

12.101.747

CRISTINA GUILARTE MARTÍN-CALERO
(DIRECTORA)

COMENTARIOS A LA LEY 8/2021
POR LA QUE SE REFORMA
LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL
EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Serie Derecho de la Discapacidad

Volumen III

RAFAEL DE LORENZO GARCÍA
LUIS CAYO PÉREZ BUENO
(Directores de la Serie Derecho de la Discapacidad)

17-04/62

THOMSON REUTERS
ARANZADI



La elaboración de esta 1ª edición de los Comentarios a la Ley 8/2021, 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, es el fruto de varios Proyectos de investigación a los que pertenecen algunos de los autores que participan en ella.

El comentario a la nueva redacción de los artículos 96.3, 211 a 238, y 300 del Código civil; de los artículos 2.4º, 42.5º, 222.9, 222.bis.5, 242.bis, y a la supresión del artículo 28 de la Ley Hipotecaria; de los artículos 7, 52.1.5º, 162.3, 222.3, 748.1º, 749, 751.2º, 753, 753, 755 a 762, 770, 771.2, 775.1 y 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; de los artículos 27, 42.bis.a), 42.bis.b), 42.bis.c), 43 a 46, 48, 49, 51, 52, 61, 62, 64, 65.4, 87 a 89, 93 y 94 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria; así como a las Disposiciones Transitorias primera a sexta, Disposición derogatoria única, y Disposiciones finales segunda y tercera de la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Derecho transitorio, retroactividad y aplicación en el tiempo de las normas jurídicas» (PID2019-107296GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyos investigadores principales son los Profesores. Dres. D. Andrés Domínguez Luchino y Dª Henar Álvarez Álvarez.

El comentario a los artículos 199 a 210 y 271 a 281 ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Vulnerabilidad patrimonial y personal: retos jurídicos» (PID2019-105489RB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, cuyas investigadoras principales son las Profesoras. Dras. D.ª M.ª Victoria Mayor del Hoyo y D.ª Sofía de Salas Murillo.

El comentario a los arts. 239 a 248 CC, a los arts. 695, 697, 706, 708, 709, 742, 753, 756, 996, 1041, 1052, 1057 y 1060 Cc y a los arts. 255, 663, 665, 776, 782, 808, 813 y 822 Cc, ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Desafíos del Derecho de sucesiones en el S. XXI: una reforma esperada y necesaria» (RTI2018-094855-B-I00), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, cuya investigadora principal es la Profesora Dra. D.ª María Teresa Álvarez Moreno.

El comentario de los apartados 7, 8, 9, 10, 11 (art. 96.1 y 2 Cc), 19, 20, 23, 26, 55 y del 58 al 65 así como los artículos 249, 250, 251, 253, 254, 268, 269, 270, 282 a 294 del Artículo Segundo de la Ley por el que se modifica el Código civil; el comentario a los artículos 783, 790, 793, 795 y 796 del Artículo Cuarto por el que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil; el comentario al Artículo Quinto en su integridad por el que se modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad, han sido realizados en el marco del Proyecto de Investigación *La incidencia en el derecho interno de la jurisprudencia europea y de las decisiones de los Comités en materia de Derechos Humanos* (PID2020-117611 GB-I00), financiado por la AEI 10.13039/501100011033, cuyos investigadores principales son los Profesores. Dres. D.ª Cristina Guilarte Martín-Calero y el Dr. Javier García Medina. La IP es la Directora de la obra.

El comentario al art. 1163.1 CC ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2017-82129- P.

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión. La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2021 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Cristina Guilarte Martín-Calero (Dir.)]
© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, S.A.U.
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-1390-233-3
DL NA 2122-2021

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, S.A.U.
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, calle A, nave D-11
31013 Pamplona

