo, se adoptarán por la autoridad judicial, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el interés superior de la persona menor. Por ello no puede descartarse la designación de una tutela plural por parte de la autoridad judicial que trate de compatibilizar la designación de tutela única que, en su caso, hayan podido hacer por separado ambos progenitores, si ha de resultar beneficiosa para el hijo o hija.

De la puesta en relación del art. 218 CC con el apartado 2 del artículo 219 CC se sigue que el número de personas tutoras, ocasionalmente, puede ser más de dos, pues allí se dispone que en caso de desacuerdo entre las personas tutoras «valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número».

Cuando la tutela se ejerce por una pluralidad de personas tutoras, rige la regla general del ejercicio común o mancomunidad de la tutela conforme a lo que establece el art. 219 CC. La mancomunidad está referida al ejercicio de la tutela por varias personas que tienen atribuidas unas mismas funciones y solo procede de forma limitada cuando se distingue entre el ejercicio de la tutela personal y la patrimonial, reduciéndose en este caso a los actos que afectan a ambas esferas. De ahí que se haga una salvedad al supuesto del numeral 1 del art. 218 CC, que se refiere a la pluralidad de tutoras con distribución de funciones entre ellas (personal y patrimonial) y advierte que actuarán independientemente en el ámbito de su competencia.

El ejercicio mancomunado de la tutela comporta, en principio, que todas las personas tutoras deben actuar de manera conjunta (con acuerdo de todas ellas), pero esta norma también posibilita que actúen con acuerdo de la mayoría. Aunque no lo diga expresamente el artículo, se entiende que en el caso de que una o varias de las personas tutoras se encuentren en situación de conflicto de intereses hay que excluirlas del cómputo de tutores. También es válida la actuación de una sola de las tutoras si cuenta con la autorización de la mayoría.

La norma prevé que en el caso en que no se pueda alcanzar un acuerdo, decidirá la autoridad judicial después de oír a las personas tutoras y a la tutelada si tuviere suficiente madurez. En este punto hay que entender que conforme al principio general del derecho de la persona menor a ser oída y escuchada y lo establecido en el art. 9 LOPJM, habrá de ser oída en todo caso si es mayor de 12 años. La decisión judicial no podrá ser recurrida.

Y para el caso de desacuerdos reiterados, que dificultan el correcto ejercicio de la tutela, la autoridad judicial puede acordar la reorganización de la tutela, por ejemplo, separando las funciones entre las distintas personas, o disponer una tutela individual en lugar de la plural e, incluso, nombrar a un nuevo tutor o tutora. También es posible que, si se ha nombrado un órgano de fiscalización de la tutela, porqué así lo hayan dispuesto los progenitores al designar la tutela sobre sus hijos en testamento o documento público notarial, este órgano sea el encargado de dirimir los desacuerdos entre las personas tutoras (art. 201 CC).

En todo caso, no hay que perder de vista que para la realización de actos de especial trascendencia para la persona menor es necesaria la autorización judicial y, por tanto, respecto de los mismos tiene escasa importancia la existencia de desacuerdos entre las personas tutoras, puesto que en último término decidirá la autoridad judicial. Son los actos contemplados en el art. 287 CC para los que la persona curadora que ejerce funciones de representación precisa autorización judicial (art. 224 CC).

De otro lado, el ejercicio solidario de la tutela comporta que cualquiera de las personas tutoras puede realizar con plena autonomía todas las funciones sin previa autorización ni aprobación posterior de las restantes. La solidaridad de la tutela se reduce a los supuestos en los que los progenitores la hayan acordado en la designación de la tutela plural y la autoridad judicial estime que es adecuada al interés de la persona menor (201 CC).

Si varias personas tutoras tienen las facultades atribuidas conjuntamente, en el ejercicio de la tutela y concurre una incompatibilidad entre una de ellas y la persona tutelada, si

las tutoras son dos, la realización del acto o contrato corresponde a la otra; y si son más de dos, habrá de ser realizado de forma mancomunada por las restantes (art. 220 CC). De este modo se agiliza la tutela y se evita acudir al nombramiento de una defensa judicial cuando la situación pueda resolverse conforme a la solución que contempla

Hay que recordar aquí que, cuando el conflicto de intereses se presenta en una tutela individual, la solución para evitar el daño a la persona tutelada, es el nombramiento de una defensa judicial. En este sentido, el art. 235 CC dispone que se nombrará un defensor judicial de la persona menor «1º Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo.»

En la misma línea, tampoco procedería el nombramiento de una defensa judicial cuando el órgano de fiscalización que, en su caso, hayan nombrado los progenitores al designar la tutela, tenga encomendada la función de controlar la actuación de las personas tutoras si existe conflicto de intereses con una o varias de ellas (art. 201 CC).

En todo caso, no hay que olvidar que los actos de mayor trascendencia requieren siempre autorización judicial (arts. 224 y 287 CC) y que la autoridad judicial, cuando aprecie conflicto de intereses respecto a alguna de las tutoras, podrá autorizar solamente a las restantes.

Para terminar con la tutela plural, hay que señalar que cuando se han nombrado varias personas tutoras, si no se ha dispuesto expresamente lo contrario, tras el cese de alguna de ellas la tutela subsiste con las restantes (art. 221 CC).

Interesa poner en relación la norma contenida en el art. 221 CC, con estos concretos supuestos en los que puede nombrarse una pluralidad de personas tutoras: 1) que concurren circunstancias especiales en la persona tutelada o en su patrimonio que haga conveniente separar los cargos de tutela de la persona y de los bienes; 2) que se designe tutor o tutora al tío o tía de una persona menor y se considere conveniente que también ejerza la tutela su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad; y 3) que los progenitores de la persona tutelada hayan designado más de una tutora en testamento o documento público notarial.

En los supuestos 2 y 3, si al constituir la tutela plural no se habían distribuido las funciones entre las tutoras, el cese de una de ellas no comportará un cambio o ampliación de las facultades que ya detentaban las tutoras restantes que no cesan y que continuarán con su ejercicio.

La solución no es tan clara en el primer supuesto o en cualquiera de los otros cuando sí se hubieran distribuido las funciones entre las diversas personas tutoras, por ejemplo, atribuyendo a una de ellas la tutela de la persona y a otra la de los bienes. La doctrina discute si, entonces, cuando no se ha previsto expresamente, el cese de una de las tutoras comporta la acumulación de las facultades que le correspondían a las restantes, de modo que amplían el ámbito de ejercicio de la tutela que venía desarrollando y así, por ejemplo, el cese de la tutora de la persona, comporta que la tutora de los bienes pase a encargarse también del ámbito personal²⁶.

Hay que partir de la base de que la tutela plural no es lo habitual, sino que responde a la existencia de circunstancias especiales, que aconsejan que las tutoras presenten unas determinadas condiciones personales, técnicas o profesionales (art. 218 CC), lo que supone que no puedan ser intercambiadas en el desempeño de sus funciones. De ahí que nos parece más acertada la interpretación que defiende que cuando en una tutela plural se han distribuido las funciones entre las tutoras, en principio, el cese de una de ellas no provoca de forma automática la acumulación de sus funciones en las restantes. Habrá que poner dicho cese en conocimiento de la autoridad judicial, y ésta podrá resolver nombrar a una nueva persona tutora que sustituya la cesada o ampliar las facultades de la tutora o tutoras que continúan.

En todo caso, la continuación de la tutela queda supeditada a lo que en el momento de hacer el nombramiento se haya dispuesto de forma expresa.

4.5. Causas de inhabilidad para el nombramiento de la persona tutora

Los arts. 216 y 217 CC enumeran las causas de inhabilidad para el nombramiento de la persona que ha de ejercer la tutela. Lo cierto es que la división de estas causas en dos preceptos no parece tener una justificación clara ni obedece a una razón de sistemática, por lo que bien podrían constar en un único artículo.

²⁶ Gabriel GARCÍA CANTERO, «El nuevo régimen de la tutela», *Ob. Cit*, p. 483, defiende que cuando se ha nombrado una persona tutora para el ámbito personal y otra para el patrimonial, el cese de una acumulará en la otra el sector que tenía encomendado por aplicación de la regla general del art. 221 CC. Javier LETE DEL RÍO, «Comentario a los arts. 234 a 258,», *Ob. Cit*, p. 731, por el contrario, afirma que el art. 221 CC no será de aplicación cuando hay una tutora de la persona y otra del patrimonio, pues las personas elegidas para desempeñar los cargos lo habrán sido en función de sus especiales cualidades técnicas o profesionales (tutela de los bienes) o afectivas y de convivencia (tutela personal), lo que hace que sus cometidos no sean intercambiables.

El art. 216 CC recoge los supuestos paralelos de privación o suspensión de la patria potestad o de los derechos de guarda y protección, de una parte, y remoción de la tutela, curatela o guarda anterior, de otra.

Como regla general, para un ejercicio adecuado de la tutela, que garantice la protección de la persona menor a la que responde la institución, es preciso que la persona que la desempeñe reúna ciertos requisitos de idoneidad. De ahí que se excluya del ejercicio del cargo a las personas físicas que, a juicio de la autoridad judicial, no cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desarrollo de su función, o en las que concurran alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los arts. 216 y 217 CC (art. 211 CC).

El art. 216 CC recoge dos causas de inhabilidad de personas en situaciones muy parecidas: son casos en los que el ordenamiento jurídico ha respondido sancionando a la persona en cuestión, por no cumplir correctamente con la función que tiene encomendada, con la privación o suspensión de la patria potestad, o de los derechos de guarda y protección de los hijos o hijas menores; o con la remoción de la tutela, curatela o guarda anterior. Son dos supuestos paralelos en los que ha habido incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, a la guarda o a la función de la tutela por parte de quien la detentaba (arts. 170, 223, 279 CC).

En todos estos casos, suele haber una resolución judicial que motiva la decisión y constata la falta de idoneidad de la persona en cuestión para ejercer la función de protección propia de la tutela, que fundamenta la prohibición legal de que esta persona pueda ser nombrada tutora. Sin embargo, hay que tener presente que la suspensión o la privación de la patria potestad, o la remoción de la persona tutora, también puede acordarse una resolución administrativa (art. 222 CC). Pues bien, entendemos que, si bien la letra del precepto exige expresamente que la suspensión o privación en cuestión se acuerde en una «resolución judicial», la autoridad judicial deberá apreciar también, en su caso, la suspensión acordada en un expediente administrativo, a los efectos de considerar la existencia de una causa de inhabilidad de la persona tutora.

De otro lado, aunque el art. 216 CC solamente alude a la «privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente de los derechos de guarda y protección», hay que entender también incluido, lógicamente, la privación de la titularidad de la patria potestad, por la mayor gravedad de la situación a la que responde. Conforme el art. 170 CC son causas de privación total o parcia de la potestad la sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial.

Y, de la misma manera hay que entender que la exclusión de la patria potestad es también una causa de inhabilidad de la tutela. En este sentido, hay que tener en cuenta que el art. 111 CC dispone que queda excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas, el progenitor: 1º cuando haya sido condenado a causa de las relaciones a que obedezca la generación, según sentencia penal firme; 2º cuando la filiación haya sido judicialmente determinada contra su oposición. El primero de estos supuestos ya queda contemplado como causa de inhabilidad en el art. 217.2º CC («quien haya sido condenado por sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela»); pero el segundo no se contempla expresamente entre las causas de inhabilidad de los arts. 216 y 217 CC, por lo que es necesario traerlo aquí a colación.

En cambio, la doctrina es pacífica al entender que no ha de comprenderse dentro de los supuestos de suspensión o privación de los derechos de guarda y protección, los casos en los que una resolución judicial decida que el ejercicio de la patria potestad se distribuye entre los progenitores, por existir desacuerdos continuados entre ellos o conflicto de intereses de alguno de ellos con la persona menor o como resultado de un procedimiento matrimonial, siempre que no constituya una sanción para los progenitores por el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad²⁷.

A la remoción de la tutela, curatela o guarda anterior, como causa de inhabilitación para la tutela de otra persona se refiere el art. 216.2 CC con el literal «Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior». La remoción se produce cuando la persona tutora, después de ser nombrada para el cargo y haber tomado posesión del mismo, incurre en alguna de las causas de inhabilitación legalmente establecidas (es lo que debe interpretarse por ser «legalmente» removida). La remoción podrá contenerse en una resolución judicial o en una resolución administrativa (ex. art. 222 CC).

Con todo, hay que distinguir la causa a la que se debe la remoción, pues no todas ellas han de comportar la inhabilidad para la tutela de otra persona. Efectivamente, el art. 278 CC al que se remite el art. 223 CC regula las causas de remoción de la curatela, que son de aplicación también a la tutela. Dispone que serán removidas las personas que, después de su 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

²⁷ Marta ORDÀS ALONSO, «Comentario al art. 216», *Ob. Cit.*, p. 415; HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «Comentario al art. 216», *Ob. Cit.*, p. 334.

ineptitud de su ejercicio o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados. Pues bien, cuando la causa de remoción es relativa, porque solamente se presenta con una persona determinada, por ejemplo, un conflicto de intereses con la persona tutelada, la inhabilidad también ha de entenderse relativa y no existe motivo para excluir a la persona del ejercicio del cargo de la tutela de otra persona.

