

LA DELACIÓN DE LA TUTELA Y EL NOMBRAMIENTO DEL TUTOR

HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ
PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL
UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. LA REFORMA PROYECTADA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD
3. LA TUTELA EN LA REFORMA PROYECTADA
4. DELACIÓN Y NOMBRAMIENTO DE TUTOR
 - 4.1. Precisiones terminológicas
 - 4.2. Capacidad para ser tutor
 - 4.3. Inhabilidad para ser tutor
 - 4.4. Pluralidad de tutores
 - 4.5. Menores en situación de desamparo
 - 4.6. Remoción del cargo y excusa
5. ENMIENDAS AL ARTICULADO PROYECTADO SOBRE LA DELACIÓN DE LA TUTELA Y EL NOMBRAMIENTO DE TUTOR
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Voy a estructurar mi exposición en varios apartados, comenzando con unas breves alusiones a la reforma proyectada en materia de discapacidad antes de entrar en el estudio de la delación de la tutela y el nombramiento del tutor. Me Centraré solo en los aspectos más relevantes de la reforma, por cuestiones de tiempo, comparándolo con la regulación actual del CC, incidiendo sobre todo en tres aspectos fundamentales: capacidad, inhabilidad y remoción del tutor.

2. LA REFORMA PROYECTADA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

La reforma de la legislación civil y procesal que va a acometer la Ley para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica

(Proyecto de Ley publicado en el BOCG de 17 de julio de 2020) pretende adecuar nuestro ordenamiento jurídico a lo establecido por la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, pasando de un sistema basado en la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a la persona, por otro que pone su énfasis en el respeto a la voluntad de la misma, procurando proporcionar a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los principios en los que se basa la reforma actual son básicamente el derecho a la igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como el principio de necesidad y el de proporcionalidad de las medidas de apoyo que precise para el ejercicio de su capacidad jurídica, que comprende no solo la titularidad de sus derechos sino también la legitimación para ejercitarlos¹.

Nuestro Código Civil contiene una regulación claramente defensora de los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad, mientras que la reforma pretende dar mayor importancia a los aspectos personales. Se les confiere un gran protagonismo y preferencia a las medidas preventivas, es decir, aquellas que puede el interesado constituir en previsión de una futura necesidad de apoyo (poderes y mandatos preventivos y la autotutela). La guarda de hecho, junto con la tutela y el defensor judicial conforman las instituciones de apoyo en la reforma. De todas ellas, la más informal es la guarda de hecho.

Con la reforma las sentencias ya no van a privar o a limitar la capacidad de las personas, sino que se centrarán en valorar y fijar qué apoyos concretos necesita la persona en función de su discapacidad. La sentencia es “un traje a medida”, en atención a las necesidades y circunstancias específicas de cada caso².

3. LA TUTELA EN LA REFORMA PROYECTADA

La tutela pierde la supremacía con la que cuenta en la regulación actual del CC con su carácter de institución representativa de la persona discapacitada, deja

¹ Cfr. VALLS XUFRÉ, J. M.: “La abolición de la incapacitación. El notario y los apoyos a la discapacidad (II)”, *La Notaría*, 1-2/2020, p. 21 y ss. En concreto, el principio de igualdad va referido a la igualdad de todas las personas en el ejercicio de la capacidad jurídica, desapareciendo la distinción entre capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y la capacidad de obrar (distinción rechazada por el art. 12 de la Convención de Nueva York de 2006).

² Cfr. CAMPO IZQUIERDO, A.L.: “Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, *Actualidad Civil*, nº 9, septiembre 2020, LA LEY 11731/2020.

de ser la institución de guarda utilizada más frecuentemente, utilizada tanto para menores (menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad, menores en situación de desamparo y los sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada, al cesar esta, salvo que proceda la curatela³ –con la reforma se suprime la institución de la patria potestad prorrogada y la rehabilitada-) como para incapaces a ella sometidos por decisión judicial. En la reforma la curatela es la institución de apoyo de referencia, junto con el defensor judicial y la guarda de hecho.

Tal y como señala la exposición de motivos del proyecto de ley, la tutela, con su tradicional connotación representativa, se reserva tan solo para los menores de edad que no estén protegidos a través de la patria potestad. Para el caso de los emancipados, cuando necesiten un complemento de capacidad para el ejercicio de determinados actos jurídicos, se encargará de prestárselo un defensor judicial.

No es la primera vez ni mucho menos que se modifica una institución como es la tutela que existe desde el Derecho romano. La inicial regulación contenida en nuestro CC de 1889 fue objeto de reforma adaptando la redacción del Código Civil a la nueva normativa en materia de tutela, gracias a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sobre Reforma de la Tutela, que introdujo la curatela (institución regulada en nuestro Derecho histórico por las Partidas, pero que no fue recogida por el legislador a la hora de redactar el CC de 1889), y que vino a consagrar lo que se denominó el “principio de pluralidad de guarda legal” en nuestro ordenamiento jurídico, frente al sistema anterior de unidad de guarda⁴.

