**DERECHO CIVIL**

**TEMA 76**

**LA TUTELA DE LOS MENORES. DELACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA. INCAPACIDADES, REMOCIÓN Y EXCUSAS. EJERCICIO DE LA TUTELA. EXTINCIÓN.**

**LA TUTELA DE LOS MENORES.**

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 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 de 24 de julio de 1889 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, estudiada en el tema anterior del programa.

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, estudiado en el tema 73 de esta parte del programa, conforme a los artículos 235.3º y 247 del Código Civil.
2. El artículo 199 del Código Civil dispone 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

1. La tutela se configura como deber que cumple el tutor en beneficio del tutelado, tal y como se desprende de las normas que regulan su ejercicio, que examinaré con posterioridad.

**DELACIÓN Y CONSTITUCIÓN DE LA TUTELA.**

**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.**

Con independencia de las disposiciones que rijan la determinación de quién debe ejercer la tutela, ésta nace siempre 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”.

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.

**INCAPACIDADES, REMOCIÓN Y EXCUSAS.**

Dispone el artículo 211 del Código Civil que “podrán ser tutores todas las personas físicas que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y en ellas no concurra alguna de las causas de inhabilidad” que examinaremos a continuación.

Además, el artículo 212 del Código Civil 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”.

**Incapacidades.**

Respecto de las causas de inhabilidad de los tutores personas física, el artículo 216 del Código Civil dispone que “no podrán ser tutores:

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

2º. Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior”.

Además, el artículo 217 del Código Civil añade que “la autoridad judicial no podrá nombrar a las personas siguientes:

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

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

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

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

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

**Remoción y excusa.**

Dispone el artículo 223 del Código Civil que “las causas y procedimientos de remoción y excusa de la tutela serán los mismos que los establecidos para la curatela (estudiados en el tema anterior del programa).

La autoridad judicial podrá decretar la remoción a solicitud de la persona menor de edad si tuviere suficiente madurez. En todo caso será tenida en cuenta su opinión y se le dará audiencia si fuere mayor de doce años.

Declarada la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo tutor”.

**EJERCICIO DE LA TUTELA.**

La tutela se configura como deber que cumple el tutor en beneficio del tutelado lo que se refleja en los siguientes preceptos:

1. 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”.

Por otro lado, los derechos del tutor son los siguientes:

1. Conforme al artículo 229 del Código Civil, el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del menor lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio, correspondiendo establecer la retribución a los progenitores y, en su defecto, al juez.

Podrá también establecerse que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos.

1. Conforme al artículo 230 del Código Civil, el tutor que sufra daños y perjuicios en el ejercicio de la tutela tendrá derecho a la indemnización de estos con cargo a los bienes del tutelado.

Por su parte, los deberes del tutor son los siguientes:

1. Conforme al artículo 227 del Código Civil, “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”.
2. Conforme al artículo 228 del Código Civil, “el tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:

1º. A velar por él y a procurarle alimentos.

2º. A educar al menor y procurarle una formación integral.

3º. A promover su mejor inserción en la sociedad.

4º. A administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida.

5º. A informar a la autoridad judicial anualmente sobre la situación del menor y a rendirle cuenta anual de su administración.

6.º A oír al menor antes de adoptar decisiones que le afecten”.

1. Conforme al artículo 225 del Código Civil, “el tutor es el representante del menor, salvo para aquellos actos que este pueda realizar por si solo o para los que únicamente precise asistencia”.
2. El artículo 226 del Código Civil “prohíbe al tutor:

1º. Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión.

2º. Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.

3º. Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título”.

En cuanto a las responsabilidades del tutor, el artículo 234 del Código Civil dispone que “responderá de los daños que hubiese causado al menor por su culpa o negligencia”, prescribiendo la acción para reclamar esta responsabilidad a los tres años de la rendición final de cuentas.

Finalmente, el artículo 224 del Código Civil establece que “serán aplicables a la tutela, con carácter supletorio, las normas de la curatela”, lo que remite al artículo 287, que regula los actos para los que el curador necesita autorización judicial, examinados en el tema anterior del programa.

**EXTINCIÓN.**

Establece el artículo 231 del Código Civil que “la tutela se extingue:

1º. Por la mayoría de edad, emancipación o concesión del beneficio de la mayoría de edad al menor.

2º. Por la adopción del menor.

3º. Por muerte o declaración de fallecimiento del menor.

4º. 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 ejercitarla de hecho”.

El artículo 232 y 233 del Código Civil regulan la rendición de cuentas por el tutor al juez al cesar en sus funciones, cuyas reglas esenciales son las siguientes:

1. La cuenta general justificada de la administración del tutor se rinde ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa.
2. La acción para exigir la rendición prescribe a los cinco años de la terminación del plazo previsto para efectuarla.
3. Antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, la autoridad judicial oirá en su caso, al nuevo tutor, al tutelado o a sus herederos.
4. La aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al tutelado o a sus causahabientes por razón de la tutela.
5. El saldo de la cuenta general devengará el interés legal, a favor o en contra del tutor.

José Marí Olano

3 de septiembre de 2024