También hay que señalar que las causas de inhabilitación recogidas en el art. 216 CC parecen definitivas o no temporales, de modo que afectan para siempre a la persona. Pensamos que hay que hacer una interpretación correctora del primer apartado del art. 216 CC en cuanto al tiempo verbal en el que está redactado («estuvieran privados o suspendidos») que permitiría entender que la inhabilitación solamente existe mientras se da la situación de privación o suspensión de la patria potestad o los derechos de guarda y protección. Sin duda, hubiera sido preferible la utilización del pretérito pluscuamperfecto del subjuntivo («hubiesen sido privados o suspendidos»), como en el párrafo 2º («hubiesen sido legalmente removidos»), pues en ambos casos se da identidad de razón: ha habido una conducta que hace presumir que la persona no es idónea para ejercer el cargo de tutor o tutora. Aunque un sector de la doctrina defiende, en sentido contrario, la temporalidad de esta causa de inhabilidad, con el argumento de la posibilidad de rehabilitación de los progenitores a los que se haya suspendido o privado de la potestad (art. 231 CC). En todo caso, esta circunstancia será apreciada por la autoridad judicial en la valoración de la idoneidad de la persona.

Si bien las causas de inhabilitación de este precepto parecen referidas a personas físicas, serán también de aplicación a personas jurídicas, en la medida en que éstas actúan a través de personas físicas cuando éstas se encuentren en la situación descrita.

Estas mismas causas se contemplan en el art. 275 CC, en los mismos términos, como causas de inhabilitación para detentar el cargo de la curatela (supuestos 2º y 3º), sin duda con el mismo fundamento, aunque en la curatela cabría discutir si esta prohibición puede ser contraria a la voluntad, deseos y preferencias de la persona sometida a curatela.

De otra parte, el art. 217 CC enumera las personas que no podrán ser nombradas tutoras por encontrarse en una situación o concurrir en ellas unas circunstancias que hacen suponer que no desempeñarán bien la función de tutela. Recoge 5 causas de inhabilitación para el ejercicio de la tutela, y así establece que la autoridad judicial no podrá nombrar a las personas siguientes:

1º. A quien haya sido excluido por los progenitores del tutelado.

En este apartado se reconoce a los progenitores la facultad de excluir a una persona del ejercicio de la tutela sobre sus hijos o hijas. Se trata de una nueva concreción de las facultades que la ley reconoce a los progenitores en cuanto a la ordenación de la tutela sobre sus hijos e hijas menores. Hay que recordar que, conforme a lo que dispone el art. 204 CC, para que pueda reconocerse esta facultad a los progenitores se requiere que no hayan sido privados o excluidos de la patria potestad en el momento en que vaya a constituirse la tutela.

La exclusión no puede expresarse en términos generales, sino que ha de permitir determinar la persona vetada. Los progenitores pueden excluir la tutela por parte de una persona jurídica, aunque entonces el respeto a esta voluntad dependerá de que exista alguna persona física idónea y dispuesta a ejercer la tutela. Pero no pueden excluir de la tutela de forma general a las personas que están llamadas *ex lege* a cumplir esta función, pues no habría modo de instituir como tutora a persona alguna.

Aunque no es necesario, si es totalmente conveniente que se exprese la razón de la exclusión de una determinada persona para ayudar a la autoridad a comprender el motivo, que puede ser la mala relación o la existencia de una causa de inhabilidad, y evitar que se contravenga la disposición de los progenitores.

En la nueva redacción dada por la Ley 8/2021, no se exige expresamente una forma determinada para esta expresión de la voluntad del padre o de la madre, como sí lo hacía el derogado art. 245 para este mismo supuesto, el testamento o documento público notarial, y a diferencia de lo que ocurre con la designación de la persona tutora, que debe hacerse en alguna de estas mismas formas. Otra diferencia con la norma derogada es que mientras que aquella contemplaba la posibilidad de que la autoridad judicial designara en resolución motivada a la persona vetada, por estimar que se correspondía con el interés de la menor, esta excepción no persiste en la norma actual. Aunque, muy probablemente estos cambios no responden a la voluntad del legislador de cambiar los requisitos de validez y eficacia de este acto jurídico, sino que son resultado de perseguir resumir, sistematizar y agrupar las distintas causas de inhabilitación que antes estaban repartidas en tres preceptos distintos sin orden ni justificación.

En todo caso, hay que tener presente que la voluntad expresada por los progenitores sobre el veto de una determinada persona puede no coincidir. En este caso habrá que estar a lo que dispone el art. 203 CC: cuando existieren disposiciones de los progenitores hechas en testamento o documento público notarial, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por la

autoridad judicial, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el interés superior de la persona menor.

2.º A quien haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela.

Este supuesto parte de la presunción de falta de aptitud para el desarrollo de la tutela de las personas condenadas en sentencia firme por delitos que pueden ser de cualquier tipo. Téngase en cuenta que la tutela tiene una vertiente personal y otra patrimonial, por lo que tanto la condena por delitos económicos, como por delitos contra la vida, la integridad física o moral, la integridad sexual, o contra la libertad de la persona, entre otros, pueden hacer suponer que no se desempeñará adecuadamente la tutela.

3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal.

En este supuesto, y a diferencia del siguiente, no se hace ninguna distinción entre la tutela de la persona y la tutela patrimonial, por lo que el administrador concursal que ha sido separado del cargo no podrá ser tutor ni de la persona ni de los bienes.

4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la tutela lo sea solo de la persona.

En este caso se limita la exclusión al ámbito patrimonial de la tutela, por lo que si cabe la tutela de la persona; y la inhabilidad alcanza solamente a quien ha sido declarado en concurso culpable y no a quien ha sido declarado en concurso voluntario.

En los casos contemplados en los apartados 3 y 4 se puede presumir que la persona en cuestión, que ha llevado a cabo una conducta irregular o de falta de diligencia en la gestión de sus propios bienes, no es idónea para encargarse de la protección de la persona tutelada en el ámbito patrimonial.

5.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela.

Es esta una causa de inhabilitación relativa, que solamente se refiere a la tutela de la persona con la que existe conflicto de intereses y mientras este persista. Tiene la finalidad de garantizar la actuación imparcial de la persona tutora y evitar que pueda atender a sus propios intereses con prioridad a los de la persona menor.

El conflicto de intereses solamente es causa de inhabilitación, cuando se plantea con carácter continuado o duradero en el tiempo. En otro caso, un conflicto de intereses puntual se resolverá con el nombramiento de una defensa judicial conforme el art. 235 CC.

La rotundidad y el tenor imperativo de la formulación con la que el precepto se expresa al decir que la autoridad judicial «no podrá nombrar» a las personas que se encuentran en las situaciones detalladas, lleva a plantearse si la autoridad judicial las ha de excluir necesariamente o puede llegar a designar a alguna de ellas como tutora tras valorar en el caso concreto el beneficio de la persona menor. En nuestra opinión, hay que distinguir entre las inhabilidades de carácter objetivo, que convierten el nombramiento de tutor o tutora en nulo; y las de carácter subjetivo, que necesariamente han de ser objeto de valoración por parte de la autoridad judicial, en consonancia con el principio del interés de la persona menor, para poder ser tenidas en cuenta.

Entre las de carácter objetivo se encuentran: 1º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos de la patria potestad (art. 216.1); 2º Quienes hubieran sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior (art. 216.2); 3º. La persona administradora que hubiese sido sustituida en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal (art. 217.3); y 4º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la tutela sea solo de la persona (art. 217.4).

Las causas de inhabilidad de carácter subjetivo, que habrán de ser valoradas por la autoridad judicial son: 1º. Quien haya sido excluido por los progenitores de la persona tutelada (art. 217.1); 2º A quien haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela (art. 217.2); y 5º A quien tenga un conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela (art. 217.5)²⁸.

Normalmente, la apreciación de la concurrencia de las causas de inhabilidad tendrá lugar en el procedimiento de constitución de la tutela y puede llevar al resultado de rechazar un determinado nombramiento. Si, a pesar de concurrir una causa de inhabilidad se produjera el nombramiento, éste sería nulo de pleno derecho²⁹. Ello, sin perjuicio de que

²⁸ Ana Isabel BERROCAL LANZAROT, *Ob. Cit.*, p. 1708-1709, defiende que las causas de inhabilidad del art. 216 CC son objetivas y que, por el contrario, el art. 217 establece causas que inicialmente impiden a la persona ser nombrada tutora, pero que la autoridad judicial puede nombrarlas si existe causa justificada. En el mismo sentido HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «Comentario al art. 216», *Ob. Cit.*, p. 337.

²⁹ En realidad, la nulidad afectaría únicamente al nombramiento de una persona en la que recayera una causa de inhabilidad objetiva. En cambio, ante una causa de apreciación subjetiva por parte de la autoridad

los actos realizados por la persona tutora se conservaran en beneficio de la menor. También puede ocurrir que la causa de inhabilidad resulte sobrevenida, respecto de la persona que ya había sido nombrada tutora y, en este caso, dará lugar a su remoción (art. 223 y 278 CC).

4.6. Remoción y excusa de la tutela

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha constituido la curatela como la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad y ha dedicado la máxima atención a su regulación, optando por cambiar el sentido de las remisiones entre los artículos dedicados a la regulación de la tutela y la curatela. Así, mientras que el derogado art. 291 CC, en sede de curatela, remitía a las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores; ahora, estas cuestiones se regulan en las normas de la curatela y a ellas se remiten los nuevos arts. 223 y 224 CC que tratan la tutela.

El primer apartado del art. 223 CC dispone que las causas y procedimientos de remoción y excusa de la tutela se regirán por las normas que las regulan para la curatela, aunque a continuación dedica los dos párrafos siguientes a la remoción de la tutela. La remisión ha de entenderse hecha a los arts. 278 CC, que regula las causas y procedimiento de la remoción de la curatela; 279 CC, que regula la excusa de la curatela; y 280 CC que establece un efecto específico de la excusa de quien haya sido nombrado curador en atención a una disposición testamentaria.

En términos generales, la aplicación a la tutela del art. 281.3 CC exige que en ningún caso, la admisión de la causa de excusa o la decisión de remoción de las personas tutoras pueda generar desprotección o indefensión de la persona menor. De modo que la autoridad judicial debe actuar de oficio, solicitando la participación del Ministerio Fiscal y las entidades públicas competentes para evitarle cualquier tipo de perjuicio.

4.6.1. Remoción de la tutela

La persona tutora debe reunir las condiciones necesarias para poder desempeñar adecuadamente el ejercicio de la tutela durante todo el tiempo que ocupe el cargo. Por ello, si en algún momento sobrevienen circunstancias que lo dificultan o imposibilitan y

judicial, procedería la impugnación del nombramiento que de estimarse daría lugar a una especie de remoción. En el mismo sentido LETE DEL RÍO, «Comentario a los arts. 215 a 258», *Ob. Cit.*, p. 745).

por su gravedad o trascendencia pueden afectar al interés de la persona tutelada, habrá que proceder a su remoción.

La remoción puede definirse como el cese de la persona tutora, previamente nombrada y que ya ha sido investida en su función, acordado por resolución judicial.

El art. 223 CC remite al art. 278 CC, de la remoción de la curatela, y ha de ponerse en relación con el art. 49 LJV, que regula el procedimiento de remoción de la tutela y la curatela, aunque en estas dos normas se repiten los aspectos procesales.

Se prevé que serán removidos de la tutela quienes, después de su nombramiento, incurran en una causa de inhabilidad, o se conduzcan mal en el 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 tutelada (art. 278.1 CC). Son todos ellos casos en los que no existen las condiciones necesarias para garantizar el buen funcionamiento de la tutela y que aconsejan apartar del cargo a la persona que lo detenta. A estas causas habría que añadir la decisión de la autoridad judicial de reorganizar la tutela y proveer un nuevo nombramiento de tutor o tutora en el caso de desacuerdos reiterados entre las personas tutoras a la que se refiere el art. 219 CC.

Cabe recordar aquí que las causas de inhabilidad de la tutela se encuentran recogidas en los arts. 216 y 217 CC. Aunque están planteadas como supuestos que imposibilitan el nombramiento de las personas que se encuentren en las situaciones detalladas, en su mayoría pueden sobrevenir una vez constituida la tutela y es entonces cuando darán lugar a su remoción. Especial referencia merece la situación de conflicto de intereses, pues la solamente es causa de inhabilitación, y por tanto de remoción, cuando se plantea con carácter continuado o duradero en el tiempo. En otro caso, procederá el nombramiento de una defensa judicial conforme el art. 235 CC.

El art. 223.2 CC dispone que corresponde a la autoridad judicial decretar la remoción de la tutela a solicitud de la persona menor de edad si tuviere suficiente madurez. Además de la persona menor, están legitimadas para promover la remoción de la tutela la autoridad judicial de oficio y el Ministerio Fiscal; y cualquier otra persona interesada (art. 49.1 LJV), entre las que se incluyen las personas llamadas a ejercer la tutela y la guardadora de hecho (art. 237 CC).