Pero también se modificó la tutela por leyes posteriores, como la LEC 1/2000 (que tras su entrada en vigor el 8 de enero de 2001 dejó sin efectos la vigencia de los art. 202 a 214), la ley 21/1987, de 11 de noviembre (por la que se atribuye por ministerio de la ley la tutela administrativa a las entidades públicas que en el respectivo territorio tengan encomendada la protección de los menores e incapacitados), la ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la LEC, la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, así como la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

³ La sustitución de la patria potestad prorrogada o rehabilitada por la tutela, o en su caso, por la curatela, solo tenía lugar con el fallecimiento, ausencia o incapacidad de los titulares de la patria potestad o por matrimonio del incapacitado.

⁴ Cfr. BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Constitución de la tutela. Nombramiento, capacidad y causas de inhabilidad del tutor”, RCDI, nº 725, 2011, p. 1627.

4. DELACIÓN Y NOMBRAMIENTO DE TUTOR

4.1. Precisiones terminológicas

La Sección 2ª, del Capítulo I (de la tutela), del Título IX (de la tutela y de la guarda de los menores), mantiene la misma rúbrica que la actual Sección 2ª del Capítulo I del Título X del CC (“de la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”), que es “De la delación de la tutela y del nombramiento del tutor”, que precisamente es el título de la presente ponencia.

Antes de comenzar, conviene hacer unas breves precisiones terminológicas de las que se ha venido ocupando la doctrina. Aunque a priori pudiera parecer que la delación y el nombramiento de tutor son dos momentos diferentes y sucesivos, en realidad la tutela comienza con el *nombramiento* del tutor, que se identifica con la constitución. La *delación*, consiste en el llamamiento de una persona a algo, en concreto y por lo que aquí respecta, para desempeñar la tutela. Se trata por tanto, siguiendo a SERRANO ALONSO, de la simple designación de personas que potencialmente pueden llegar a ser tutoras si son nombradas para el cargo⁵.

En este sentido, antes de la reforma del CC por la ley 13/1983, la delación de la tutela podía ser de tres tipos: legítima, testamentaria y dativa. Tras dicha reforma, solo existe una forma de nombramiento del tutor, que es la realizada por el Juez. Por tanto, la tutela desde 1983 y en la reforma proyectada en la actualidad, es judicial, con la excepción de la tutela de los menores desamparados, que se trata de una tutela administrativa automática que se atribuye por ministerio de la ley a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores (en ese caso se habla entonces de tutela legítima). En definitiva, en la constitución y en el funcionamiento de la tutela el Juez tiene un papel predominante y goza de amplias facultades para nombrar tutor. En el sistema actual no existe propiamente dicho una delación u ofrecimiento del cargo, sino más bien un llamamiento preferencial a ciertas personas, siempre buscando el beneficio del menor que en todo caso será apreciado por el Juez⁶.

En definitiva, la constitución de la tutela empieza con el nombramiento del tutor y finaliza cuando toma posesión del cargo.

4.2. Capacidad para ser tutor

⁵ Cfr. SERRANO ALONSO, E.: “Comentario al art. 234 CC”, en *Comentario del Código Civil*, VV. AA. Coord. SIERRA GIL DE LA CUESTA, I, Bosch, Barcelona, 2000, p. 593.

⁶ Cfr. BERROCAL LANZAROT, cit., p. 1639.

Los primeros artículos de la reforma que se ocupan de lo relativo a la delación de la tutela y nombramiento de tutor son los art. 211 y 212. Por razones sistemáticas resulta muy conveniente empezar la regulación de esta cuestión con estos dos artículos que establecen los criterios de la persona que puede llegar a ser tutor del menor, en concreto qué capacidad se requiere para ser tutor, para proceder a continuación a regular la forma y el orden de la delación de la tutela a partir del art. 213.

En cuanto a la capacidad para ser tutor, el art. 241 CC actual basa la capacidad en la exigencia de que se cumplan dos requisitos: en primer lugar *que se encuentre la persona en el pleno ejercicio de sus derechos civiles* y en segundo lugar *que en la persona no concurren algunas de las causas de inhabilidad*. Sin embargo en la reforma, se recoge en el art. 211 además un tercer requisito: que a juicio de la autoridad judicial *“cumplan las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función”*.

Evidentemente no se exige para ser tutor una capacidad especial, sino tan solo una capacidad de obrar plena, sin ninguna restricción.

