**DERECHO CIVIL**

**TEMA 77**

**LA TUTELA (I). PRINCIPIOS GENERALES DEL CÓDIGO CIVIL.** **PERSONAS SUJETAS A TUTELA.** **DELACIÓN DE LA TUTELA. CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA.**

**LA TUTELA (I). PRINCIPIOS GENERALES DEL CÓDIGO CIVIL.**

La tutela se ha configurado tradicionalmente como una institución supletoria de la patria potestad, con una finalidad protectora y representativa de los menores que no están sujetos a tal potestad.

La tutela tiene su origen en el derecho romano, cuyo sistema tutelar distinguía lo esencial dos instituciones diferentes de protección, la tutela y la curatela, distinción que radicaba en las diferentes funciones entre el tutor y curador ya que:

1. Lo característico de la tutela era la *auctoritas interpositio*, esto es, la necesaria intervención del tutor para que los actos del pupilo fuesen válidos, a lo que solía acompañar la *gestio* o administración de los bienes, aunque no era imprescindible.
2. En cambio, la curatela se limitaba a la mera *gestio* o facultad del curador de administrar los bienes del incapaz, realizando los actos necesarios para ello.

Esta organización tutelar es la que recogen las Partidas, si bien la redacción originaria del Código Civil de 24 de julio de 1889 se inspiró en el sistema de tutela de familia, tomado del Código de Napoleón, atribuyendo al tutor el ejercicio de las funciones de protección de los menores, bajo la vigilancia de protutor y de un consejo de familia en cuyo seno se trataban las cuestiones de mayor importancia.

Tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, la Ley de 24 de octubre de 1983 dio nueva redacción a los preceptos del Código Civil relativos a la tutela, atribuyendo al tutor funciones protectoras y representativas, no sólo de menores, sino también de personas incapacitadas judicialmente, e intensificando la intervención judicial en la constitución y ejercicio de la tutela.

Finalmente, la Ley de Apoyo a las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica de 2 de junio de 2021 ha vuelto a modificar la regulación de la tutela, y ha eliminado de su ámbito subjetivo a los mayores de edad y menores emancipados que, debido a sus específicas circunstancias personales, requieran de medidas de apoyo o asistencia en el ejercicio de su capacidad, que en la nueva regulación están sujetos a curatela.

De esta forma, la tutela se regula junto a la guarda de menores en el Título IX del Libro I del Código Civil, siendo los principios generales de esta regulación los siguientes:

1. La tutela es una institución supletoria de la patria potestad, que el artículo 154 del Código Civil refiere exclusivamente a los menores de edad no emancipados. Por ello, quedan excluidos de tutela los menores de edad emancipados, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor será atendido por un defensor judicial, conforme a los artículos 235.3º y 247 del Código Civil.
2. La tutela, con independencia de las disposiciones que rijan la determinación de quién debe ejercerla, nace por decisión judicial, disponiendo al respecto el artículo 208 del Código Civil que “la autoridad judicial constituirá la tutela mediante un expediente de jurisdicción voluntaria”.
3. La tutela se configura como deber que cumple el tutor en beneficio del tutelado, lo que se refleja en los siguientes preceptos:
4. El artículo 200 del Código Civil, que dispone que “las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial.

Las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 (con relación a los menores sujetos a patria potestad) podrán ser acordadas también por la autoridad judicial en todos los supuestos de tutela de menores, en cuanto lo requiera el interés de estos.

Si se tratara de menores que estén bajo la tutela de una entidad pública, estas medidas solo podrán ser acordadas por la autoridad judicial de oficio o a instancia de dicha entidad, del Ministerio Fiscal o del propio menor. La entidad pública será parte en el procedimiento y las medidas acordadas serán comunicadas a ésta, que dará traslado de dicha comunicación al director del centro residencial o a la familia acogedora”.

1. El artículo 209 del Código Civil, que dispone que “la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de la persona menor de edad o de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor y del estado de la administración de la tutela”.
2. El artículo 210 del Código Civil, que dispone que “la autoridad judicial podrá 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 del tutelado.

Asimismo, en cualquier momento podrá exigir del tutor que informe sobre la situación del menor y del estado de la administración”.

1. El artículo 212 del Código Civil, que dispone que “podrán ser tutores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores”.
2. El artículo 222 del Código Civil, que dispone que “la tutela de los 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”.
3. El artículo 227 del Código Civil, que dispone que “los tutores ejercerán su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos.

Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela podrán recabar el auxilio de la autoridad”.

**PERSONAS SUJETAS A TUTELA.**

Establece con carácter taxativo el artículo 199 del Código Civil que “quedan sujetos a tutela:

1º. Los menores no emancipados en situación de desamparo.

2º. Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad”.

Respecto de los primeros, el artículo 172 del Código Civil establece que “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 de un menor se declara por resolución administrativa, disponiendo este mismo precepto que “cuando la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo y deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal y, en su caso, del Juez que acordó la tutela ordinaria”, añadiendo que “la asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria”.

Respecto de los segundos, su no sujeción a patria potestad puede obedecer a diferentes razones: muerte de los padres o pérdida de capacidad de éstos para ejercer las funciones propias de la patria potestad, indeterminación de la filiación paterna y materna, privación de la patria potestad a los dos progenitores, etcétera.

**DELACIÓN DE LA TUTELA.**

La delación de la tutela es el llamamiento de la persona o personas que han de ejercer la función tutelar.