En comparecencia previa se oirá al tutor o tutora, a las personas que puedan sustituirle en el cargo, al Ministerio Fiscal y a la persona menor si tuviere suficiente madurez y, en

todo caso, si fuera mayor de doce años (art. 49.1 LJV). También en este caso será tenida en cuenta la opinión de la persona menor y se le dará audiencia si fuere mayor de doce años, de nuevo conforme al derecho de audiencia de la persona menor que se recoge, entre otras normas, en el art. 9 LOPJM.

Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el letrado o letrada de la Administración de Justicia citará a las personas interesadas a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

Durante la tramitación del expediente de remoción, la autoridad judicial podrá suspender al tutor o tutora en sus funciones y el letrado o letrada de la Administración de Justicia nombrará a la persona sujeta a tutela una defensa judicial. El procedimiento que ha de seguirse para la remoción de la tutela se encuentra regulado en el art. 49 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Una vez declarada la remoción, la autoridad judicial procederá al nombramiento de un nuevo tutor o tutora y remitirá la correspondiente comunicación al Registro Civil.

4.6.2. Excusa de la tutela

Con carácter excepcional y por las causas mencionadas en la ley, la persona llamada al cargo de tutora puede disculparse del ejercicio. Se parte de la idea que la excusa debe ser admitida en aquellos supuestos en que de no serlo la persona tutora podría incurrir después en remoción, con el consecuente perjuicio de la persona menor. Desde luego que la excusa no podrá concurrir cuando el desempeño de la tutela corresponda a la Entidad Pública competente en materia de protección de menores (art. 281 in fine CC).

La excusa de la tutela puede definirse como la situación por la que la persona rehúsa del cargo de tutela para el que ha sido designada. Se encuentra regulada en el art. 279 CC, referido a la excusa de la curatela, por la remisión del art. 223 CC, y en el art. 50 LJV, que regula la tramitación del procedimiento. El contenido de estos preceptos se repite en parte y es que, en buena medida, el art. 279 CC contiene regulación procesal que no le corresponde en tanto que se trata de una norma sustantiva.

La excusa de la tutela puede presentarse en dos momentos: al tiempo del nombramiento, o durante el desempeño del cargo si sobreviene un motivo de excusa. En el primer caso, será excusable el desempeño de la tutela si resulta excesivamente gravosa o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo. Si se trata de personas jurídicas privadas, podrán excusarse cuando carezcan de medios

suficientes para el adecuado desempeño de la tutela o las condiciones de ejercicio de la tutela no sean acordes con sus fines estatutarios. La persona designada tutora deberá alegar la excusa dentro del plazo de quince días a contar desde que tenga conocimiento del nombramiento.

Si el motivo de la excusa sobreviene durante el ejercicio de la tutela, se podrá alegar en cualquier momento, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirla.

La autoridad judicial podrá admitir la excusa del tutor o tutora previa celebración de comparecencia, en la que necesariamente se oirá a la persona que se excuse, a la que la vaya a sustituir en el cargo y a la afectada si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si tuviere más de 12 años, y al Ministerio Fiscal.

Durante la tramitación del expediente, la persona que haya solicitado la renuncia estará obligada a ejercer la función y, de no hacerlo, se nombrará una defensa judicial que la sustituya, quedando la sustituida responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada. El art. 50 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, regula el procedimiento de la excusa de la tutela.

Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de un nuevo tutor o tutora y se remitirá la correspondiente comunicación al Registro Civil.

En último término, hay que tener presente que cuando el tutor o tutora nombrado en atención a una disposición testamentaria se excuse de la tutela por cualquier causa perderá lo que en consideración al nombramiento le hubiere dejado la persona testadora (art. 280 CC).

5. LA CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA

La constitución de la tutela ordinaria sobre las personas menores corresponde a la autoridad judicial, que nombra y da posesión del cargo a la persona designada mediante el procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 208 CC). Se distingue así de la constitución de la tutela que la ley confiere de forma automática sobre las personas menores en situación de desamparo a la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada su protección, conocida como tutela «administrativa».

Tienen el deber legal de promover la constitución de la tutela los parientes llamados a ella y de la persona bajo cuya guarda se encuentre la menor (art. 206 CC). El deber nace

en el momento en que se conoce que la persona menor no se encuentra bajo la potestad de sus padres o que aun estándolo se halla en una situación de desamparo. Y el incumplimiento de este deber comporta la obligación de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la menor. Si son varias las personas que incumplen el deber legal de promover la constitución de la tutela, responden solidariamente.

Los parientes llamados a la tutela de la persona menor, quedan reducidos, conforme el art. 213 CC a los ascendientes o hermanos. En el bien entendido que entre los ascendientes no se cuentan aquí los progenitores que no ostentan la potestad, pues ésta se ha extinguido bien porque han fallecido, bien porque han sido privados de ella. De ahí que los parientes obligados a promover la tutela sean básicamente los abuelos -y bisabuelos, en su caso- y los hermanos. Esta norma no hace extensivo el deber de promover la constitución de la tutela a las personas designadas como tutoras por los progenitores en testamento o documento notarial, que en algunos casos pueden desconocer su designación³⁰.

El art. 206 CC parte de la base de que la persona menor se encuentra desprotegida y ello justifica que se imponga la obligación de promover la tutela a los parientes llamados a ella para evitar daños a la persona menor. Sin embargo, en esta situación, la persona menor se encontrará sujeta a tutela administrativa, por lo que no es necesario promover la constitución de una tutela ordinaria. Y es que no se puede olvidar que conforme a los arts. 172 y 222 CC, las personas menores en situación de desamparo se encuentran sujetas por ministerio de la ley a la tutela de la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores. Siendo así, en el mismo momento en que se dan las condiciones que motivan la constitución de una tutela, queda constituida automáticamente la tutela de la Administración.

Una interpretación correctora de la norma podría llevar a defender que las personas llamadas a tutela están obligadas a denunciar la situación de desprotección de la persona menor desde el mismo momento en que tengan conocimiento de ella, ante la Entidad Pública competente, o ante la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal que habrán de dar traslado a dicha entidad, a fin de que proceda a emitir una resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas de protección adoptadas.

³⁰ En contra, algunos autores defienden que debería extenderse el deber de promover la tutela a la persona designada para desempeñar el cargo de tutor por los padres de la menor. En este sentido, María del Carmen GARCÍA GARNICA, «Comentario a los arts. 215 a 233 CC», Ob. Cit., p. 2117.

De acuerdo con el art. 206 CC, también está obligada a promover la tutela la persona física o jurídica que detenta la guarda de hecho sobre la persona menor y le ofrece la protección que necesita, precisamente porque conoce su situación de desamparo. Es de señalar que la nueva redacción del precepto que introduce la Ley 8/2021 incluye expresamente a las personas jurídicas -la redacción anterior se refería solamente a las personas físicas- que puedan tener encomendada la guarda, entre las obligadas a promover la constitución de la tutela, lo que afecta a las entidades públicas o privadas que hubieran acogido a la menor.

Este deber legal de la persona guardadora es una evidencia del carácter necesariamente temporal que la ley sigue reconociendo a la guarda de hecho de las personas menores y de la voluntad de la ley de que esta situación se regularice mediante la constitución de una tutela sobre la menor. En esta misma línea, el art. 237 CC dispone que la guarda de hecho se mantiene «hasta que se constituya la medida de protección adecuada». Es esta una nota que distingue la guarda de hecho de las personas menores de la guarda de hecho de las personas con discapacidad que en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad, en el ejercicio de su capacidad jurídica, se transforma en una institución jurídica de apoyo y deja de ser una situación provisional (arts. 263 a 267 CC).

Sin embargo, el art. 237 CC, al final de su segundo párrafo, establece que «En los demás casos (cuando no proceda la declaración de situación de desamparo del menor) el guardador de hecho «podrá» promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o nombramiento de tutor». Pensamos que esta incoherencia debe resolverse en el sentido de que es potestativo para la persona guardadora promover la privación o suspensión de la patria potestad y la remoción de la tutela, pero, en cambio, está obligada a promover la constitución de la tutela. En todo caso, sería deseable más coordinación entre todos los preceptos mencionados para una mayor claridad.

El plazo en el que las personas obligadas deben cumplir con su deber de promover el nombramiento de tutor o tutora debe ser el más breve posible, lo que resulta de la finalidad tuitiva de la tutela.

Si las personas obligadas a promover la constitución de la tutela no lo hicieran de forma inmediata, serán responsables de forma solidaria de los daños que ello ocasione a la menor (art. 206 CC *in fine*). Se entiende que la indemnización comprende los daños de carácter personal y patrimonial que sufre la menor y que pueden derivar, a su vez, de la responsabilidad que ésta deba soportar por los daños ocasionados a una tercera

persona, como consecuencia de no encontrarse debidamente amparada por la omisión del deber legal al que nos referimos.

Además, cualquier persona, aunque no esté obligada a promover la constitución de la tutela, puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial la existencia de una persona menor que no se encuentra bajo la patria potestad de sus padres o que aun estándolo se halla en una situación de desamparo (art. 207 CC). La finalidad de la norma es la de completar las reglas de protección de las personas menores. Se trata, de un deber moral y de solidaridad social que afecta a todas las personas. Y, más allá de este deber general, el art. 13 LOPJM 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.

En otro orden de ideas, cabe señalar que el artículo 207 CC en la nueva redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, explica que la finalidad por la que se denuncia la situación ante el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial es la de que se inicie «un expediente de jurisdicción voluntaria para la constitución de la tutela» (el expediente al que se refiere el artículo siguiente). Este añadido plantea algunas cuestiones, pues hay que partir de la base de que lo que se denuncia (el hecho determinante de la tutela) es la existencia de una persona menor que se encuentra en situación de desamparo o no sujeta a patria potestad.

Pues bien, como se ha dicho, conforme al art. 222.1 CC, cuando se da la situación de desamparo, la ley confiere de forma automática la tutela del menor a la Entidad Pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y; en el mismo sentido, el art. 172.1CC establece que cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio esté encomendada la protección de los menores constate que una persona menor se encuentra en una situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley su tutela y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, de la autoridad judicial que acordó la tutela ordinaria. Luego, si la ley confiere automáticamente la tutela de la persona menor a la Entidad Pública, en el supuesto de la situación de desamparo no procede, al menos de inmediato, la constitución de una tutela ordinaria.

Lo anterior implica que la denuncia o puesta en conocimiento al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial de la situación de desamparo de una persona menor no va a tener

como consecuencia inmediata el inicio del expediente de jurisdicción voluntaria. El Ministerio Fiscal o la autoridad judicial deberán trasladar dicha denuncia a la Entidad Pública de protección de menores competentes que emitirá, si procede, una resolución administrativa que declare la situación de desamparo y las medidas adoptadas, conforme a las reglas contenidas en el art. 172 CC. Ello sin perjuicio de que, en el desarrollo de sus competencias, la Entidad Pública constate que se dan los condicionantes indispensables para la constitución de la tutela ordinaria de la persona menor y la promueva, conforme al art. 222 CC.

Junto a la situación de desamparo, el otro supuesto de hecho que da lugar a la constitución de tutela de una persona menor es, según el art. 199 CC, que la persona menor no esté sujeta a patria potestad. Pero si a pesar de no estar sujeta a potestad la menor no se encuentra en situación de desamparo (no queda contemplada en el primer supuesto del art. 199 CC) es porque está bajo la guarda de hecho provisional de una persona física (probablemente una persona pariente cercana) o jurídica que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 206 CC tiene la obligación de promover la tutela. Por si se da el caso que la guardadora no cumpla con su obligación, cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial este hecho para que se inicie, ahora sí, el expediente de jurisdicción voluntaria.

A estos casos residuales, queda reducido el ámbito de aplicación del art. 207 CC, que vincula la facultad de denuncia de la situación de desprotección de la persona menor por parte de una persona que no está obligada a hacerlo, al inicio del expediente de jurisdicción voluntaria de constitución de la tutela. Una interpretación correctora de la norma llevaría a ignorar este último añadido y así entender que cualquier persona puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o la autoridad judicial la necesidad de actuar en la protección, en sentido amplio, de una menor, en cualquier caso.

Habitualmente será alguna de las personas obligadas a instar la tutela (ascendientes, hermanos y guardadoras de hecho, ex. art. 206) o el Ministerio Fiscal quien dé inicio al expediente de constitución de la tutela, pero, conforme al art. 207 CC, también cabe la posibilidad de que la autoridad judicial la constituya de oficio, al tener conocimiento del hecho determinante de la tutela con ocasión de una denuncia o como consecuencia de sus actuaciones en un procedimiento.

La resolución judicial que constituye la tutela nombrará a la persona o personas tutoras, pero también puede contener otros extremos como la determinación de medidas de garantía y control que se estimen convenientes (art. 210 CC) y el nombramiento de una

persona que administre los bienes atribuidos a título gratuito (art. 205 CC). La resolución judicial que constituye la tutela habrá de inscribirse en el Registro Civil (art. 300 CC).