Tanto el artículo 213 como el 214 de la reforma se refieren a las personas que pueden ser nombradas tutores. En comparación con la regulación anterior prevista en el art. 234, la lista de personas que pueden ser nombradas tutores se reduce, pudiendo recaer el nombramiento en solo dos categorías: en primer lugar, *en la/s persona/s designadas por los progenitores en testamento o en documento público*; en segundo lugar, *los ascendientes o hermanos del menor que designe la autoridad judicial*. Por tanto, los progenitores pueden proponer tutor en testamento o en documento público notarial, así como prever cuestiones relacionadas con el nombramiento de tutor. La persona nombrada por los progenitores será preferida en primer lugar, y a falta de ello, el ascendiente o el hermano que designe la autoridad judicial (art. 213).

No obstante, se permite la posibilidad al Juez de alterar ese orden previsto siempre que exista causa justificada y se haga en interés del menor. Es decir, la facultad que tienen los padres de nombrar tutor a sus hijos en testamento o documento público notarial vincula relativamente al Juez, pues puede prescindir de dicha designación realizada por los progenitores mediante resolución motivada y siempre en beneficio o interés del menor. Evidentemente ya no se prevé que se nombre tutor a la persona que haya designado el propio interesado en documento público notarial, pues eso aparece referido a la curatela en el art. 276 del Proyecto.

to. Tampoco se refiere al descendiente ni al cónyuge que conviva con el tutelado, por tratarse de un menor de edad.

Para el caso de que se trate de varios hermanos, se tiene que procurar que el nombramiento de tutor de todos ellos recaiga en la misma persona (art. 215).

El inciso final del art. 213, al igual que ya lo hace el art. 234 CC, recoge una salvedad importante en cuanto a la elección de la persona del tutor, pues se considera que es beneficioso para el menor la integración en la vida familiar del tutor. Tal circunstancia deviene determinante para que el Juez elija a quien debe hacerse cargo de la tutela habida cuenta de que el tutelado es un menor, siempre buscando su beneficio.

Finalmente, como norma de cierre del sistema, el art. 214 del Proyecto al igual que el actual art. 235 CC 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”.

Pueden ser tutores tanto las personas físicas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y que sean aptas para el ejercicio del cargo, así como las fundaciones y personas jurídicas sin ánimo de lucro, ya sean públicas o privadas, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de los menores (art. 211 y 212).

La tutela así entendida en la reforma resulta paralela a la patria potestad, al tener la misma finalidad y cumplir el mismo objetivo, aunque con una importante diferencia, a saber: la ley confía en la patria potestad y le da un amplio margen libre de arbitrio, mientras que con la tutela la somete a control judicial (de hecho, la autoridad judicial interviene y controla la tutela en tres órdenes: como función directa, en la constitución; como función indirecta, en el ejercicio; y como función decisoria, en la rendición de cuentas). Del mismo modo, la función tutelar es subsidiaria respecto de la patria potestad, al existir en defecto de titulares que ejerzan la misma⁷. En efecto, la tutela suple la falta de patria potestad y el tutor atiende al menor no emancipado, siendo el tutor el representante legal del menor (el art. 225 de la reforma dice “el tutor es el representante del menor, salvo para aquellos actos que este pueda realizar por sí solo o para los que únicamente precise asistencia”).

⁷ Cfr. BERROCAL LANZAROT, cit., p. 1627 y 1629.

El expediente para el nombramiento de tutor se regula en los art. 43 y ss. LJV que también es objeto de reforma. El art. 44 que se pretende reformar establece que se aplicará lo dispuesto en esta sección para la tramitación de los expedientes relativos a tutela y curatela⁸. En cuanto a la postulación, en los procedimientos para el nombramiento de tutor no es preceptiva la intervención de abogado ni procurador, salvo si se trata de la remoción del tutor (art. 43.3 LJV).

Los aspectos más relevantes del procedimiento para el nombramiento de tutor contenidos en la LJV son los siguientes: el expediente se iniciará mediante solicitud presentada por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de las personas legalmente indicadas para promover la tutela.

Están obligados a promover la constitución de la tutela los parientes llamados a ella y la persona física o jurídica bajo cuya guarda se encuentre el menor. Además, cualquier persona puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial la existencia de un menor no emancipado en situación de desamparo o sin estar sujeto a patria potestad para que se constituya la tutela.

En la solicitud se debe expresar el hecho que dé lugar a la tutela, acompañando los documentos que acrediten la legitimación para promover el expediente e indicando los parientes más próximos del menor y sus domicilios. El Juez podrá adoptar las medidas de vigilancia y control oportunas, y exigir al tutor que informe sobre la situación personal del menor y del estado de la administración de sus bienes. Además, el Juez, en la resolución por la que constituya la tutela, puede exigir al tutor que constituya fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones (art. 45 LJV proyectado).

La tutela se constituye previa audiencia de los parientes más próximos, de las personas que el Juez considere oportuno oír, y en todo caso, deberá escuchar al tutelado si tuviere suficiente juicio y siempre si es mayor de doce años.