Sumario

RELACIÓN DE AUTORES	67
ABREVIATURAS	69
ABREVIATURAS BIBLIOGRÁFICAS	75
PRESENTACIÓN	77

ARTÍCULO PRIMERO MODIFICACIÓN DE LA LEY DEL NOTARIADO, DE 28 DE MAYO DE 1862

Esperanza Alcaín Martínez

I. Introducción. Alcance de la reforma de 2021	82
II. La revalorización de la función notarial como garantía del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad	84
III. Análisis de la reforma de la ley del notariado de 1862	89
1. Reforma del art. 23 LN: modificación relativa a la certificación de identificación y/o conocimiento del otorgante del instrumento público	89
2. Reforma del art. 25 LN: modificación relativa a las garantías de accesibilidad universal	90
3. Reforma del art. 54 LN: modificación relativa a la separación matrimonial o divorcio ante notario cuando no existan hijos mayores de edad respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores	92
4. Reforma de los arts. 56, 57 y 62 LN: modificación relativa a la obligación del notario de comunicar al ministerio fiscal la ausencia de apoyos suficientes para una persona con discapacidad en los expedientes en materia de sucesiones para que inste la designación de un defensor judicial	93

ARTÍCULO 220 CC	358
<i>Henar Álvarez Álvarez</i>	
I. Consideraciones previas	358
II. Realización del acto	359
III. El recurso al defensor judicial	359
IV. Diferenciación de la causa de inhabilidad para el nombramiento del cargo	360
ARTÍCULO 221 CC	361
<i>Henar Álvarez Álvarez</i>	
I. Planteamiento introductorio	361
II. Ámbito de aplicación del precepto	361
ARTÍCULO 222 CC	363
<i>Henar Álvarez Álvarez</i>	
I. Aplicación del precepto a los menores en situación de desamparo	364
II. Antecedentes	365
III. Nombramiento de tutor persona física en situaciones de desamparo	365
IV. Suspensión o privación de la patria potestad o remoción del tutor	366
V. Otras cuestiones a tener en cuenta	367
ARTÍCULO 223 CC	368
<i>Henar Álvarez Álvarez</i>	
I. Remisión a la normativa de la curatela	369
II. Remoción del tutor	369
III. Excusa de la tutela	372
IV. Regulación común a la excusa y a la remoción	375
SECCIÓN 3.ª DEL EJERCICIO DE LA TUTELA	375
ARTÍCULO 224 CC	
<i>Blanca Sánchez-Calero Arribas</i>	
ARTÍCULO 225 CC	377
<i>Blanca Sánchez-Calero Arribas</i>	
I. Ámbito del precepto: la función representativa del tutor	377
II. Excepciones a la representación legal del tutor	378

1. Determinación de los actos excluidos de la representación legal del tutor	378
2. Especial referencia a los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad del menor	380
ARTÍCULO 226 CC	383
<i>Blanca Sánchez-Calero Arribas</i>	
I. Cuestiones previas	384
II. Prohibición de recibir liberalidades	384
1. Finalidad de la norma	384
2. Ámbito de aplicación de la norma	384
2.1. Ámbito objetivo	384
2.2. Ámbito subjetivo	385
2.3. Ámbito temporal	386
III. Prohibición de representar al tutelado	387
1. Finalidad de la norma: la exclusión del autocontrato	387
2. El conflicto de intereses como base de la prohibición	387
2.1. En qué consiste el conflicto de intereses	387
2.2. La influencia del conflicto de intereses en los supuestos de representación legal	388
2.3. Supuestos en los que falta el conflicto de intereses	390
IV. Prohibición de adquirir y transmitir por título oneroso	393
IV. Sanción para el caso de contravención de las prohibiciones ..	394
ARTÍCULO 227 CC	396
<i>Blanca Sánchez-Calero Arribas</i>	
I. Introducción	396
II. El interés superior del menor como criterio rector del ejercicio de la tutela	397
III. El recurso a la autoridad judicial	404
ARTÍCULO 228 CC	404
<i>Blanca Sánchez-Calero Arribas</i>	
I. Introducción	404
II. La obligación general de velar por el tutelado	405
III. Obligaciones particulares derivadas de la obligación de velar por el tutelado	406
1. Procurar alimentos al menor	406