El procedimiento que ha de seguirse para la constitución judicial de la tutela ordinaria es el expediente de jurisdicción voluntaria regulado en los arts. 43 a 51 bis de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

6. CONTROL Y VIGILANCIA DE LA TUTELA POR PARTE DEL MINISTERIO FISCAL Y LA AUTORIDAD JUDICIAL

Corresponde al Ministerio Fiscal, a partir del momento de la constitución de la tutela ordinaria, la función de control y vigilancia de la labor de la persona tutora, con la finalidad de garantizar que la desempeñe en interés de la tutelada (art. 209 CC). Para ello podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona interesada o de la propia menor de edad, exigiendo que quien ejerce la tutela informe sobre la situación de la persona menor de edad y del estado de la administración de la tutela.

Esta función es paralela a la que desarrolla el Ministerio Fiscal en la superior vigilancia de la tutela administrativa, y el acogimiento o guarda de las personas menores (art. 174 CC). Todo ello sin perjuicio de que, en todo caso, la autoridad judicial pueda establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime adecuadas en beneficio de la persona menor.

Aunque puede parecer que existe una duplicidad por el doble encargo de la función de vigilancia a la autoridad judicial y al Ministerio Fiscal, en la práctica, la coordinación de ambos organismos comporta que el seguimiento de las tutelas lo realiza fundamentalmente la actuación del Ministerio Fiscal, que también impulsa la actuación de la autoridad judicial. Y corresponde a ésta última acordar o determinar las concretas medidas de vigilancia y control (art. 210 CC). Todo ello responde al mandato constitucional que compromete al poder judicial en la protección integral de las personas menores (art. 39 CE).

Cabe destacar que el expreso reconocimiento de la posibilidad de que sea la persona menor quien inste la actuación del Ministerio Fiscal, que se ha introducido en la Ley 8/2021, es una nueva manifestación del respeto al derecho de audiencia de la persona menor, reconocido en el art. 9 LOPJM.

Cualquier persona interesada puede instar al Ministerio Fiscal para que actúe como garante, pues la tutela es una institución de protección de la persona con alcance social, que interesa a toda la ciudadanía. En este sentido, cabe recordar que hay personas que

incluso están obligadas a ello, así, 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 (art. 13 LOPJM).

La función de vigilancia alcanza a toda cuestión que pueda suscitar el ejercicio de la tutela por parte de la persona que la tiene encomendada. Para el seguimiento de la tutela el Ministerio Fiscal se servirá de los informes periódicos que debe presentar la persona tutora. Hay que recordar aquí que la persona tutora tiene la obligación de informar anualmente a la autoridad judicial sobre la situación de la persona menor y rendirle cuenta de su administración (art. 228.5 CC). Una vez presentados dichos informes se trasladarán al Ministerio Fiscal que, en el plazo de diez días podrá solicitar la comparecencia de las personas interesadas y proponer las diligencias y pruebas que estime oportunas (art. 51 LJV).

El Ministerio Fiscal también puede solicitar un informe a quien detenta la tutela sobre la situación de la persona menor y el estado de la administración de la tutela que demuestre el cumplimiento con lo dispuesto en la resolución judicial de su constitución (art. 209 CC). Dicho informe puede requerirse con relación al ámbito personal -situación de la persona menor- como al patrimonial -estado de la administración de la tutela- o a ambos. Y aunque la norma no lo prevé expresamente, en función de lo que resulte del informe, el Ministerio Fiscal podrá promover la adopción de otras medidas que considere oportunas, como la constitución de fianza, la formación de inventario, la rendición de cuentas o la remoción del tutor o tutora.

Aunque la vigilancia de la tutela es una función encargada principalmente al Ministerio Fiscal, que es el que en la práctica realiza el seguimiento de la tutela, la autoridad judicial goza también de amplias facultades en orden al control y vigilancia de su ejercicio, facultades que le permiten establecer en beneficio de la persona menor las medidas que estime oportunas, ya en la resolución de constitución de la tutela, ya en otra resolución posterior -un auto ad hoc-.

La facultad de vigilancia y control de la tutela por parte de la autoridad judicial, se lleva a cabo en toda la actividad que le corresponde, desde la constitución hasta la extinción de la tutela. Se trata de una aplicación del principio general dispuesto de sometimiento

de las funciones tutelares al control judicial (art. 200.1 CC)³¹. De este modo se da cumplimiento al mandato constitucional que obliga a los poderes públicos (en este caso al poder judicial) a asegurar la protección integral a las personas menores de edad (art. 39 CE).

Con este fin de protección de la persona menor, la autoridad judicial puede acordar en los supuestos de tutela, cuando lo estime oportuno para la protección de la persona menor, cualquiera de las medidas dispuestas en el art. 158 CC (art. 200.2 CC). Se trata de medidas dirigidas a proteger a la persona menor, asegurar la prestación de alimentos y cobertura de sus necesidades, evitar perturbaciones dañosas en los casos de cambio de titular de la tutela, y otras orientadas a prevenir cualquier tipo de perjuicio. Estas medidas podrán ser adoptadas por la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la propia persona menor o de cualquier pariente, y en cualquier tipo de procedimiento, penal, civil y de jurisdicción voluntaria.

Cuando la tutela de la persona menor se haya atribuido a una entidad pública, estas medidas podrán ser acordadas por la autoridad judicial de oficio o a instancia de dicha entidad, del Ministerio Fiscal o de la propia persona menor. La Entidad Pública será parte en el procedimiento y las medidas acordadas serán comunicadas a esta, que dará traslado de dicha comunicación al director o directora del centro residencial o, en su caso, a la familia acogedora. Sin duda, la legitimación de la Entidad Pública para solicitar la adopción de las medidas, junto a la exclusión en este caso de la legitimación de los parientes, y la participación de dicha entidad en el proceso, encuentran su justificación en el hecho de que es dicha entidad la que tiene encomendada y está ejerciendo la función de protección y, por tanto, tiene conocimiento directo de las medidas que pueden ser adecuadas al caso concreto. La Entidad Pública debe trasladar a la dirección del centro residencial o, en su caso, a la familia acogedora, las medidas acordadas para que puedan ser efectivas.

La garantía última de la protección que brinda la tutela se encuentra en el control judicial: la autoridad judicial interviene en la designación de la persona tutora (art. 208 CC) y en la supervisión y control del desempeño de las funciones tutelares (art. 210 CC), en concurrencia con el control (vigilancia) que a su vez realiza el Ministerio Fiscal (art. 209 CC).

³¹ Hay que recordar que ya la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela, abandonó el sistema de tutela de familia e instauró la tutela de autoridad centrada en la autoridad judicial que pasó a asumir todas las funciones que con anterioridad desempeñaba el consejo de familia.

Entre las medidas de control y vigilancia que puede acordar la autoridad judicial se encuentran: designar un órgano de fiscalización propuesto por los progenitores en testamento o documento público (art. 201 CC); exigir la constitución de fianza para asegurar el cumplimiento de las obligaciones (art. 284 CC); exigir la formación de inventario de los bienes de la persona menor (art. 285 CC); y acordar la necesidad de la rendición de cuentas periódica o general (art. 292 CC).

Además, la autoridad judicial, también puede en cualquier momento solicitar un informe a quien detenta la tutela sobre la situación de la persona menor y el estado de la administración de la tutela. Dicho informe puede requerirse con relación al ámbito personal -situación de la persona menor- como al patrimonial -estado de la administración de la tutela-o a ambos. Y, en función de lo que resulte del informe, la autoridad judicial podrá acordar la adopción de otras medidas de vigilancia y control que considere oportunas.

En esta línea, el alcance de la actividad judicial que prevén las normas relativas a la tutela ha de completarse con las normas establecidas para la curatela, que son aplicables a la tutela con carácter supletorio (art. 224 CC). Y así: la autoridad judicial puede remover a las personas tutoras (art. 223 y 278 CC); puede exigir la constitución de fianza para asegurar el cumplimiento de las obligaciones (art. 284 CC); la formación de inventario de los bienes de la persona menor (art. 285 CC); y la rendición de cuentas periódica o general (art. 292 CC); y debe otorgar autorización judicial para la realización de determinados actos con plena eficacia jurídica (art. 287 CC). La autoridad judicial puede, incluso, modificar las medidas de vigilancia que en su caso hubieren dispuesto los padres para la persona menor, como el órgano de fiscalización (art. 201 CC) y disponer otras distintas más acordes con el interés de la persona menor (202 CC).

La Ley de Jurisdicción Voluntaria reitera en buena medida las normas sustantivas relativas a la vigilancia y control de la tutela por la autoridad judicial. El artículo 45.4 y .5 LJV dispone que la autoridad judicial podrá adoptar en la resolución en que acuerda el nombramiento de la persona tutora o en otra posterior, medidas de fiscalización de la tutela y exigir a la tutora informe sobre la situación personal de la menor y el estado de la administración de sus bienes. El art. 46 LJV, regula la constitución de fianza; el art. 47 LJV, regula la formación de inventario; el art. 49, trata la remoción del cargo de tutor o tutora; y el art. 51 LJV, regula la rendición de cuentas.

7. CONTENIDO DE LA TUTELA

7.1. Tutela y representación

Una de las principales funciones tutelares es la representación de la persona tutelada que confiere la ley a la tutora y que, en principio, abarca tanto la esfera personal como la patrimonial³² y tanto el ámbito judicial como el extrajudicial. A salvo de dicha representación quedan los actos que la ley reconoce que la persona tutelada puede realizar por sí misma.

Excepcionalmente, la representación de la persona menor corresponde a la administradora a quien se ha conferido expresamente en relación con los bienes objeto de administración conforme al art. 205 CC. Cuando exista conflicto de intereses entre la persona tutora y la menor, se nombrará una persona para su defensa judicial y representación, de acuerdo con el art. 235.1 CC.

La tutela conlleva siempre la representación de la persona menor tutelada por ministerio de la ley, como también la comporta la patria potestad (art. 162.1 CC). La representación supone que la persona tutora actúa en nombre e interés de la persona tutelada y tiene carácter personalísimo porque no puede delegarse a otra persona.

Aquí, la representación legal, no deriva de la voluntad de la persona representada, sino de la previsión legal, que se justifica en la tutela por la falta de capacidad de la persona tutelada. Con todo, no hay que olvidar que, de un lado, el ordenamiento reconoce una capacidad gradual a las personas menores de edad y, de otro, existen algunas esferas excluidas de la representación legal porque determinados actos personalísimos solamente pueden ser ejercitados por la persona interesada y, si esta no tiene suficiente capacidad, nadie puede realizarlos por ella. De ahí que, aunque, en principio, la representación en la tutela alcanza tanto en la esfera personal como patrimonial y comprende tanto el ámbito judicial como el extrajudicial, presente las limitaciones de los actos que puede realizar por sí sola la persona tutelada y de aquellos para los que únicamente precisa asistencia.

El CC no distingue en función de si la tutela es ordinaria o administrativa por lo que, en principio, hay que entender que en este último caso la Entidad Pública debe/puede actuar en la representación de la tutelada con los mismos límites que la persona tutora en la tutela ordinaria.

³² En los supuestos de tutela plural, cada persona tutora representa a la menor en su ámbito funcional.

Tampoco concreta la ley cuales son los actos que puede realizar por sí misma la persona tutelada y aquellos para los que únicamente precisa asistencia que, como se ha dicho, se sustraen de la representación de la tutora, por lo que para determinarlos habrá que estar, dada la similitud de la representación en la tutela con la propia de la patria potestad, a las situaciones en que se excepciona la representación de los padres, de modo que las personas tuteladas podrán realizar por sí mismas los mismos actos que las sujetas a potestad parental³³. En este sentido, habrá que estar a los actos que se exceptúan de la representación de los padres de sus hijos e hijas menores no emancipados en el art. 162 CC:

1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo o hija, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. A falta de una previsión legal específica con relación a la actuación de las personas tutoras en los actos relativos a los derechos de la personalidad de la menor, habrá que acudir a la aplicación analógica del art. 162 CC³⁴.

2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo o hija. En el mismo sentido, el art. 226 CC dispone la prohibición de la persona tutora de representar a la tutelada cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de una tercera persona y existiera conflicto de intereses. En este caso procederá el nombramiento de una persona que ejerza la defensa judicial con facultades representativas (art. 235 CC).

³³ La RDGRN de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3631) explica que «entre los actos que el menor puede realizar por sí solo o para los que solo precisa asistencia y, en consecuencia, quedan fuera de la representación del tutor, a título meramente ejemplificativo cabe señalar 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 exceda de dicha administración (art. 162.3º en relación con el 164.4º, aplicables por analogía al menor sujeto a tutela); el menor también podrá otorgar testamento, salvo el ológrafo, si es mayor de 14 años (art. 663.1º); También podrá por sí solo el menor ser testigo en testamentos otorgados en caso de epidemia, si es mayor de dieciséis años y en la forma establecida por el artículo 701; tiene capacidad para presentar la solicitud de adquisición de la nacionalidad española el mayor de catorce años asistido por su representante legal; desde que cumpla catorce años y desde que transcurra un año después de la emancipación podrá el menor optar bien sea por la vecindad civil de su lugar de nacimiento, bien por la última vecindad civil de cualquiera de sus progenitores, ahora bien, si el menor no estuviera emancipado deberá estar asistido en la opción por su representante legal (art. 14.3 in fine); el menor puede adquirir la posesión de las cosas, pero necesita de sus representantes legítimos para usar de los derechos que de la posesión nazcan a su favor (art. 443), etc.»