El nombramiento de tutor se inscribe en el Registro civil para que tenga plena validez y eficacia. Al respecto, el Proyecto de ley, que modifica también la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, determina en el proyectado art. 4.13⁹

⁸ En relación con la curatela, continúa diciendo el número 2 del precepto proyectado que este expediente solo será aplicable a la curatela cuando tras la tramitación de un proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona con discapacidad sea procedente el nombramiento de un nuevo curador, en sustitución de otro removido o fallecido. Es decir, que en el procedimiento por el que se declare que una persona debe ser asistida mediante un curador, en ese mismo proceso judicial será nombrado el curador.

que se inscribirá tanto la tutela del menor como la defensa judicial del menor emancipado.

4.3. Inhabilidad para ser tutor

De esta cuestión se ocupan los art. 216 y 217 del Proyecto. El antecedente de estos preceptos lo encontramos en los art. 243 a 246 CC.

El art. 216 recoge las causas objetivas por las que una persona no puede ser tutor, en concreto dos: los que por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de patria potestad, o total o parcialmente de los derechos de guarda y protección; y los que hubieran sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior (causas recogidas en el art. 243 apartados 1 y 2 del CC actual).

1ª causa: privación o suspensión patria potestad. Es lógico que quien ha incumplido gravemente los deberes paterno filiales derivados del ejercicio de la patria potestad respecto a sus hijos, demuestra una falta de idoneidad para ejercer la tutela ocupándose de otros menores (art. 170 CC).

2ª causa: los que hayan sido removidos de una tutela, curatela o guarda anterior: con ello se pretende evitar que el tutor pueda volver a incurrir en la misma causa que originó la remoción anterior.

Por tanto, el art. 216 regula las causas objetivas por las que una persona no puede nunca llegar a ser tutor, mientras que el art. 217 establece causas que impiden al Juez hacer el nombramiento. En la regulación actual del CC se permite el nombramiento siempre y cuando exista causa justificada y sea lo más beneficioso para el menor en los casos en que hubieren excluido el nombramiento los progenitores en testamento o documento notarial (art. 245 CC). En el caso de los condenados a pena privativa de libertad o los que tuvieran conflicto de interés con los tutelados respecto a estas causas de inhabilidad el art. 246 CC dispone que no se aplicarán estas causas de inhabilidad “a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres cuando fueron conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado”.

Las causas de inhabilidad para ser tutor conforman una lista cerrada o taxativa. De tal manera que se considera idóneo para ser tutor aquel en el que no incurre una causa que le inhabilite para el ejercicio del cargo.

La regulación del CC recoge además de las dos causas del art. 216 proyectado otras dos causas por las que una persona no puede ser tutor: *en primer lugar*, los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estuvieran cumpliendo la condena; y *en segundo lugar*, los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela (en este último caso, si el Juez lo estima conveniente, porque aparece recogida como causa 2ª en el art. 217 sí que podrá nombrar tutor al condenado si entiende que no va a perjudicar al menor. Sin embargo, si no existe justa causa, no podrá nombrarle tutor).

Respecto a la causa que inhabilita para el ejercicio del cargo con anterioridad a la reforma, relativa a que no pueden ser tutores los condenados por cualquier pena privativa de libertad mientras estén cumpliendo condena, tiene sentido, pues la falta de libertad impide materialmente realizar las funciones típicas y propias del cargo de tutor. Existe una imposibilidad física para el adecuado desempeño del cargo. Lo que se exige es la existencia de una sentencia penal firme, con independencia de la duración de la condena. Sí que podrá nombrarse tutor sin embargo si está en libertad condicional, en prisión preventiva o si ha habido indulto o suspensión de la condena⁹.

En cuanto a la causa relativa a haber sido condenado por algún delito que haga suponer fundadamente que no va a desempeñar bien la tutela, en este caso se concede una amplia discrecionalidad al Juez a la hora de valorar el tipo de delito que impide el desempeño correcto de la función tutelar, aunque evidentemente deberá motivarlo.

Además, el art. 244 CC recoge otras causas por las que no se puede ser tutor: en los números 1, 2 y 3, que no tienen correspondencia en la regulación proyectada y que se refieren a las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho; los que tengan enemistad manifiesta con el menor o incapacitado, y las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.

El art. 244.1 se refiere a que no pueden ser tutores *las personas en quien concurra imposibilidad absoluta de hecho*. La supresión de esta causa en la reforma es

⁹ Cfr. ORDÁS ALONSO, M.: *La institución tutelar como mecanismo de protección jurídica de menores e incapacitados*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2008, p. 742.

plenamente acertada pues en realidad se trata de una causa innecesaria, pues evidentemente quien tiene una imposibilidad absoluta y permanente y se sabe que no va a desempeñar adecuadamente el cargo, no tiene ningún sentido nombrarle tutor.