2. Educar al menor y procurarle una formación integral	408
3. Promover su mejor inserción en la sociedad	410
4. Administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida	410
5. Informar anualmente a la autoridad judicial sobre la situación del menor y rendirle cuenta anual de su administración	413
6. Oír al menor antes de adoptar decisiones que le afecten	414
ARTÍCULO 229 CC	415
<i>Blanca Sánchez-Calero Arribas</i>	
I. El derecho del tutor a una retribución	415
II. La obligación del tutor de prestar alimentos al menor a cambio de hacer suyos los frutos del patrimonio de éste	417
ARTÍCULO 230 CC	419
<i>Blanca Sánchez-Calero Arribas</i>	
I. Fundamento y objeto del derecho a la indemnización	419
II. Presupuestos del derecho a la indemnización	420
III. Ejercicio de la acción de indemnización	422
ARTÍCULO 231 CC	422
<i>Henar Álvarez Álvarez</i>	
I. Cuestiones preliminares	423
II. Supuestos de extinción de la tutela	424
1. <i>Mayoría de edad, emancipación o concesión del beneficio de la mayoría de edad</i>	424
2. <i>Adopción del menor</i>	426
3. <i>Muerte o declaración de fallecimiento del menor</i>	426
4. <i>Recuperación de la patria potestad</i>	427
5. <i>Cesación de la tutela de menores declarados en situación de desamparo</i>	427
6. <i>Otros supuestos de extinción de la tutela</i>	428
ARTÍCULO 232 CC	428
<i>Henar Álvarez Álvarez</i>	
I. Introducción	429
II. La rendición de cuentas	429
1. <i>Rendición de cuentas anual</i>	429
2. <i>Rendición de cuentas final</i>	430
3. <i>Plazo para practicar la rendición de cuentas</i>	432

4. <i>Prescripción de la acción para exigir la rendición de cuentas y legitimación para su ejercicio</i>	433
5. <i>Procedimiento de rendición de cuentas</i>	433
6. <i>Ejercicio de acciones</i>	435

ARTÍCULO 233 CC*Henar Álvarez Álvarez*

I. Planteamiento introductorio	438
II. Gastos de la rendición de cuentas	438
III. Saldo de la cuenta general	439
1. <i>Saldo a favor del tutor</i>	439
2. <i>Saldo en contra del tutor</i>	440

ARTÍCULO 234 CC*Henar Álvarez Álvarez*

I. Planteamiento inicial	441
II. Responsabilidad del tutor	441
III. Plazo de prescripción	442

CAPÍTULO II. DEL DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR**ARTÍCULO 235 CC***Henar Álvarez Álvarez*

I. Preliminar	443
II. Nombramiento de defensor judicial	444
III. La actuación del defensor judicial	445
1. <i>Nombramiento de defensor judicial por existir conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales</i>	446
2. <i>Nombramiento de defensor judicial porque el representante legal no desempeña sus funciones</i>	447
3. <i>Nombramiento de defensor judicial porque el menor emancipado precisa el complemento de capacidad</i>	448
4. <i>Otros supuestos de nombramiento de defensor judicial</i>	449
IV. A quién debe designar el juez como defensor judicial	449
V. Contenido del nombramiento	450

ARTÍCULO 236 CC*Henar Álvarez Álvarez*

I. Planteamiento introductorio	451
--------------------------------------	-----

En cuanto al tiempo o plazo para alegar la excusa, hay que distinguir si se trata de una causa originaria y por tanto anterior a la aceptación del cargo, de las que son sobrevenidas y por tanto aparecen con posterioridad al nombramiento de tutor. Al respecto el párrafo tercero del art. 279 CC, al igual que sucedía en la legislación anterior, contempla un plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento como tutor si la causa de excusa es originaria (anterior art. 252 CC). Para el cómputo del plazo, de acuerdo con lo previsto en el art. 5 CC, se empezará a contar desde que el tutor tuvo conocimiento de su nombramiento. Si fuera sobrevenida, podrá excusarse en cualquier momento, siempre y cuando desconociera que existía tal circunstancia de excusa. Sin embargo, si conocía la existencia de la circunstancia que da lugar a la excusa y no lo alega en plazo, no podrá excusarse.

Ahora bien, de acuerdo con el párrafo cuarto del art. 279 CC, a los efectos de no perjudicar el interés del menor, el nombrado está obligado a ejercer su función mientras el Juez resuelve sobre la excusa, y si no lo hiciera, se nombraría un defensor judicial. Lo mismo se contemplaba en el anterior art. 256 CC. En este aspecto, el legislador configura el deber del tutor de ejercer la función mientras el Juez resuelve si acepta o no la excusa.

Si la excusa es rechazada por el Juez y ha generado gastos, el art. 279 CC establece que además será responsable de ellos el tutor sustituido. Lo mismo recogía el inciso final del art. 256 CC. El tutor también tendrá que abonar los gastos ocasionados por el abandono o el mal desempeño de la tutela.