³⁴ No es pacífico entre la doctrina si cabe la representación en los actos relativos a la personalidad. Sobre esta cuestión Vid. BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, «Comentario al art. 225 CC» en CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Navarra, 2021 p. 381.

3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres. Aquí habrá de tener en cuenta la regla contenida en el art. 205 CC, conforme a la que quien dispone de bienes a título gratuito en favor de una persona menor puede establecer las reglas de administración y disposición de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercerlas. Las funciones no conferidas a la persona administradora corresponden a la tutora. Esta norma se corresponde con el primer supuesto de exclusión de la administración de los progenitores recogida en el art. 164 CC. Y habrá que interpretar que también será de aplicación la tercera de las excepciones que contempla el art. 164 CC que es la de los bienes adquiridos por el mayor de dieciséis años con su trabajo o industria.

En todo caso, la persona tutora deberá recabar el consentimiento de la menor cuando tuviera suficiente juicio, para celebrar contratos que la obliguen a realizar prestaciones personales. Habrá que entender que en este caso y en los actos relativos a la personalidad que puede ejercer por sí misma la persona tutelada, la persona o personas tutoras no representan a la tutelada, sino que únicamente la asisten.

En cambio, a diferencia de lo que sucede en la patria potestad, se regulan tres prohibiciones que afectan a la persona que ejerce la tutela y que tienen como finalidad proteger el patrimonio de la persona tutelada y evitar que quien detenta la tutela se beneficie a costa de aquél, poniendo en entredicho el deber general de actuar en beneficio de la persona menor. Los actos prohibidos a quien detenta la tutela son los siguientes (art. 226 CC):

- 1) Recibir liberalidades de la persona tutelada o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión. La mayoría de la doctrina defiende que la limitación respecto a los causahabientes debe interpretarse en el sentido que se entiendan incluidos únicamente los herederos de la persona sujeta a tutela, que son los adquirentes del saldo que arroje la cuenta de la gestión mientras ésta no resulte aprobada³⁵.

Esta prohibición comprende todo tipo de donación o acto de liberalidad *inter vivos* de cualquier clase de bienes, lo que incluye donaciones directas o indirectas, puras o remuneratorias, renuncia de derechos y acciones, cesión de derechos, etc. Respecto de las liberalidades *mortis causa* será de aplicación la norma del art. 753 CC que prevé que

³⁵ Vid. por todos JACINTO GIL SÁNCHEZ, «Comentario a los arts. 243 a 251.1 CC» en AMORÓS GUARDIOLA M.- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Coord.), *Comentarios a la reforma de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 688.

«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 la curatela» y añade que «Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder *ab intestato*.».

- 2) Representar a la persona tutelada cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de una tercera persona y existiera conflicto de intereses. De este modo se prohíbe la autocontratación en la que la persona que detenta la tutela intervenga en nombre de la tutelada, de una parte, y en nombre propio o de una tercera persona, de otra, cuando genera incertidumbre sobre si la decisión estará guiada por lo que más convenga a la tutelada. Con todo, la norma permite salvar la validez de los actos jurídicos en que no exista conflicto de intereses, como las disposiciones a título gratuito a favor del representado y particularmente de los que cuenten con autorización judicial.
- 3) Adquirir por título oneroso bienes de la persona tutelada o transmitirle por su parte bienes por igual título. La prohibición de adquisición puede ser por cualquier título oneroso y resulta más amplia que la prevista específicamente para el supuesto de la compraventa, en el art. 1459.1 CC que prevé «No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: 1º Los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo, los bienes de la persona o personas a quienes representen»³⁶.

En todo caso, las prohibiciones enumeradas se circunscriben temporalmente a la duración de la tutela. Para el supuesto del primer apartado se extiende hasta que se apruebe la gestión de la función tutelar; mientras que la prohibición del párrafo tercero termina con la extinción del cargo pues no se hace mención expresa en contrario³⁷.

³⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a los arts. 239, 242, 271.1 y 303 1 306CC», en AMORÓS GUARDIOL, M.- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Coord.), *Comentarios a la reforma de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986. p. 365, considera que la prohibición contenida en el art. 221.3 CC resulta excesiva en los casos en que la tutela la detenta la Administración Pública. Señala, con acierto que, en estos casos, las transmisiones pueden resultar convenientes e incluso necesarias para una correcta gestión del patrimonio de la persona tutelada. Además, una aplicación rígida impediría que la persona tutelada pudiera contribuir a sufragar los gastos de su estancia en un centro asistencial, lo que resulta del todo absurdo.

³⁷ En este sentido, MARTA ORDÀS ALONSO, «Comentario al art. 226 CC», *Ob. Cit.*, p. 430.

La mayoría de la doctrina sostiene que se trata de prohibiciones absolutas que originan la nulidad insanable de los actos que las contraríen³⁸. También el Tribunal Supremo ha manifestado, en relación al derogado art. 221-1 CC, que los actos celebrados contraviniendo la prohibición de recibir liberalidades de la persona tutelada quedan afectados por nulidad absoluta³⁹. Sin embargo, algunas resoluciones de la DGRN han dispuesto en determinados casos que el acto irregular puede sanarse siempre y cuando no resulte perjudicial para los intereses de la persona tutelada y cuente con autorización judicial (RDGRN de 9 de enero de 2004).

7.2. Obligaciones de la persona tutora

Quien detenta la tutela debe velar por el bienestar y el interés de la persona tutelada, lo que engloba los deberes específicos de procurarle alimentos; educarla y proporcionarle una formación integral; y promover su mejor inserción en la sociedad. La persona tutora también tiene la obligación de administrar diligentemente el patrimonio de la tutelada; informar anualmente a la autoridad judicial del desarrollo de la tutela y rendir cuentas de su administración. En todo caso, ha de tener presente la opinión de la persona menor antes de adoptar las decisiones que le afecten.

No distingue el Código Civil el contenido de la tutela en función de si esta es una tutela ordinaria o administrativa por lo que, aunque también en este caso la ley está pensando en la ordinaria, hay que entender se extienden a la entidad pública las obligaciones de la persona tutora, con las adaptaciones que sean necesarias.

El art. 228 CC dispone el contenido de la tutela, esto es, las obligaciones de quien ejerce el cargo de la tutela, que se corresponden con las funciones tutelares y que tiene como finalidad la protección de la persona menor. La nueva redacción de este precepto, dada por la Ley 8/2021, presenta una repetición en cuanto al deber de la persona tutora de velar por la tutelada, que se contempla como un deber general en la oración inicial y, después también como una obligación específica en el primer apartado. Sin duda, es un error que ha de corregirse eliminando la referencia del número 1. El deber de velar por la persona tutelada engloba los deberes específicos enumerados en este precepto y

³⁸ Vid, por todos Javier LETE DEL RÍO, «Comentario a los arts. 215 a 258», *Ob. Cit.*, p. 258.

³⁹ La STS de 23 de diciembre de 1997 (RJ 1997\8902) afirma que «La invalidez de tales actos, hechos sin la autorización o intervención o consentimiento, es decir, sin el complemento de capacidad del curador, viene determinada por lo dispuesto en el artículo 293, en el sentido de que son anulables. Distinto es el caso del negocio de disposición a título gratuito a favor del curador, que cae bajo el imperio de la norma prohibitiva del artículo 221, número 1.º, referido a todo cargo tutelar, que es de nulidad absoluta «ipso iure», como establece el artículo 6.3 del Código Civil.»

cualesquiera otros los precisos para proteger a la persona menor y que guarden relación con su vigilancia y atención.

Aunque existe una estrecha relación, el contenido de la tutela no coincide exactamente con el de la patria potestad (art. 154 CC). A diferencia de aquella, la tutela no obliga a la persona tutora a tener a la menor en su compañía, si bien la integración de la tutelada en la vida familiar de la tutora es un dato favorable en la elección de la persona que detendrá el cargo (art. 213 in fine CC).

Son obligaciones específicas de la persona tutora:

- 1) El deber de procurar alimentos.

El art. 228 CC se refiere al deber de la persona tutora de «procurar alimentos» a la tutelada, Esta expresión difiere de la que se utiliza en el art. 154.1 CC, en sede de patria potestad, respecto de la obligación de los padres en relación a los hijos e hijas que es la de «alimentarlos». La doctrina interpreta esta diferencia entendiendo que mientras que los padres tienen la obligación de alimentar a la persona menor, la tutora tiene la obligación de llevar a cabo las actuaciones necesarias para lograr los alimentos que precisa con cargo al patrimonio de la menor, actuando las acciones pertinentes de reclamación de alimentos a las personas parientes obligadas por la ley o, en su caso, acudiendo a las instituciones públicas o privadas asistenciales.

De este modo, el deber de prestar alimentos es el ejercicio particular de la función de representación de la persona tutora en un caso concreto, que es la de conseguir alimentos para la persona tutelada.

Excepcionalmente, sí existe la obligación de alimentos por parte de la persona tutora cuando los progenitores hayan dispuesto que ésta haga suyos los frutos de los bienes de la tutelada a cambio de prestarle alimentos, conforme al art. 229.3 CC.

- 2) El deber de educar a la persona menor y procurarle una formación integral.

Esta obligación es equivalente a la prevista para la patria potestad (art. 154.1 CC). Supone el compromiso de la persona tutora de cuidarse de la educación y estar pendiente de cubrir las necesidades formativas de la tutelada respetando, en todo caso, sus creencias y, en general, su personalidad.

Los gastos que comporta la educación y la formación se hallan comprendidos en el concepto de alimentos, por lo que habrán de ser satisfechos en la forma comentada en el apartado anterior.

3) El deber de promover la mejor inserción en la sociedad.

Es esta una concreción de la obligación general de velar por la persona tutelada que se mantiene en este artículo después de que la reforma introducida por la Ley 8/2021 eliminara la tutela de las personas incapacitadas y, como consecuencia, la referencia a la obligación de la persona tutora de «promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad». No hay una previsión específica paralela en la potestad parental y aunque, desde luego, que la obligación general de velar por la persona tutelada y la más concreta de educarle y procurarle formación integral (o por el hijo o hija en la patria potestad) implican también la de procurar su inserción en la sociedad, no parece que existan razones suficientes que justifiquen la necesidad de esta especial referencia.

4) El deber de administrar el patrimonio de la persona menor con la diligencia debida.

Se atribuye a la persona tutora la administración legal del patrimonio de la tutelada que debe efectuarse con la diligencia debida. Si bien no se explicita cuál es el grado de diligencia exigible en esta cuestión, ha de interpretarse que la persona que detenta la tutela ha de conducirse de forma razonable y prudente y observar, como mínimo, la misma diligencia que en la administración de sus propios bienes (que es la que se exige a los padres para la administración de los bienes de los hijos e hijas ex. art. 164.1 CC).⁴⁰ La inobservancia del grado de diligencia requerida, puede originar responsabilidad de la persona tutora (art. 234 CC). Más adelante volveremos sobre esta cuestión.

Por regla general, la persona tutora podrá realizar los actos de administración ordinaria y también los de disposición que no le resulten prohibidos por la ley. Quedan excluidos de los actos que la persona menor pueda hacer por sí sola por disposición expresa de la ley. Así, por aplicación analógica de la regla contenida en el art. 164.3 CC habrá que entender que la administración ordinaria de los bienes que a partir de los 16 años hubiera adquirido la tutelada con su trabajo o industria corresponde a la propia tutelada. También se excluyen de la administración de la persona tutora los bienes sometidos al

art. 205 CC y aquellos que forman parte de un patrimonio protegido, conforme a la Ley 41/2002, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad.

- 5) El deber de informar a la autoridad judicial anualmente sobre la situación de la persona menor y de rendirle cuenta anual de su administración.

Aunque la ley no lo dice expresamente, entendemos que el deber de informar a la autoridad judicial anualmente sobre la situación de la persona menor y de rendirle cuenta anual de su administración queda limitado a los supuestos de tutela ordinaria, de modo que no obliga a la entidad pública que tiene encomendada la tutela de una persona menor.

Si bien la obligación de informar sobre la situación de la persona tutelada se refiere únicamente a la autoridad judicial, no cabe olvidar que también el Ministerio Fiscal podrá exigir informes sobre la situación de la persona menor y el estado de la administración de la tutela (art. 209 CC).

El deber de informar del que trata este precepto no es solamente una rendición de económica de la administración de la tutela, sino que se refiere a la información en todos los aspectos relevantes de la tutela, que permitan a la autoridad judicial ejercer su función de control (art. 210 CC). Así: el lugar de residencia de la persona tutelada; su estado de salud y la asistencia personal y asistencial que requiere; las actividades desarrolladas para lograr una mayor autonomía personal y una mejor inserción en la sociedad; la asistencia a centros de educación y formación, etc.

La rendición de cuentas de la administración de la tutela tendrá una periodicidad anual y un carácter provisional, pues al cese de la tutela habrán de aprobarse las cuentas definitivas (art. 232 CC), y se efectuará conforme lo establecido en el art. 51 LJV.

- 6) El deber de oír a la persona menor antes de adoptar decisiones que le afecten.