El art. 244.2 se refiere a quien tenga *enemistad manifiesta con el tutelado*. Al tratarse de una enemistad manifiesta, tiene que ser pública y notoria. La no inclusión de esta causa obedece a la misma justificación que la anterior, pues de existir una enemistad manifiesta difícilmente va a tener la aptitud suficiente para el adecuado desempeño de su función (en consonancia con el art. 211 CC).

El art. 244.3 hace alusión a *“las personas de mala conducta o que no tuvieran manera de vivir conocida”*. Eso sí, debe apreciarse por el Juez, siempre en base a parámetros objetivos, entendiendo en el caso de la mala conducta, referida a un mínimun ético socialmente admitido, mientras que la manera de vivir conocida se entiende en un aspecto material, es decir, que tenga ingresos económicos necesarios para el sustento del tutelado¹⁰.

En la regulación proyectada no se alude a estas causas, si bien es cierto que no es necesario porque es evidente que el Juez en interés del menor no va a nombrar como tutor a una persona que considere que no puede ejercer bien el cargo por darse alguna de las circunstancias anteriores.

De acuerdo con el art. 217 proyectado, tampoco podrá el Juez nombrar tutor a las personas que hayan sido excluidas por los progenitores del tutelado, si bien la prohibición se puede exceptuar por causas motivadas (art. 245 CC actual). Sin embargo, el tenor literal del art. 217.1 proyectado no contiene esa excepción, por lo que tras la reforma el Juez en todo caso tendrá que respetar la voluntad de los progenitores expresada en testamento o documento público notarial.

Ahora bien, al ir en artículo diferente, y no decir “que no podrán ser tutores”, como señala el art. 216, sino que “la autoridad judicial no podrá nombrar a las personas siguientes”, hace pensar que las causas que imposibilitan de acuerdo con el art. 217 proyectado el nombramiento de tutor suponen un impedimento parcial o relativo para el nombramiento del cargo, por lo que por causa justificada el Juez podría nombrarles. Diferente es lo que sucede en el art. 216 proyectado del CC,

¹⁰ Cfr. ORDÁS ALONSO, M.: “Comentario al art. 244”, en *Comentarios al Código Civil*, VV. AA., Dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 3ª ed., 2009, p. 391 y ss.

que establece causas objetivas que no permiten ninguna discrecionalidad al Juez y que por tanto no pueden obviarse. Las recogidas en el art. 217 son:

1º. Quien haya sido excluido por los progenitores del tutelado (equivale a los art. 245 y 246 CC).

2º. Quien haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela (recogido en art. 243.4).

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

4º. a quien le sea imputable la declaración de un concurso, salvo que la tutela lo sea solo de la persona (ambas causas relativas al concurso derivadas del art. 244.5 CC actual).

5º. Tampoco puede ser nombrado tutor quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela (art. 244.4 CC). La causa relativa a quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela evidentemente tiene que darse en el momento de hacerse el nombramiento y si surge el conflicto después, se nombrará defensor judicial para ese caso.

En la redacción del CC, en el art. 244.4 se especifica más, señalando que no pueden ser tutores “los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración”. En estos supuestos la doctrina mantiene que los conflictos de intereses deben ser importantes y prolongados en el tiempo, pues si no, lo procedente sería nombrar un defensor judicial.

Además, el conflicto debe ser actual y no meramente potencial. En cuanto a la deuda de sumas de dinero, la finalidad es evitar que el tutor, valiéndose de su posición, aplase el pago de la cantidad adeudada logrando su extinción por prescripción. La cuantía de la deuda nuevamente es una cuestión que se deja a la libre apreciación por el Juez en el caso concreto en atención a la situación patrimonial del tutelado¹¹.

4.4. Pluralidad de tutores

De esta cuestión se ocupan los art. 218 a 221 proyectados. El antecedente inmediato del art. 218 es el art. 238 CC. El legislador contempla como regla gene-

¹¹ Cfr. ORDÁS ALONSO, “Comentario al art. 244 CC”, cit., p. 391 y ss.

ral que la tutela se ejerza por una sola persona, y a continuación recoge unas excepciones regulando la forma en la que se debe ejercer esa tutela conjunta.

Por tanto la norma general es que la tutela se ejerza por un solo tutor. Ahora bien, existen supuestos en los que de manera obligatoria deberán nombrarse varios tutores. Así lo considera la doctrina bajo la regulación del CC actual, contemplando esa obligatoriedad en el nombramiento de varios tutores, si se cumplen las circunstancias que se detallan en el art. 236 CC¹². Y esa misma obligatoriedad puede deducirse del tenor literal del art. 218 proyectado, que establece que “la tutela se ejercerá por un solo tutor salvo”, al igual que su precedente.