En virtud de lo dispuesto en el art. 280 CC previsto para la curatela, pero de aplicación a la tutela, el curador que fuera nombrado en atención a una disposición testamentaria que se excusa de la tutela, perderá lo que en consideración al nombramiento de tutor le hubiere dejado el testador. El art. 257 CC de la regulación anterior preveía lo mismo. En efecto, los progenitores pueden designar tutor en testamento o en escritura pública para sus hijos, de acuerdo con lo previsto en el art. 213.1 CC. Pues bien, hay que entender también comprendido no solo al tutor que se excusa y que fue designado en testamento por los progenitores, sino también al que fue designado en escritura pública. En ambos supuestos, si los progenitores en atención al nombramiento le designaron heredero o legatario, si el tutor se excusa, perderá lo que le hubieren dejado en testamento.

Una cuestión que no se trata en la regulación actual, es lo que se contemplaba en el art. 253 CC que señalaba que «el tutor podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle, cuando durante el desempeño de aquella le sobrevenga cualquiera de los motivos de excusa contemplados en el artículo 251». Es un acierto la supresión de este precepto, puesto que el art. 253 CC se refería a los supuestos en los que hubiera alguien de parecidas condiciones para susti-

tuirle y para el caso de que no lo hubiera el CC no establecía nada al respecto. Podría surgir entonces la duda de si el tutor que alegaba la excusa debería seguir ejerciéndola, pese a tener el tutor una edad avanzada que le impide ejercer bien el cargo, o por una grave enfermedad, por ejemplo. En ese caso lo que era más lógico es que el Juez, si no puede aceptar la excusa, sí que podría remover al tutor que desempeña mal la tutela o que no está capacitado para hacerlo, y una vez removido el tutor, nombrar a otro que considere más idóneo. Lo señalado en el precepto es prescindible, por lo cual es un acierto que en la regulación actual no se haga alusión a ello.

En cuanto a las personas jurídicas, en la actualidad por aplicación del art. 279 CC la persona jurídica privada puede excusarse de la tutela si carece de medios adecuados para su ejercicio, o cuando las condiciones de ejercicio de la tutela no sean acordes con sus fines estatutarios, alegando la causa en el plazo de quince días desde que tuvo conocimiento de su nombramiento como tutor. Ahora bien, en el caso de que a la persona jurídica le sobrevenga la carencia de medios durante el ejercicio de la tutela, la solución sería la remoción de la tutela de la persona jurídica.

IV. REGULACIÓN COMÚN A LA EXCUSA Y A LA REMOCIÓN

El tercer párrafo del art. 281 CC (en el texto que llegó al Senado era el primer párrafo del art. 281 bis), se establece una salvaguarda para la persona sujeta a curatela, que aplicable al menor implica que en ningún caso la admisión de la causa de la excusa o la decisión de la remoción del tutor podrá generar desprotección o indefensión al menor. En ese caso, el Juez debe actuar de oficio, solicitando la colaboración necesaria de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal.

Sección 3.ª Del ejercicio de la tutela

Artículo 224

Serán aplicables a la tutela, con carácter supletorio, las normas de la curatela.

COMENTARIO

BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS

La Sección 3.ª, relativa al ejercicio de la tutela, comienza con este art. 224, que declara la aplicación subsidiaria de las normas relativas al ejercicio de la curatela, o sea, de los arts. 282 a 290, en todas aquellas cuestiones que no se regulen expresamente en la citada Sección.

Estos artículos se refieren a las obligaciones del curador durante el ejercicio de la curatela (art. 282), al nombramiento de defensor judicial cuando el curador no puede desempeñar su cargo o cuando exista conflicto de intereses entre aquél y la persona a la que preste apoyo (art. 283), a la posibilidad de que la autoridad judicial, por concurrir razones excepcionales, pueda exigir al curador la constitución de fianza (art. 284), a la obligación del curador con facultades representativas de hacer inventario del patrimonio de la persona a la que asiste (arts. 285 y 286) y a los actos para cuya realización el curador con facultades representativas precisa autorización judicial (arts. 287 a 290). Para el análisis de estas cuestiones nos remitimos al comentario de los citados artículos realizados en esta misma obra.