Este deber se corresponde con el derecho de audiencia de la persona menor, reconocido en el art. 9 LOPJM. En el mismo sentido, el art. 154.4 CC, en sede de patria potestad, dispone el derecho de los hijos e hijas que tuvieren suficiente madurez a ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten sea en procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo.

Con relación a la diligencia exigible a la persona tutora en el cumplimiento de sus obligaciones, el TS ha manifestado en la STS 304/2021, de 12 de mayo que: «El nivel de diligencia exigible al tutor hace referencia a un módulo objetivo que, en cada caso, debe ajustarse en atención a las concretas circunstancias de las personas, del acto, del tiempo y del lugar (art. 1104 CC). La diligencia que proceda en cada caso, además de pauta de conducta, es también la medida del incumplimiento y responsabilidad del tutor...» «No es óbice a la responsabilidad exigida al tutor, como acertadamente entendió la Audiencia, que la operación se autorizara por el juez de la tutela, ni que se aprobara la cuenta final. La autorización judicial, respaldada en la documentación aportada por el propio tutor en un procedimiento de jurisdicción voluntaria no le exime de la responsabilidad por los daños causados por no observar la debida diligencia de un buen administrador en atención a las circunstancias, ni tampoco la rendición general de cuentas. Así resulta del art. 285 CC, conforme al cual, "la aprobación judicial no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al tutelado o a sus causahabientes por razón de la tutela" (también, ahora, del art. 51.5 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria).»

El incumplimiento de los deberes propios de la tutela puede ser causa de la remoción del cargo (art. 223 y 278 CC) y puede originar responsabilidad civil (art. 234 CC). También puede constituir un ilícito penal, así, conforme el art. 226 CP. La sanción por el incumplimiento de estas obligaciones habrá de ser la misma que la que se aplique a los actos realizados por la persona tutora sin la preceptiva autorización judicial⁴¹.

Por último, cabe señalar que las personas tutoras, cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela, pueden recabar el auxilio de la autoridad competente. Cabe entender que el auxilio puede recabarse de la autoridad judicial, pues no hay que olvidar que la tutela está bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, pero también de la autoridad administrativa competente en la materia de protección de menores, incluidas las fuerzas y cuerpos de seguridad y el Ministerio Fiscal (art. 227 CC). En una anterior reforma, producida por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, se eliminó la referencia a la obligación de respeto y obediencia de la persona tuteada y se introdujo un cambio radical de perspectiva al disponer que las personas tutoras debían ejercer el cargo con acuerdo a la personalidad de las tuteladas «respetando su integridad física y psicológica». La nueva redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, establece que la tutela debe ejercitarse en interés de

⁴¹ ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, *Ob. Cit.*, p. 1704.

la persona menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos. De este modo, se amplía la referencia al respeto a la integridad física y psicológica de la persona tutelada por una más general de respeto a todos sus derechos. Este cambio responde, en mayor medida, a la idea de la tutela como un deber que, como la patria potestad, debe ejercerse en todo caso en interés y beneficio de la persona menor. El respeto a la personalidad de la persona tutelada resulta también de su derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10 CE.

8. EL ALCANCE DE LA REMISIÓN A LAS NORMAS DE LA CURATELA

El art. 223 CC remite de forma directa a las normas de la curatela para las causas y procedimientos de remoción y excusa de la tutela y, con carácter más general, el art. 224 CC, ya en sede el ejercicio de la tutela, remite a las normas de la curatela para cualquier otro aspecto, con carácter supletorio.

Para concretar el alcance de la remisión general de este precepto, hay que tener en cuenta el contenido de los arts. 282 a 290 CC, que se dedican a regular el ejercicio de la curatela: el art. 282 CC, regula la toma de posesión y contenido de la curatela; el art. 283 CC, la sustitución de quien desempeña la curatela en caso de impedimento o conflicto de intereses; el art. 284 CC, la constitución de fianza; los arts. 285 y 286 CC, la obligación de realizar inventario; y el art. 287 CC, la necesidad de autorización judicial.

Pero hay que tener en cuenta que algunas de estas cuestiones también se encuentran reguladas, y conjuntamente para la tutela y la curatela, en la norma procesal. En concreto, el art. 46 LJV regula la prestación de fianza, aceptación y posesión del cargo y el art. 47 la formación de inventario. Una mejor técnica legislativa debería haber distinguido adecuadamente la regulación de los aspectos sustantivos y procesales y evitado así los solapamientos que ahora se producen entre ambos textos legales.

En todo caso, la remisión del art. 224 CC a las normas de la curatela supone que hay que entender aplicables muchas e importantes cuestiones que tras la reforma no se encuentran expresamente previstas para el ejercicio de la tutela. Son las siguientes:

- a) La persona o personas tutoras deben tomar posesión del cargo ante el letrado o letrada de la Administración de Justicia conforme al art. 282.1 CC, aunque ello también se sigue del art. 46.3 LJV. Antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, el art. 259 dictaba en este sentido que «El Secretario judicial dará posesión de su cargo al tutor nombrado».

Hay que tener en cuenta que es la toma de posesión, y no el nombramiento, lo que determina el inicio de la tutela y de las obligaciones que conlleva. La persona nombrada tutora puede excusarse del nombramiento dentro del plazo de quince días a contar desde que tenga conocimiento de este, conforme a lo que disponen los arts. 223, 279 CC y 50 LJV. En este supuesto no llegará a tomar posesión del cargo y se procederá a un nuevo nombramiento.

En cambio, dado que el contenido de la tutela y la curatela son necesariamente distintos, no cabrá la aplicación supletoria a la tutela del resto del art. 282 CC con relación al contenido de la curatela. Las obligaciones de quien ejerce la tutela, reguladas en el art. 228 CC son, en parte, distintas a las propias de la curatela (art. 282 CC), porque estas responden a una medida de apoyo de personas mayores de edad, mientras que las primeras son propias de una institución de protección de personas menores de edad y, como se ha visto, tienden a identificarse en buena medida con el contenido propio de la patria potestad, aunque con un mayor control por parte del Ministerio Fiscal y la autoridad judicial.

- b) La sustitución de la persona tutora en caso de impedimento o conflicto de intereses con la tutelada, cuando existen varias personas tutoras se encuentra regulada en el art. 220 CC, en el mismo sentido que el art. 283.2 CC: sus funciones serán asumidas por las que no se encuentren afectadas por el impedimento o conflicto de intereses. En cambio, ninguna norma regula expresamente, en sede de tutela, como se debe proceder cuando en caso de situación de impedimento o conflicto de intereses existe una única persona tutora. De la remisión al primer apartado del art. 283 CC, que resuelve este supuesto cuando existe una única persona que detente la curatela, se infiere que cabe el nombramiento de un defensor judicial que sustituya a la persona tutora. La misma solución resulta de la norma contenida en el art. 235 CC, que prevé el nombramiento de un defensor judicial de la persona menor «cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo»; y «cuando, por cualquier causa, el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona».

De la misma forma el art. 163CC resuelve con el nombramiento de un defensor judicial los supuestos en los que el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos o hijas no emancipados o emancipados cuya capacidad deban completar.

- c) Como resultado de la aplicación supletoria de las normas de la curatela, cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, podrá exigir a la persona tutora la constitución de fianza u otras modalidades de garantía o caución, como depósitos en garantía, hipoteca o prenda, aval bancario, u otros, que aseguren el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma (art. 284 CC)⁴². Una previsión prácticamente idéntica se contempla en el art. 45.5 LJV.
- d) Conforme el art. 286 CC la formación de inventario es obligatoria cuando la curatela es representativa. Pues bien, siendo la tutela esencialmente representativa, la aplicación supletoria de esta norma a la tutela comporta que en ella será siempre necesaria la formación de inventario. Sorprende que esta obligación no se recoja expresamente en sede de tutela y derive ahora de la aplicación supletoria de las normas de la curatela, de un lado, y de lo que dispone el art. 46.4 LJV, de otro.

Para la formación de inventario se estará a lo que disponen los arts. 285 CC y 47 LJV. En caso de que la persona tutora no incluya en el inventario los créditos que tenga contra la persona tutelada se entenderá que renuncia a ellos por aplicación supletoria del art. 286 CC.

- e) Por último, hay que destacar que también es de aplicación supletoria al ejercicio de la tutela los arts. 287 a 290 CC. De este modo:

La persona tutora que ejerza funciones de representación precisa autorización judicial. Es la consecuencia de la supresión del derogado art. 271 CC que no ha sido substituido por una norma similar que relacione los actos para los que la persona tutora requiere autorización judicial y obliga a interpretar el art. 287 CC con la perspectiva de la representación de una persona menor de edad.

La autoridad judicial, antes de autorizar los actos relacionados en el art. 287 CC oirá al Ministerio Fiscal y a la persona menor si tuviera suficiente madurez y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes (art. 290 CC). Cuando lo considere adecuado, podrá autorizar a la persona tutora a la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la

⁴² En caso de que la fianza se constituya mediante una hipoteca legal se procederá con sujeción a los arts. 165.6 y 168.4 LH.

misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos (art. 288 CC).

La persona tutora no necesitará autorización judicial para la partición de herencia o la división de cosa común, aunque una vez practicadas requerirán aprobación judicial (art. 289 CC).

Sin duda, la regulación del ejercicio de la tutela era mucho más clara en los derogados arts. 259 a 273 CC. La remisión en sede de ejercicio de la tutela a las normas de la curatela viene a oscurecer y confundir esta cuestión.

9. DERECHOS DE RETRIBUCIÓN, REEMBOLSO DE GASTOS E INDEMNIZACIÓN DE LA PERSONA TUTORA

Los arts. 229 y 230 CC se dedican a la regulación de los derechos de retribución, reembolso de gastos e indemnización. Aunque no se dice expresamente, se entiende que únicamente son aplicables a los supuestos de tutela ordinaria.

Quien detenta la tutela tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona menor lo permita y así lo hubieran dispuesto los progenitores que han designado la persona tutora o la autoridad judicial. También tiene derecho al reembolso de los gastos que se derivan de la tutela (art. 229 CC).

Con relación al derecho al reembolso de los gastos, cabe señalar que el art. 233.1 CC reitera que los gastos necesarios para la rendición de cuentas serán a cargo del patrimonio de quien estuvo sometido a la tutela. Y el art. 285 CC de aplicación supletoria, dispone que los gastos derivados de la formación de inventario también correrán a cargo de la persona tutelada.

Es de señalar que, en principio, se reconoce el derecho a retribución de la persona tutora, a pesar de que la tutela se configura como un deber, y a diferencia de los que sucede con la patria potestad, que se detenta siempre de forma gratuita. Sin embargo, este derecho se condiciona a la que el patrimonio de la persona tutelada «lo permita». La doctrina difiere sobre si la retribución solamente puede gravar las rentas, frutos o rendimientos de los bienes de la persona tutelada -y solamente procede cuando estos existen- o si también puede recaer sobre su patrimonio -capital-⁴³. En la práctica, dado que en la

⁴³ Javier LETE DEL RÍO, «Comentario a los arts. 215 a 313», *Ob. Cit.*, p. 403, defiende que la retribución de la persona tutora no puede gravar el capital de su patrimonio; mientras que RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ -CANO, *Ob. Cit.*, p. 593, sostiene la posición contraria.

mayoría de los casos los patrimonios en cuestión son muy reducidos o inexistentes, no procede la retribución del tutor o tutora y el cargo se detenta de forma gratuita, lo que enlaza con la idea de la tutela como función.

La doctrina ha debatido sobre si solamente tienen derecho a retribución por el cargo las personas físicas o también las jurídicas⁴⁴. En nuestra opinión no cabe descartar la posibilidad de retribución también de estas últimas cuando el patrimonio de la persona menor lo permite, porque ello no es necesariamente incompatible con la ausencia de carácter lucrativo que se requiere a la persona jurídica, hasta el punto de que, en algunos casos, incluso puede contribuir a mejorar el funcionamiento y a la subsistencia de la propia persona jurídica tutora⁴⁵. Sin embargo, entendemos que se limita a los supuestos de tutela ordinaria y no corresponde en caso de tutela administrativa de las entidades públicas.

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica elimina la referencia que establecía el art. 274 CC en el sentido de que en la determinación de la retribución la autoridad judicial debía procurar «en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes». El establecimiento de estos límites orientadores mínimo y máximo había sido criticado por la doctrina que abogaba por su determinación en función del caso concreto.

Actualmente, cuando los progenitores hayan designado a la persona tutora en testamento o documento público notarial pueden establecer el modo de percibir la retribución y su cuantía, aunque la autoridad judicial puede modificar estas previsiones si lo estima conveniente para el interés de la persona menor. En defecto de esta previsión de los progenitores, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirla, para lo que tendrá en cuenta el trabajo a realizar -exigencia de profesionalidad no, compatibilidad con la vida laboral, etc- y el valor y rentabilidad de los bienes -frutos, rentas o rendimiento líquido que produzcan- (arts. 229 CC y 48 LJV).

Desde luego que, si la tutela es plural, el derecho a retribución afecta a todas las personas tutoras.

⁴⁴ Vid. BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, «Comentario al art. 229», *Ob. Cit.*, 416.