Los supuestos que se contemplan en la reforma son los mismos que recoge el art. 236 CC salvo el relativo a cuando la tutela corresponde a ambos progenitores, pues se refiere a los supuestos de discapacitados cuyos tutores son los padres (número 2º del art 236), ya que la tutela no se contempla en la reforma para los discapacitados sino solo para los menores de edad. Los otros supuestos en los que sigue siendo necesario el nombramiento de varios tutores son:

- En aquellos casos que determinadas circunstancias aconsejen el nombramiento de un tutor para la persona y otro para el patrimonio del tutelado.
- Cuando se designe tutor de los hijos de su hermano, siendo conveniente designar también a su cónyuge (añadiéndose con la reforma a la persona que se halle en análoga relación de afectividad).
- Cuando los progenitores del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial a más de un tutor para que ejerzan la tutela conjuntamente.

Si la tutela se ejerce por varios tutores, pueden actuar de forma independiente (si hay tutor de la persona y otro de los bienes), con carácter solidario, o bien conjuntamente (art. 218 y 219). Para el caso de que la designación de tutores por el Juez se haga en base a un documento público notarial o un testamento realizado por los progenitores del tutelado, la tutela podrá ejercerse solidariamente. En el resto de los casos, la tutela se llevará a cabo de forma conjunta, y a falta de ello, por mayoría de los tutores. El Juez podrá resolver las discrepancias, reorganizar el funcionamiento de la tutela e incluso nombrará nuevo tutor para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela.

¹² Cfr. HERRERO ALONSO, I.: “Nombramiento de tutores: procedimiento para la ejecución del nombramiento”, *Economist & Jurist*, Vol. 21, nº 172, 2013, p. 36.

Un sector de la doctrina se muestra partidario de la fijación de una tutela conjunta. La experiencia demuestra que en los casos en los que el patrimonio del tutelado es importante, los familiares suelen posicionarse en dos bloques totalmente enfrentados. En esos casos la tutela es muy conflictiva y genera muchas intervenciones judiciales. Lo ideal por ello es que se nombre varios tutores, con una actuación solidaria, y cuando no estén de acuerdo en alguna cuestión, que se prevea con carácter previo en la resolución judicial la forma de solucionar la discordancia entre los tutores designados. Además, el cargo de tutor en muchas ocasiones supone una gran carga, por el trabajo y dedicación que conlleva, por lo que si se hiciera el nombramiento de varios tutores se facilitaría el ejercicio del cargo de tutor¹³.

¿Qué ocurre si por razones de urgencia uno de los tutores actúa solo de manera individual realiza un acto? ¿Se podría aplicar lo previsto en el art. 896 CC en sede de albaceazgo, en cuyo caso podría actuar uno de los tutores y dar cuenta posteriormente de su actuación a los demás? Sería plenamente posible la aplicación analógica, puesto que si se trata de una situación urgente el retraso sería perjudicial para los intereses del tutelado. En ese caso la responsabilidad del tutor que actúa será suya personal, pues en ese caso actúa como si se tratase de un único tutor¹⁴.

4.5. Menores en situación de desamparo

Se regula su tutela previendo que procede acordar previamente la suspensión o la privación de la patria potestad, o bien la remoción del tutor (art. 222). El art. 222 proyectado tiene su antecedente inmediato en el art. 239 CC. La novedad en relación con la regulación del CC es que se concreta a qué entidad pública le corresponde la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo, que será la que *en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores*¹⁵. Se refiere a la correspondiente al partido judicial donde tenga su residencia el menor¹⁶.

Ahora bien, al igual que en la actualidad también en la reforma se admite que se nombre tutor del menor a una persona física cuando en virtud de sus relacio-

¹³ Cfr. CAMPO IZQUIERDO, A. L.: “Anteproyecto de Ley de reforma civil y procesal en materia de discapacidad”, Actualidad Civil, nº 9, septiembre 2020, LA LEY 11731/2020.

¹⁴ Cfr. ORDÁS ALONSO, M.: “Comentario al art. 237 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, VV. AA., Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 3ª ed., 2009, p. 379.

¹⁵ En la redacción del art. 239 CC se dice que la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponda a la “Entidad Pública” por Ministerio de la Ley.

¹⁶ Cfr. CAMPO IZQUIERDO, “Anteproyecto de...”, cit.

nes con el menor o por otras circunstancias pueda asumir la tutela en interés de este.

Para el caso de los menores en situación de desamparo, también se produce con la reforma una modificación del art. 75 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en el sentido de que “se inscribirá en el registro individual del menor en situación de desamparo la sujeción a la tutela por la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores por la legislación que resulte aplicable”.