La redacción de este artículo se incluyó en el Proyecto de Ley cuando, en su tramitación, se encontraba en el Senado, pues, hasta ese momento, el texto del artículo era el siguiente: «El ejercicio de la tutela se regirá por las normas relativas al de la curatela con las particularidades establecidas en los artículos siguientes», es decir, contenía una norma de remisión a la regulación del ejercicio de la curatela, concretamente a los arts. 282 a 290, respecto del que se reconocían unas particularidades que afectan únicamente a la tutela de los menores de edad y que se recogen en los arts. 225 a 230. De este modo, lo que antes eran unas particularidades, ahora son el régimen principal, y lo que antes era la regulación fundamental, ahora es normativa supletoria.

El reconocimiento en esta Sección de unas normas específicas para el ejercicio de la tutela es lógico, toda vez que la situación del sujeto objeto de tutela (el menor de edad) es diferente a la del sujeto sometido a curatela (persona con discapacidad). Precisamente, uno de los mayores problemas que presentaba la legislación anterior era la aplicación de una única normativa, la de la tutela, a personas menores de edad y a personas incapacitadas, cuya situación y cuyas necesidades son claramente diferentes.

Ahora bien, hemos de advertir que, con carácter general, las normas establecidas para la tutela de menores son, en realidad, transcripción de algunos de los artículos de la regulación anterior de la tutela. Ante la necesidad de establecer un régimen jurídico distinto para los menores y para los discapacitados, el legislador se ha preocupado de regular con más detalle el relativo a estos últimos que el de aquéllos. En definitiva, como se verá en las páginas que siguen, muchos de los problemas que se suscitaban en la legislación anterior se siguen manteniendo ahora para la tutela de los menores.

Debe advertirse que estas normas se aplican también a las tutelas constituidas bajo la normativa derogada, pues, según la Disposición transitoria segunda, «los tutores (...) nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán su cargo conforme a las disposiciones de esta ley a partir de su entrada en vigor (...)», a cuyo comentario en esta misma obra nos remitimos.

Artículo 225

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.

COMENTARIO

BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS

SUMARIO.—I. ÁMBITO DEL PRECEPTO: LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA DEL TUTOR. II. EXCEPCIONES A LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL TUTOR. 1. *Determinación de los actos excluidos de la representación legal del tutor.* 2. *Especial referencia a los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad del menor.*

I. ÁMBITO DEL PRECEPTO: LA FUNCIÓN REPRESENTATIVA DEL TUTOR

El antiguo art. 267 CC establecía que «el tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación».

Obviando la supresión de las referencias al incapacitado y a la sentencia de incapacitación, lógica pues estamos ante una tutela de menores, las diferencias más importantes entre este precepto y el nuevo art. 225 son, por un lado, la eliminación de la excepción a la representación legal del tutor de los actos que el menor pueda hacer por disposición expresa de la ley y, por otro, la inclusión de la excepción de dicha representación de los actos para los que el menor precise únicamente asistencia.

Al decir el art. 225 CC que la representación legal del tutor queda excluida cuando el menor pueda realizar el acto por sí solo, entendemos que es, o bien porque tiene condiciones de madurez suficientes para llevarlo a cabo por sí solo, o bien porque la Ley le permite actuar por sí mismo.

Por otro lado, la excepción a la representación legal del tutor de los actos para los que el menor «únicamente precise asistencia» es coherente, toda vez que, si lo que procede para un acto concreto es la asistencia, no es posible una actuación representativa, por la propia configuración de una y otra. Ahora bien, no hay un precepto que establezca cuáles son los actos para los que el menor únicamente precisa asistencia, sino que dichos actos se encuentran dispersos en distintas normativas [p. ej., el art. 20.2.b) CC, según el cual, la declaración de opción por la nacionalidad española se formulará: «por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años»]. En consonancia con lo dispuesto en el art. 225, el art. 1263, p. 1.º, CC establece que «los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con

asistencia de sus representantes legales y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales».