⁴⁵ En este sentido se manifiesta la SAP Guadalajara en el Auto núm. 61/2017, de 30 junio (AC 2017, 1404) y los Autos en él citados.

Cabe defender que, si el nombramiento de la persona tutora se ha realizado atendiendo a su cualificación profesional necesaria para atender los asuntos de la tutelada, la retribución comprenda el pago de dichos servicios.

Y aunque no lo diga expresamente la ley, la autoridad judicial puede modificar la retribución fijada ante un cambio de circunstancias (por ejemplo, aumenta o disminuye considerablemente el patrimonio de la persona tutelada o varía el trabajo que debe desempeñar la persona tutora).

La retribución podrá hacerse efectiva con la periodicidad que determine la autoridad judicial o, en su caso, los progenitores (que es lo más habitual) y se podrá cuantificar por tanto alzado, como porcentaje de los rendimientos, como valor del trabajo desempeñado o de servicios prestados, o de cualquier otra forma.

Los progenitores que designan la persona tutora también pueden establecer que la ésta haga suyos los frutos de los bienes de la persona tutelada a cambio de prestarle los alimentos, si bien la autoridad judicial puede dejar sin efecto esta previsión o establecerla aun cuando nada hubiesen dispuesto los progenitores, si lo estimase conveniente para el interés de la persona menor (art. 229 CC). En este punto, hay que recordar que la persona tutora no tiene obligación de alimentos para con la tutelada (solamente de procurárselos en los términos del art. 228 CC), de modo si los presta a cambio de los frutos de los bienes de la tutelada, estos no suponen, en principio una retribución⁴⁶. Solamente el exceso de los frutos de los bienes, después de cubrir las necesidades alimenticias de la persona tutelada, tendrá la consideración de retribución de la tutora⁴⁷. El art. 48 LJV regula el procedimiento a seguir para fijar, modificar o extinguir la retribución de la tutela.

De otra parte, la persona tutora tiene derecho a ser indemnizada, con cargo a los bienes de la tutelada, por los daños y perjuicios que sufra en el ejercicio de la tutela cuando concurren una serie de requisitos (art. 280 CC). Este derecho fue introducido por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela y se hallaba ubicado entre las disposiciones generales aplicables a la tutela, la curatela y la guarda de los menores o incapacitados. Tras su última modificación, se refiere solamente a la tutela sin que se prevea una norma paralela para la curatela, aunque sí para la guarda de hecho (art. 266 CC).

⁴⁶ La declaración de la compensación de frutos por alimentos se debe hacer constar en el Registro Civil por medio de notación (art. 290 RRC).

⁴⁷ En el mismo sentido Blanca SÁNCHEZ ARRIBAS, «Comentario al art. 229 CC», *Ob. Cit.*, p. 418.

La norma que contiene este precepto debe ponerse en relación con el art.1729 CC que, en sede de mandato, dispone que el mandante debe indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario. La analogía entre ambos preceptos evidencia que la persona tutora recibe el mismo trato que la mandataria a estos efectos.

En este caso, el derecho de resarcimiento se considera una contrapartida a la obligatoriedad del cargo y es coherente con el principio de indemnidad por la gestión de negocios ajenos que se establece con carácter general en el art. 1893 CC.

El derecho de la persona tutora a la indemnización existirá cuando los daños y perjuicios sufridos, materiales o morales, sean consecuencia del ejercicio de la función tutelar, es decir, cuando exista una relación de causalidad⁴⁸ (art. 230 CC). Así, del cumplimiento de las obligaciones específicas de la tutela recogidas en la ley (art. 228 CC) o de ejecutar las instrucciones impartidas por los progenitores o por la autoridad judicial, con la diligencia debida.

También se requiere la ausencia de culpa de la persona tutora, por lo que no procede la indemnización cuando una sentencia haya declarado la concurrencia de culpas, pero sí cuando el daño es debido a un caso fortuito o fuerza mayor. Y se dispone la subsidiaridad de esta acción de resarcimiento que solamente procede de no poder obtener por otro medio su resarcimiento. Lo que implica que se excluye esta indemnización cuando los daños están cubiertos por un seguro o pueden reclamarse a la tercera persona, ajena a la relación tutorial, que los haya ocasionado.

Además, al ser la indemnización con cargo a los bienes de la persona tutelada, su patrimonio supone un límite a la responsabilidad de modo que, si no resulta suficiente para hacer frente a la reparación una vez atendidas las necesidades de la persona tutelada, no procederá el resarcimiento. Algunos autores van más allá y defienden que, aunque el art. 230 CC no lo disponga expresamente, los postulados básicos de la institución tutelar exigen que la efectividad de la indemnización de daños y perjuicios deje a salvo lo indispensable para atender a la persona tutelada⁴⁹.

⁴⁸ En el mismo sentido Marta ORDÀS ALONSO, «Comentario al art. 230 CC», *Ob. Cit.*, p. 441.

⁴⁹ Vid, en este sentido, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1984, p. 510.

En todo caso hay que subrayar que los daños y perjuicios, de un parte, no pueden confundirse con los gastos que ocasiona la tutela, al reembolso de los cuales tiene derecho la persona tutora conforme el art. 229 CC. De otra parte, dichos daños y perjuicios tampoco pueden derivar de la falta de retribución de la actividad o servicios prestados por la persona tutora a la tutelada, porque en este caso se trataría de una remuneración de la tutela que deben fijar los progenitores o la autoridad judicial y que solamente procede para el caso que el patrimonio de la persona tutelada lo permita (art. 229 CC). Tampoco serían resarcibles las pérdidas sufridas por la persona tutora por falta de atención a sus propios intereses como consecuencia de la dedicación al ejercicio de la tutela que, en todo caso, aunque esta situación puede calificar la tutela de excesivamente gravosa y alegarse como causa de excusa del cargo (ex. art. 279 CC)⁵⁰.

Puede plantearse si con base en el art. 230 CC, la persona tutora puede reclamar a la tutelada las cantidades que haya abonado en concepto de la responsabilidad extracontractual frente a terceras personas, derivada de los daños y perjuicios causados por la tutelada (art. 1903.3 CC). En principio, la respuesta parece que debería ser negativa pues, conforme el último apartado de este precepto dicha responsabilidad cesará cuando la persona tutora pruebe que empleó «toda a diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», por lo que solamente se generará si se demuestra la culpa *in vigilando* o *in educando* de la tutora y, entonces, existiendo culpa la tutora no tendrá el derecho de resarcimiento⁵¹.

El proceso por el que deben reclamarse los daños y perjuicios provocados por el ejercicio de la tutela es el que corresponda por razón de la cuantía. Al no precisarse el plazo de ejercicio de la acción, parece que habrá de aplicarse el general de las acciones personales, de cinco años, a contar desde que se produjeron o se conocieron los daños y perjuicios (art. 1964 CC).

10. LA EXTINCIÓN DE LA TUTELA

⁵⁰ Es de la misma opinión Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGrawHill, Madrid, 1997, p. 417; en contra, Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil», *Ob. Cit.*, p. 505, defiende que lo que se ha dejado de ganar en el ejercicio de la profesión u oficio como consecuencia de la dedicación a la tutela forma parte de los perjuicios sufridos que pueden ser objeto de resarcimiento.

⁵¹ Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Idem*, p. 508, afirma que la condena de a responsabilidad civil de la persona tutora con base en el art. 1903.3 CC no puede estimarse suficiente para excluir la aplicación del art. 230 CC, si bien si puede contribuir a crear la presunción de comportamiento culposo. En todo caso, si la sentencia contiene algún pronunciamiento que afirme la culpa de la persona tutora, éste impedirá la aplicación del art. 230CC.

Es preciso distinguir entre la extinción de la tutela y el cese del cargo de tutor o tutora. Este último no implica que la tutela se extinga, sino que debe designarse otra persona que lo ejerza mientras subsista la causa que motivó la constitución de la tutela. Son causas de cese del cargo la muerte o declaración de fallecimiento de la persona física tutora o la extinción de la persona jurídica; la remoción del tutor o tutora y la aceptación de una excusa sobrevenida.

El art. 231 CC enumera en cuatro apartados las siguientes causas de extinción de la tutela que son comunes a la tutela ordinaria y a la tutela administrativa:

- 1) La mayoría de edad, la emancipación o la concesión del beneficio de la mayoría de edad de la persona menor.

La reforma la capacidad de las personas introducida por la Ley 8/2021 configura la tutela como una institución de protección de las personas menores de edad, de modo que ninguna persona mayor de edad puede quedar sometida a ella. Siendo así, la mayoría de edad extingue siempre la tutela. Ello no obsta para que antes de que se extinga la tutela, pueda acordarse una medida de apoyo para cuando esta concluya (art. 254 CC).

Junto a la mayoría de edad, el precepto se refiere a la emancipación y la concesión del beneficio de la mayoría de edad, lo que supone una reiteración innecesaria. Una mejor técnica legislativa debería obviar aquí una de las dos situaciones, que coinciden o se identifican necesariamente, pues el único supuesto legalmente previsto de emancipación de la persona tutelada es la concesión del beneficio de la mayoría de edad, que otorga la autoridad judicial, previo informe del Ministerio Fiscal, a la persona sujeta a tutela mayor de dieciséis años que lo solicite (art. 245 CC)⁵².

- 2) La adopción de la persona menor.

En el supuesto de adopción de la persona menor se extingue la tutela porque ésta queda sujeta a la patria potestad de los padres adoptivos. Hay que tener presente que la tutela se configura como una medida de protección de las personas menores subsidiaria y substitutiva a la patria potestad.

⁵² Téngase en cuenta que conforme el art. 243 CC no parece posible que la persona menor sujeta a tutela pueda alcanzar la emancipación por vida independiente. En este sentido Matilde CUENA CASAS, «Comentario a los artículos 215 a 221 y 259 a 285 CC», en *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed. Bosch, Barcelona, 2004, p. 1937.

Para el caso de que la persona tutora solicitara la adopción de la tutelada, debería nombrarse una defensa judicial que representara a la tutelada en la necesaria aprobación previa de la cuenta general de la tutela (art. 175.3.3 CC).

3) La muerte o declaración de fallecimiento de la persona menor.

Lógicamente en estos casos ya no tiene sentido la institución de protección. En el caso de la declaración de fallecimiento, si aparece la tutelada puede resurgir la tutela siempre que siga siendo menor de edad y no se halle sujeta a patria potestad.

El precepto no contempla el supuesto de la ausencia de la persona tutelada como un caso de extinción de la tutela. La mayoría de la doctrina defiende que no es necesario nombrar una representante legal de la tutelada ausente distinta de la persona tutora, aunque sí habrá que aplicarle el régimen legal de la representación de la persona ausente (art. 185 y ss.)⁵³.

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.

Con la recuperación de la patria potestad de los padres la persona menor queda sujeta a ella y ya no precisa la tutela. Es la lógica consecuencia de que la tutela es subsidiaria y substitutiva a la patria potestad. En estos casos, es necesario un pronunciamiento judicial que extinga la tutela.

La doctrina añade a las causas de extinción de la tutela enumeradas en el art. 231 CC, la determinación de la filiación -materna o paterna- de la persona tutelada, cuando tenga como efecto la atribución de la patria potestad; esto es, siempre que no concurra alguna de las causas mencionadas en el art. 111 CC que excluyen la patria potestad.

También hay que tener presente que la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, ha modificado el art. 172.5 CC introduciendo una nueva regulación de la extinción de la tutela ejercida por la Entidad Pública, que se producirá cuando desaparezcan las causas que motivaron su asunción; cuando la persona menor se haya trasladado voluntariamente a otro país; se encuentre en territorio de otra Comunidad Autónoma, en cuyo caso se procederá al traslado del

⁵³ Vid. Hernán ÁLVAREZ ÁLVAREZ, «Comentario a los artículos 211 a 224 y 231 a 234 del Código Civil», *Ob. Cit.*, p. 426.

expediente de protección; o hayan transcurrido doce meses desde que la menor abandonó voluntariamente el centro de protección, encontrándose en paradero desconocido.

11. LA RENDICIÓN FINAL DE CUENTAS

En la tutela ordinaria, al cesar en el cargo, la persona tutora debe rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de su administración en un plazo de tres meses prorrogable (art. 232 CC). Esta obligación se suma a la obligación de rendir cuentas con periodicidad anual (art. 228 CC) y se configura, también, como un mecanismo de vigilancia o control de la tutela por la autoridad judicial (art. 200 CC) sin perjuicio de las facultades que se confieren al Ministerio Fiscal (ex. art. 209 CC). En este caso, se trata de presentar a aprobación judicial las cuentas definitivas de la tutela -las cuentas anuales pueden entenderse como provisionales pendientes de la aprobación de la cuenta general-.

La mayoría de la doctrina interpreta que resta redición final de cuentas solamente se refiere a la administración del patrimonio de la persona tutelada y que, a diferencia de lo que ocurre con las cuentas anuales, no incluye los aspectos personales de la tutela⁵⁴. Se habrá de presentar un informe detallado de todas las operaciones económicas que ha llevado a cabo la persona tutora en la administración del patrimonio de la tutelada, a salvo de las que carezcan de importancia por su escasa cuantía, y adjuntar el soporte documental pertinente. Del informe se debe deducir que la gestión económica se ha efectuado conforme a la diligencia debida, que es la propia de una persona razonable y prudente (art. 228 CC). La rendición de cuentas comporta, asimismo, la restitución de los bienes a su titular (art. 233.2 CC).