4.6. Remoción del cargo y excusa

El art. 223 proyectado se refiere a las causas y al procedimiento de remoción y excusa de la tutela, cuestión que se trata en los art. 247 a 258 CC. Se regula en la reforma con mucho menos detenimiento que en la actualidad porque se remite expresamente a la regulación de esta cuestión en sede de curatela (art. 278 a 280 CC), teniendo en cuenta también que esta cuestión se regula por la LJV.

Las causas de inhabilidad sobrevenidas son las que dan lugar a la **remoción** del tutor, aunque también puede tener lugar por otras causas, como por ejemplo por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud en el ejercicio o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados con el menor (art. 278 proyectado en sede de curatela –art. 247 CC actual-).

Durante la tramitación del expediente de remoción del tutor, se podrá nombrar un defensor judicial y se podrá suspender al tutor en sus funciones.

También resulta novedoso en relación con la regulación actual que la remoción del cargo de tutor se puede producir a solicitud del menor si tuviere suficiente juicio y en todo caso se le dará audiencia si fuere mayor de doce años (art. 223). En el art. 248 la remoción se puede producir a solicitud también del tutelado (y del Ministerio Fiscal o de cualquier persona interesada, o de oficio por el Juez), dándosele audiencia al tutelado si tuviere *suficiente juicio* (ahora se dice *suficiente madurez*), pero no se establece como en la reforma que si fuera mayor de doce años sea obligatorio darle audiencia para que opine sobre la remoción.

Lo mismo se reitera en la regulación del procedimiento a seguir para la remoción del tutor en los casos en los que se acredite la concurrencia de un inadecuado desempeño de su función. En efecto, en el art. 49 LJV, modificado en la re-

forma proyectada, se establece que debe oírse al menor si tuviera suficiente madurez y en todo caso, si fuera mayor de doce años, junto con el MF. El procedimiento de remoción se inicia por el tutelado, por el MF o de oficio por el Juez o por cualquier persona interesada. Para el nombramiento de tutor no es necesaria la intervención de abogado y procurador, pero para la remoción es preceptiva la asistencia de abogado.

Acabo de señalar que el art. 223 CC proyectado se remite en cuanto a las causas y procedimientos de remoción y excusa de la tutela a los mismos que los establecidos para la curatela (es decir, a lo previsto en los art. 278, 279 y 280 proyectados). Aplicando lo recogido en estos preceptos a la tutela, podemos decir que serán removidos de la tutela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o bien incumplan los deberes propios del cargo, así como por notoria ineptitud de su ejercicio, y cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados con el menor. Cuando se de alguna de esas circunstancias, el Juez podrá decretar la remoción del tutor mediante expediente de jurisdicción voluntaria.

Según el art. 279 proyectado, en cuanto a la **excusa** del desempeño del cargo de tutor, este podrá alegar durante los 15 días siguientes a contar desde que tenga conocimiento del nombramiento que le resulta excesivamente gravoso o que entraña grave dificultad el ejercicio del cargo, antes del nombramiento o bien durante el desempeño del cargo si sobrevienen los motivos de excusa (ya no se hace alusión en la reforma proyectada a lo que establece el art. 251 CC actual que es menos parco en palabras en esta cuestión, al expresar que será excusable el desempeño de la tutela “cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo”. Durante la tramitación de la excusa el nombrado tutor está obligado a ejercer su función, y si no lo hubiera se procederá al nombramiento de un defensor judicial. Además, si el tutor fue nombrado en atención a una disposición testamentaria, perderá lo que en consideración al nombramiento le hubiera dejado el testador por excusar de la tutela (art. 280 proyectado).

La excusa para el nombramiento solo se admite en los supuestos legalmente previstos, por lo que la tutela sigue configurándose tras la reforma como un deber para el tutor.

5) ENMIENDAS AL ARTICULADO PROYECTADO SOBRE LA DELACIÓN DE LA TUTELA Y EL NOMBRAMIENTO DEL TUTOR

Por lo que respecta a las enmiendas que se han presentado relativas a los artículos que se ocupan de la delación de la tutela y del nombramiento del tutor, pocas son las enmiendas que se han presentado durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, y además son modificaciones mínimas las que se proponen. En concreto, se han presentado dos enmiendas al art. 211, y una a los art. 212, 217, 219 y 222.

El **art. 211** se ocupa de señalar las personas físicas que pueden ser tutores.

- La enmienda nº 291 presentada por el Grupo Parlamentario Plural, propone la supresión de que puedan ser tutores las personas físicas “que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”, justificándola simplemente por coherencia con los objetivos del proyecto de ley.
- La enmienda nº 468 presentada por el Grupo Parlamentario Republicano, propone lo mismo y con la misma justificación.

En definitiva, se pretende que se suprima la alusión a estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siendo suficiente decir 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 ellos no concorra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes”.