El Código Civil prevé tres tipos de delación de la tutela, a saber:

1. Delación testamentaria, en la que el llamamiento al ejercicio de la función tutelar lo hacen los titulares de la patria potestad, y que está regulada por los siguientes preceptos del Código Civil:
2. El artículo 201, que dispone que “los progenitores podrán en testamento o documento público notarial designar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores”.
3. El artículo 202, que dispone que “las designaciones (de los progenitores) vincularán a la autoridad judicial al constituir la tutela, salvo que el interés superior del menor exija otra cosa, en cuyo caso dictará resolución motivada”.
4. El artículo 203, que dispone que “cuando existieren disposiciones de los progenitores hechas en testamento o documento público notarial de los progenitores, 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 del menor”.
5. El artículo 204, que dispone que “serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público notarial sobre la tutela si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad”.
6. Delación legítima, en la que el llamamiento al ejercicio de la función tutelar lo hace la ley, estando regulada por el artículo 213 del Código Civil, que dispone que “para el nombramiento de tutor se preferirá:

1º. A la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial.

2º. Al ascendiente o hermano que designe la autoridad judicial.

Excepcionalmente, en resolución motivada, se podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el interés superior del menor así lo exigiere. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor”.

Es también delación legítima la de los tutores de los menores que se encuentren en situación de desamparo, ya que conforme al artículo 222 del Código Civil su tutela “corresponderá por ministerio de la ley a la entidad pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección de menores. No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas físicas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste”.

En este caso, “previamente a la designación judicial de tutor, o en la misma resolución, deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o la remoción del tutor, en su caso.

Estarán legitimados para ejercer las acciones de privación de patria potestad, promover la remoción del tutor y solicitar el nombramiento de tutor de los menores en situación de desamparo, el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los llamados al ejercicio de la tutela”.

1. Delación dativa, en la que el llamamiento al ejercicio de la función tutelar lo hace el juez, estando regulada por el artículo 214 del Código Civil, que dispone que “en defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior, la autoridad judicial designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en el interés superior de este, considere más idóneo”, añadiendo el artículo 215 del Código Civil que “si hubiere que designar tutor para varios hermanos, se procurará que el nombramiento recaiga en una misma persona”.

Por otro lado, la regla general es la delación unipersonal, si bien con excepciones, disponiendo al respecto el artículo 218 del Código Civil que “la tutela se ejercerá por un solo tutor salvo:

1º. 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, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.

2º. 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.

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

Para este último caso, el artículo 219 del Código Civil establece que “si los progenitores lo hubieren dispuesto de modo expreso, se podrá resolver, al efectuar el nombramiento de tutores, que éstos puedan ejercitar las facultades de la tutela con carácter solidario.

De no mediar tal clase de nombramiento y, sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 1.º del artículo anterior, las facultades de la tutela encomendadas a varios tutores habrán de ser ejercitadas por éstos conjuntamente, pero valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número. A falta de tal acuerdo, la autoridad judicial, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente madurez, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela, podrá la autoridad judicial reorganizar su funcionamiento e incluso nombrar nuevo tutor”.

Además, se prevén dos reglas para todos los casos de pluralidad de tutores, a saber:

1. De un lado, el artículo 220 del Código Civil dispone que “si los tutores tuvieren sus facultades atribuidas conjuntamente y hubiere incompatibilidad u oposición de intereses en alguno de ellos para un acto o contrato, podrá este ser realizado por el otro tutor o, de ser varios, por los demás en forma conjunta”.
2. De otro lado, el artículo 221 del Código Civil establece que “en los casos de que por cualquier causa cese alguno de los tutores, la tutela subsistirá con los restantes a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso”.

Por último, relacionada con la delación está la previsión del artículo 205 del Código Civil, que prescribe que “el que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor podrá establecer las reglas de administración y disposición de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarlas. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor”.

**CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA.**

Como he indicado con anterioridad, conforme al artículo 208 del Código Civil la tutela se constituye por resolución judicial recaída en expediente de jurisdicción voluntaria.

Respecto de la iniciación de este expediente, el artículo 206 del Código Civil dispone que “estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona física o jurídica bajo cuya guarda se encuentre el menor y, si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados”.

Por su parte, el artículo 207 del Código Civil dispone que “cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela, a fin de que se dé inicio al expediente” de constitución de la tutela.

El expediente de constitución de la tutela está regulado por los artículos 44 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio de 2015, y sus características fundamentales son las siguientes:

1. Se inicia a solicitud del Ministerio Fiscal o de cualquiera de las personas previstas en el artículo 206 del Código Civil, indicando en la solicitud los parientes más próximos de la persona respecto a la que deba constituirse la tutela y acompañando, en su caso, el testamento o documento público notarial de los padres en los que se disponga sobre la tutela de sus hijos menores.
2. En el expediente deben ser oído el promotor del mismo, la persona cuya designación se proponga, el Ministerio Fiscal, el menor mayor de 12 años o que tuviere suficiente madurez y parientes más próximos.
3. Tanto el Juez como el Ministerio Fiscal actuarán de oficio en interés del menor y respetando su voluntad, deseos y preferencias en lo que conste, adoptando y proponiendo las medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas.
4. En la resolución que ponga fin al expediente se nombrará al tutor y, en los casos que proceda, se adoptarán medidas de fiscalización, vigilancia y control. Además, excepcionalmente, se podrá exigir al tutor la constitución de fianza.
5. La resolución es susceptible de recurso de apelación, y una vez firme y, en su caso, prestada la fianza, se levantará acta en la que conste la aceptación del cargo y la toma de posesión del mismo, certificación de la cual se entregará al tutor.
6. Testimonio de la resolución y del acta se remitirán al Registro Civil a los efectos oportunos.

José Marí Olano

26 de julio de 2021