La obligación de rendir cuenta general corresponde a la persona tutora cuando cesa en el cargo, con independencia de que dicho cese sea consecuencia de la extinción de la tutela o se deba a otra causa (excusa, remoción, etc.) que provoque que la tutela continúe con el nombramiento de una nueva tutora. Si los cargos de tutela de la persona y de los bienes corresponden a personas distintas solamente debe rendir cuentas el tutor o tutora de los bienes. Por el contrario, en caso de tutela conjunta sin funciones divididas habrán de rendir cuentas todas las personas tutoras, cada una del ámbito de gestión que le fue encomendado.

⁵⁴ Aunque algunos autores consideran que el ámbito de la redición final de las cuentas abarca también los aspectos personales de la tutela. Vid. Marta ORDÁS ALONSO, «Comentario al art. 232», Ob. Cit, p. 443.

Si el cese en el cargo se produce por muerte o declaración de fallecimiento de la persona tutora, la cuenta habrán de rendirla sus causahabientes y si se produce por extinción de la persona jurídica, corresponderá a sus liquidadores.

Con la aprobación de la cuenta final cesan las prohibiciones de recibir liberalidades de la persona tutelada y sus causahabientes y la de transmisión entre los patrimonios de la tutora y la tutelada (art. 226 CC) y devienen eficaces las disposiciones testamentarias de la tutelada en favor de la tutora (art. 753 CC).

Conforme el art. 43 LJV, será competente para la aprobación de la cuenta general de la tutela el órgano judicial que haya conocido del expediente de tutela, siempre que la persona menor resida en la misma circunscripción. En caso contrario, 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. Antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, la autoridad judicial oirá también, en su caso, al nuevo tutor y a la persona que hubiera estado sometida a tutela o a sus herederos (parece que además de a la persona tutelada) (arts. 232.3 CC y 51 LJV).

Aunque no se especifica en la ley, hay que entender que están legitimadas para exigir la rendición de cuentas, cuando la tutora no cumple voluntariamente, la persona tutelada o sus herederas y también la nueva tutora que, en su caso, sustituya la cesada.

El plazo para rendir cuentas es de tres meses desde que se produce el cese del cargo para cumplir con su obligación, aunque la autoridad judicial puede prorrogarlo por el tiempo necesario cuando aprecie justa causa para ello (arts. 232CC y 51.4 LJV). Transcurrido este plazo, se inicia el cómputo de los cinco años de prescripción de la acción para exigir la rendición de cuentas

La rendición final de cuentas contendrá todas las gestiones y actos de naturaleza patrimonial realizados por la persona tutora como representante de la tutelada. Incluirá un inventario con ingresos y gastos que se acompañará con los documentos justificativos pertinentes, aunque podrán utilizarse también otros medios de prueba que acrediten las actuaciones realizadas. No es necesario justificar los gastos de escasa importancia en relación al patrimonio administrado.

En todo caso, la aprobación judicial de las cuentas no limita el ejercicio de las acciones que puedan corresponder a las personas tutoras y tuteladas (art. 232 in fine CC i 51.5 LJV). La aprobación judicial se circunscribe a las operaciones contables efectuadas por la tutora y no prejuzga la corrección del resto de actuaciones, por lo que deja a salvo las

acciones dirigidas al resarcimiento de los daños y perjuicios que puedan haber sufrido la tutora o la tutelada como consecuencia de la relación de tutela (arts. 230 y 234 CC); así como las que corresponden a la tutora para el reembolso de los gastos o cantidades anticipadas o la reclamación de la retribución fijada (art. 229 CC).

Los gastos necesarios que comporte la rendición de cuentas serán a cargo del patrimonio de la persona tutelada, conforme establece el art. 233 CC. Por la situación del precepto cabe interpretar que se refiere a los gastos provocados por la rendición de la cuenta general de la tutela, si bien el resto de gastos justificados (entre otros los provocados por las rendiciones de cuentas anuales) también serán a cargo de dicho patrimonio, conforme el art. 229 CC. Debe tratarse de gastos necesarios, de modo que los que no tienen este carácter, así los que podrían haberse evitado, serán a cargo de la persona tutora.

El saldo de la cuenta general que presenta la persona tutora puede consistir en un saldo favorable a esta o, por el contrario, en un saldo favorable a la persona tutelada. En todo caso, la norma busca evitar que se demore el cumplimiento de las obligaciones de hacer efectivos los créditos que se derivan de la aprobación de las cuentas. Para ello dispone la obligación de abonar intereses legales, a modo de indemnización de los daños y perjuicios por el retraso en el cumplimiento, aunque prevé un trato más favorable para la persona tutelada con base en el principio de su mayor beneficio. Así:

Para el caso de que el saldo sea a favor de la persona tutora -que resulte acreedora de la tutelada-, el interés legal devengará desde el requerimiento para el pago, previa restitución de los bienes a su titular. Lo que significa que para que la deuda devengue interés legal, la persona tutora debe haber cumplido previamente con su obligación de restituir los bienes de la tutelada. Y debe requerir para el pago a la tutelada para que esta incurra en mora, así que la mora no es automática. Además, la exigencia previa de la entrega de los bienes elimina la posibilidad de un derecho de retención sobre los mismos por parte de la persona tutora hasta el cobro de su deuda.

Si el saldo de la cuenta general es contra la persona tutora -que resulta deudora de la tutelada-, el interés legal devengará una vez transcurridos tres meses de la aprobación de la cuenta. En este caso, la mora sí es automática y no precisa el requerimiento de pago por parte de la persona tutelada.

Sorprende en este último caso, que se establezca el plazo de los tres meses desde la aprobación de la cuenta para el devengo de los intereses legales en contra de la persona tutora. Este plazo ha sido introducido por la Ley 8/2021 y no se preveía en el derogado

art. 285 CC. Probablemente lo que busca es que la mora automática no tenga como efecto precisamente el contrario del pretendido, esto es, el retraso de la rendición de cuentas; la persona tutora espera hasta el final del plazo de los tres meses del que dispone para rendir cuentas para retrasar el máximo el pago y evitar los intereses legales que se devengan si la cuenta se aprueba antes de dicho plazo. Sin embargo, si esta era la intención, lo coherente habría sido disponer que el interés legal devengará una vez transcurridos los tres meses del cese del tutor o tutora (fecha límite de la presentación de la cuenta) y no una vez transcurridos los tres meses de la aprobación de la cuenta. Con la actual redacción sigue conviniendo al tutor o tutora agotar el plazo legal de los tres meses para la rendición de cuentas.

12. LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA TUTORA

La persona tutora responde por los daños que cause su actuación a la tutelada. Esta regla ha sido introducida en el art. 234 CC por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, de forma paralela a la que consagra la responsabilidad de la persona curadora en términos similares el art. 294 CC.

La responsabilidad de la persona tutora deriva del incumplimiento o el cumplimiento negligente de sus obligaciones que causa daños a la persona menor y es la sanción que prevé el ordenamiento jurídico a la falta de la diligencia exigida a quien detenta las funciones tutelares. Es consecuencia de la vulneración del principio del beneficio de la persona menor que exige que todas las actuaciones que se lleven a cabo en el ejercicio de la tutela respondan al interés de la persona menor y a la protección de sus derechos, atendidas las circunstancias del caso concreto.

Concretamente, esta acción se dirige a resarcir los daños ocasionados a la persona tutelada por el incumplimiento o el cumplimiento negligente de las obligaciones recogidas en el art. 228 CC; el incumplimiento o cumplimiento negligente de la obligación de rendir la cuenta general conforme al art. 232 CC; la mora en el pago del saldo deudor de las cuentas finales conforme el art. 233 CC; o de la contravención de alguna de las prohibiciones dispuestas en el art. 226 CC⁵⁵.

⁵⁵ En orden a la naturaleza de la responsabilidad de la persona tutora por los daños causados por su actuación, la STS 304/2021, de 12 de mayo, precisa que «no estamos en el ámbito de aplicación del art. 1902 CC, sino en el de los arts. 1101 y ss. CC, que no se limitan a la responsabilidad que nace de contrato, sino que se refieren a los daños y perjuicios causados por "los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas"».

El hecho que da lugar a responsabilidad, como se ha visto, puede ser a la vez una causa de remoción (arts. 224, 278 CC). También puede constituir el ilícito penal tipificado en el art. 226 CP.

Es preciso recordar aquí que la aprobación judicial de la cuenta final no impide el ejercicio de esta acción de responsabilidad contra la persona tutora. En este sentido se expresa el art. 232.4 CC.

La legitimación para el ejercicio de la acción de responsabilidad corresponde, en caso de cese de la persona tutora, a la propia persona menor cuando alcance la mayoría de edad o antes a su nueva representante legal; y si la tutela se extingue por el fallecimiento de la tutelada, también sus herederos o herederas.

El proceso por el que deben reclamarse los daños y perjuicios provocados por el ejercicio de la tutela es el que corresponda por razón de la cuantía. Y el plazo de prescripción de la acción se establece en tres años contados desde la rendición final de cuentas (art. 234.2 CC).

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H,

- «Comentario a los artículos 211 a 224 y 231 a 234 del Código Civil», en GUILARTE MARTÍN CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 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». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 112, enero-junio 2021, págs. 499-555.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «Comentario a los arts. 239, 242, 271.1 y 303 1 306CC» en AMORÓS GUARDIOLA, M.- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Coord.), *Comentarios a la reforma de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.

BERROCAL LANZAROT, A.I., «El régimen de la tutela tras la Ley 8/2021, de 2 de junio», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 791, 2002, págs. 1673 a 1735.

CAÑIZARES LASO, A., DE PABLO CONTRERAS, P., ORDUÑA MORENO, J. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (Dirs.), *Código Civil Comentado*, Vol. I, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2008.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. Y GARCÍA MAYO, M. (Dirs.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

CUENA CASAS, M. «Comentario a los artículos 215 a 221 y 259 a 285 CC», en *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2004.

GARCÍA CANTERO, G., «El nuevo régimen de la tutela», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 26, 1985, págs. 405-442.

GARCÍA GARNICA, M.C., «Comentario a los arts. 215 a 233 CC», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GARCÍA PÉREZ, R., «La tutela dual de los abuelos. Una nueva excepción al principio de unipersonalidad en la tutela», *Actualidad Civil*, núm. 4, 1997, p. 1103-1115.

GARCÍA RUBIO, MP.; MORO ALMARAZ, MJ. (Dir.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Civitas, Madrid, 2022

GÓMEZ OLIVEROS, J.M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 60, Nº 565, 1984, p. 1407-1448.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, McGrawHill, Madrid, 1997.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.) *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi, Pamplona 2021.

HUALDE SÁNCHEZ, J., «Comentario a los arts. 243 a 251.1 CC» en AMORÓS GUARDIOLA M.-BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Coord.), *Comentarios a la reforma de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.

LETE DEL RÍO, J.M., «Comentario a los artículos 215 a 313 CC» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, T.III*, 2ª ed. Edersa, Madrid, 1985.

LÓPEZ AZCONA, A., «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, n.º 2185, enero 2016, pp. 3-89.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., «En torno al nuevo artículo 220 del Código Civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 257, 4 (octubre), 1984, p. 501-516

MAYOR DEL HOYO, M.V., «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: Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

NAVARRO MENDIZÁBAL, I.A., «Comentario a los artículos 222 a 258 CC», en *Comentarios al Código Civil*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2004.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L., «Riesgo, desamparo y guarda: su regulación tras la reforma legislativa del sistema de protección a la infancia y adolescencia», en *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXI, 2018, fasc. I, p. 111-152.

ORDÁS ALONSO, M., «Comentario a los artículos 199 a 234 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.) *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

PARRA LUCÁN, M.A., «Minoría de edad», en M^a del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA (Dir.), Judith SOLÉ RESINA (Coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, T.I, Civitas, p. 579-641.

POUS DE LA FLOR, M.P. Y TEJEDOR MUÑOZ, L. (Coords.), «Protección jurídica del menor», Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

ROGEL VIDE, C., «Comentario a los artículos 222 a 233 CC» en *Comentarios al Código Civil*, T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991

SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «Comentario a los artículos 225 a 230 del Código Civil», en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2021.

SERRANO ALONSO, E., «Comentario a los artículos 222 a 285CC» en *Comentario del Código Civil*, T.II, 2^a ed. Bosch, Barcelona, 2004.

SERRANO CHAMORRO, M. E., «Actos sujetos a autorizaciones y prohibiciones por las personas que ejercen cargos tutelares o medidas de apoyo», *Actualidad Civil*, número 94, enero-marzo, 2022, págs. 39-60.

UREÑA MARTÍNEZ, M., «Novedades más significativas en el Código Civil en materia de menores tras la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 15, 2015, pp. 145-148.

VENTOSO ESCRIBANO, A., *La reforma de la tutela*, Colex, Madrid, 1985.

Fecha de recepción: 06.02.2023

Fecha de aceptación: 30.06.2023