En definitiva, el art. 225 viene a reflejar la esencia del cargo de tutor: suplir o sustituir jurídicamente al tutelado para todos aquellos actos que por razón de su minoría de edad no pueda realizar por sí mismo⁴⁰⁰, ya sean del ámbito personal o del patrimonial, puesto que el Código no hace distinción. La posibilidad de actuación del tutor en la esfera personal del tutelado se deduce de otros artículos que regulan la tutela, como el art. 228, relativo a las funciones del tutor (velar por el tutelado y, en particular, procurarle alimentos, educar al menor y procurarle una formación integral, promover su mejor inserción en la sociedad...), o el art. 218.1.º, que reconoce la posibilidad de existencia de un tutor para la persona del tutelado y otro para sus bienes.

II. EXCEPCIONES A LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL TUTOR

Como veíamos anteriormente, la representación legal del tutor queda excluida cuando el menor pueda realizar el acto por sí solo, porque o bien tiene condiciones de madurez suficientes para llevarlo a cabo por sí solo, o bien la Ley le permite actuar por sí mismo.

El recurso a las condiciones de madurez como criterio determinante de la actuación del menor —y la consiguiente exclusión de la representación del tutor— puede provocar problemas interpretativos y de seguridad jurídica, pues nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, pero también, como tendremos ocasión de ver más adelante, permite el análisis del caso concreto y evita los problemas de rigidez a que puede dar lugar la fijación de una edad específica para la realización de determinados actos.

Igualmente, queda excluida la representación legal del tutor en aquellos actos para los que el menor «únicamente precise asistencia», pues, en estos casos, es el menor el que tiene que prestar el consentimiento para el acto de que se trate, al cual ha de unirse la conformidad del tutor.

Pero no son estos los únicos casos en los que queda excluida la representación del tutor, porque, del análisis de otros preceptos del Código, se desprenden algunas situaciones en las que queda excluida la actuación representativa del tutor:

1. DETERMINACIÓN DE LOS ACTOS EXCLUIDOS DE LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL TUTOR

En materia de tutela no hay ningún precepto que, de forma similar al art. 162 —relativo a la patria potestad—, enumere los actos en los que la representa-

400. GIL RODRÍGUEZ, J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 765.

ción del tutor queda excluida. Según este precepto: «Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados».

Se exceptúan:

1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.

No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia.

2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo.

3.º Los relativos a bienes que estén excluidos de la administración de los padres.

Para celebrar contratos que obliguen al hijo a realizar prestaciones personales se requiere el previo consentimiento de este si tuviere suficiente juicio, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 158».

La exclusión de la representación legal del tutor de los actos en los que exista conflicto de intereses entre éste y el menor se deduce, por un lado, de la prohibición impuesta al tutor en el art. 226.2.º, que será objeto de análisis en el comentario de dicho artículo, de «representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses» y, por otro, de la previsión de nombramiento de un defensor judicial, recogida en el núm. 1.º del art. 235 CC, para que actúe en los casos en los que concurra dicho conflicto, previsión similar a la del art. 163 en materia de patria potestad.

Respecto de la exclusión de los actos relativos a los bienes que estén excluidos de la administración de los padres, el art. 164 enumera cuáles sean esos bienes. Sin embargo, en materia de tutela sólo encontramos la previsión del art. 205: «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». Este artículo sustituye al anterior art. 227, cuya correspondencia en materia de patria potestad se encuentra en el núm. 1.º del citado art. 164⁴⁰¹.

401. Sobre el régimen jurídico del administrador nombrado por el disponente a título gratuito, *vid.* SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., «La intervención judicial en la gestión del patrimonio de los menores e incapacitados», Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 274-295, y MATEO SANZ, J. B., «El administrador nombrado por el que dispone de bienes a título gratuito a favor del menor sujeto a patria potestad», *Act. Civ.*, núm. 11, noviembre, 2014, pp. 1142-1155.

Mayores problemas plantea la representación del tutor en el ámbito de los derechos de la personalidad, pues ni en la regulación anterior ni en la actual existe una norma en materia de tutela correlativa al pár. 1.º del art. 162 CC. Tradicionalmente, a falta de una normativa en sede de tutela que se refiera expresamente a los derechos de la personalidad, se ha acudido a la aplicación analógica, cuestión de la que nos ocuparemos en el epígrafe siguiente.

2. ESPECIAL REFERENCIA A LOS ACTOS DE EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD DEL MENOR

Como ha quedado apuntado, admitida la posibilidad de que el tutor represente al tutelado en su esfera personal, uno de los principales problemas que se suscitaba en la legislación anterior, y que tras la reforma persiste, es el relativo a si dentro de dicha representación se incluyen los actos de ejercicio de los derechos de la personalidad.