El **art. 212** se refiere a la posibilidad de que las personas jurídicas sean tutores. Se ha presentado la enmienda nº 103 por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. La redacción del proyecto de ley se refiere a que pueden 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. Se pretende la supresión a la alusión de “*públicas o privadas*” y su sustitución por “*dependientes de la administración competente para la protección y tutela de menores*”, quedando entonces el artículo así: “Podrán ser tutores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, dependientes de la administración competente para la protección y tutela de menores, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores”. La enmienda propuesta se justifica en el sentido de que la tutela se reserva solo para los menores de edad, no para las personas con discapacidad, y en el caso de los menores de edad su tutela legalmente siempre va a corresponder o bien a particulares (personas físicas) o bien a la propia administración, pero nunca a entidades privadas. Por ello, se pretende evitar la confusión que se produciría de seguir con la redacción proyectada, ya que tal alusión a personas públicas o priva-

das tenía sentido cuando el desempeño de funciones tutelares sobre personas con discapacidad se ejercía por parte de entidades privadas.

El **art. 217** ha recibido la enmienda nº 104 del Grupo Parlamentario Ciudadanos introduciendo una modificación con la finalidad de precisar el alcance de la prohibición del nombramiento de tutor a personas condenadas por delitos. El art. 217 proyectado en su número 2º dice simplemente que el juez no podrá nombrar tutores “a quien haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela”. Se propone la inclusión de que haya sido condenado en sentencia firme “*por un delito contra la vida, de homicidio, de lesiones de los artículos 149 y 150 del Código Penal, de maltrato habitual previsto en el artículo 173.2 del Código Penal, contra la libertad o contra la libertad e indemnidad sexual o de trata de seres humanos, y, excepcionalmente, por otro delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela*”. La finalidad de esta enmienda es precisar el alcance de la prohibición del nombramiento como tutores a personas condenadas por delito.

Los Grupos Parlamentarios Gallegos¹⁷ firmaron la Enmienda nº 155 que pretende la modificación del **art. 219** proyectado relativo al ejercicio de la tutela por varios tutores. Simplemente pretenden la modificación del término “*Juez*” por “*autoridad judicial*”, cuando se refiere a que tendrá que resolver lo que estime conveniente cuando no exista acuerdo entre las facultades que deben ejercitar los tutores conjuntamente. La motivación de esta propuesta de enmienda es mejorar la técnica y dotar de mayor coherencia con la terminología de la parte sustantiva del proyecto.

En último lugar, el **art. 222** ha sido objeto de enmienda a través de la nº 105 presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos¹⁸. Este precepto se refiere a la tutela de menores que se encuentren en situación de desamparo. La enmienda consiste en poner en mayúscula la referencia a la “Entidad Pública” que tenga en el respectivo territorio encomendada la protección de menores, cuestión puramente formal, pero sobre todo, la modificación de contenido o de fondo que propone es añadir en el tercer párrafo, que previamente a la designación judicial de tutor “*o en la misma resolución*” (pretenden que se añada el entrecomillado), deberá acordarse la suspensión o la privación de la patria potestad o la remoción del tutor, en su caso. Con ese añadido lo que se persigue es que al igual que sucede en la actualidad, en la misma resolución en la que se designa tutor, se pueda acordar

¹⁷ Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-en Comú Podem-Galicia en Común.

¹⁸ Este grupo Parlamentario ha presentado tres enmiendas, a los art. 212, 217 y 222.

la suspensión o la privación de la patria potestad o bien la remoción del tutor, para evitar así el tener que acudir a dos procedimientos, pudiéndose realizar todo simultáneamente dentro del mismo proceso, tanto la suspensión, privación de la patria potestad o la remoción del tutor como la designación del tutor.

6) CONCLUSIONES

Frente al régimen actual de la tutela previsto en el CC tanto para menores de edad como para incapacitados, así como para los sujetos a patria potestad prorrogada, en la reforma la tutela se reserva tan solo para los menores no emancipados que estén o bien en situación de desamparo o bien que no estén sujetos a patria potestad.

La reforma fija un orden preferente de llamamientos, que no es vinculante para la autoridad judicial, pues puede prescindir de tal orden y nombrar tutor a la persona que estime más conveniente en interés y beneficio del menor. Ahora bien, debe entenderse que se trata de una atribución o una facultad que se otorga al Juez que debe tener carácter excepcional, es decir, solo se puede alterar el orden si lo exige el beneficio del tutelado y resulte totalmente necesario. En todo caso, el designado debe tener capacidad para ser tutor y no estar incurso en causa de inhabilidad.

Las reformas en materia de delación de la tutela y el nombramiento de tutor son de escasa entidad si la comparamos con la regulación actual, pues en la mayoría de los casos se trata de hacer una adaptación suprimiéndose las cuestiones relativas a los discapacitados por ser objeto de regulación y tratamiento en sede de curatela, ya que se trata de la institución de apoyo que se pretende utilizar para dichas personas.