El art. 162 CC, antes de la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, excluía los derechos de la personalidad de la representación legal que ejercen los padres en relación a sus hijos, en los siguientes términos: «1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo».

Indicaba Montés Penadés que «en esta excepción han sido entremezclados dos órdenes de conceptos: por una parte, los actos relativos a los derechos de la personalidad y otro tipo de actos y, por otra, las referencias a las Leyes y a las condiciones de madurez»⁴⁰². Para González Morán, la redacción de este número primero del art. 162 CC no es, evidentemente, muy afortunada; era mucho más diáfana la fórmula presentada por el profesor Díez-Picazo en abril de 1978 al Grupo de Trabajo de la Comisión General de Codificación: «Se exceptúan del poder de representación legal de los padres 1.º los derechos de la personalidad que el hijo esté en situación de ejercitar por sí mismo de acuerdo con su madurez»⁴⁰³. Propuesta que, como veremos, está en la línea de la redacción actual del precepto.

En consecuencia, la cuestión consistía en dilucidar si la excepción se refería, por un lado, a los derechos de la personalidad, sin matización alguna, y, por otro, a los actos que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, podía realizar por sí mismo, con lo que estaríamos ante una excepción absoluta en relación con los derechos de la personalidad, o si,

402. MONTÉS PENADÉS, V. L., *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1085.

403. GONZÁLEZ MORÁN, L., *El artículo 162-1.º del Código civil y el derecho del menor a la salud*, en «La tutela de los derechos del menor», Córdoba, 1984, p. 217.

por el contrario, cabría la actuación representativa de los padres en el caso de que las leyes o las condiciones de madurez del hijo impidiesen una actuación personal del mismo, considerándola, de este modo, como una excepción relativa.

La exclusión de los actos relativos a los derechos de la personalidad del ámbito de la representación legal se ha considerado como una forma de maximizar el respeto del ordenamiento al carácter personalísimo de estos derechos y del acto de su ejercicio, ya que este carácter impide el fenómeno de la representación, a diferencia de lo que ocurre en las relaciones patrimoniales⁴⁰⁴. Por estas razones, un sector doctrinal consideraba que en los derechos de la personalidad no cabe la representación de los padres, y si éstos adoptasen alguna decisión respecto de aquéllos —por ejemplo, autorizar una operación quirúrgica porque el hijo no puede actuar o decidir—, lo harían en cumplimiento de su deber de velar por él, no como representantes legales⁴⁰⁵. Por el contrario, otro sector doctrinal defendía que la intervención de los padres en este ámbito cuando el menor carece de condiciones de madurez suficiente es siempre una actuación representativa, pues actúan en su nombre, argumentando que lo contrario supondría la desprotección del hijo en el ejercicio de sus derechos de la personalidad⁴⁰⁶.

Una vez admitida la posibilidad de representación legal en relación con los derechos de la personalidad, se planteaba la cuestión de si es necesario, para que se produzca la excepción, que se dé tanto la previsión legal como las condiciones de madurez. A pesar de que la letra del precepto parecía inducir a la exigencia concurrente de ambas cosas, la mayoría de la doctrina deducía que las condiciones de madurez deben ser referidas a los derechos de la personalidad, y que la referencia a las leyes había de ponerse en relación con ese otro tipo de actos⁴⁰⁷.

404. RAMOS CHAPARRO, E., *La persona y su capacidad civil*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 256.

405. Díez-Picazo, L., «La reforma del Código civil en materia de patria potestad», en *La reforma del Derecho de Familia*, Sevilla, 1982, p. 304. En el mismo sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho Civil*, IV, Bosch, Barcelona, 2002, p. 289; CLEMENTE MEORO, M., *Derecho de Familia*, coord. ROCA, 3.ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 351; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, T. II (1952), Civitas, Madrid, 1984, p. 179; MARTÍNEZ SANCHÍZ, «Influencia del Derecho Público sobre el Derecho de Familia», *RDN*, abril-junio, 1986, pp. 144-145; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., «La tutela. Actos personalísimos», en *La protección jurídica del discapacitado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 161; TORRELLES TORREA, E., «La tutela del menor y la habilitación de edad en el Código de Familia», *Act. Civ.*, núm. 34, septiembre, 2001, p. 1227.

406. Entre otros, SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil IV* (LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros), vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1989, p. 256; DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., «La patria potestad tras la reforma del Código Civil», *AAMN*, T. XXV, p. 392; VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación y disposición de los bienes de los hijos*, Colex, Madrid, 1989, p. 144.

407. DE PRADA GONZÁLEZ, J. M., «La patria potestad...», cit., p. 392; GONZÁLEZ MORÁN, L., «El artículo...», cit., p. 218; MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentarios a...», cit., pp.

A este respecto, en un trabajo anterior⁴⁰⁸, tras analizar la antigua redacción del art. 162.1.º manifesté que, ante un caso de ejercicio de un derecho de la personalidad por un menor, a falta de previsión legal al respecto, había que atender a las condiciones de madurez del mismo, y, si las poseía, era el propio menor el que ejercitaba el acto; en caso contrario, es decir, careciendo el menor de las precisas condiciones de madurez, actuaban los representantes legales. Ahora bien, existiendo regulación legal al respecto, era ésta la que primaba en todo caso.

En esta línea, la citada Ley 26/2015 ha modificado el art. 162.1.º CC, y en su nueva redacción exceptúa de la representación legal: «Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia». Por tanto, los padres representarán a sus hijos menores no emancipados en el ejercicio de los derechos de la personalidad cuando dichos menores no tengan suficientes condiciones de madurez para ejercitarlos por sí mismos. En caso contrario, es decir, cuando los menores tengan condiciones de madurez suficientes, se excluye la representación, y serán los propios menores los que realicen los actos derivados del ejercicio de los citados derechos, salvo que, como veíamos anteriormente, la ley establezca, para un acto concreto, un régimen distinto.

Es cierto que la madurez es un concepto indeterminado y, como tal, puede provocar inseguridad jurídica, pero también lo es que, ante un conjunto de supuestos tan dispares como los que se pueden incluir dentro del concepto de «actos relativos a los derechos de la personalidad», la referencia a las condiciones de madurez permite atender al caso concreto y evitar los problemas que puede plantear la fijación de un límite estricto de edad, puesto que la edad variará dependiendo del acto de que se trate, de la naturaleza y trascendencia del mismo. Ahora bien, el problema se plantea a la hora de determinar en qué consisten las condiciones de madurez. Es generalizada la opinión⁴⁰⁹ de hacer coincidir la madurez con la capacidad natural de discernimiento o capacidad de entender la trascendencia del acto en cuestión, y considerar que la determinación de su concurrencia dependerá en cada caso del sujeto y del acto de que se trate; es decir, su valoración ha de hacerse de forma singularizada.

1085 y 1086; URIBE SORRIBES, A., «La representación de los hijos», *AAMN*, T. XXV, pp. 261 y 262, y VENTOSO ESCRIBANO, A., *La representación...*, cit., p. 145.

408. SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de los menores e incapacitados*, Tirant lo blanch, Valencia, 2005, p. 60.

409. Díez-PICAZO, L., «La reforma...», cit., p. 304; GONZÁLEZ MORÁN, L., «El artículo...», cit., p. 218, y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Notas sobre la protección del menor en la esfera de los denominados 'derechos de la personalidad' con especial referencia a la imagen», en *La tutela de los derechos del menor*, Córdoba, 1984, p. 225.

Aunque de la lectura del art. 162.1.º CC parece desprenderse que, en el caso de que los menores carezcan de condiciones de madurez, la actuación de los representantes legales es bastante amplia, en determinadas ocasiones, y dada la especial naturaleza de los actos que estamos tratando, la ley establece mecanismos de control, como es el caso del citado art. 3 de la LO 1/1982, que exige intervención del Ministerio Fiscal, y, en su caso, autorización judicial, para el ejercicio de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Además, hay que tener en cuenta el art. 158 n.º 6, que con carácter general establece: «El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: 6.º En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas. Se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses», precepto aplicable a la tutela por remisión expresa del art. 200 CC.

Finalmente, hemos de prestar atención a la norma que se introdujo en el pár. 2.º del art. 162.1.º CC, en el que se faculta a los padres, aun cuando los menores tengan suficientes condiciones de madurez, para «intervenir» en los actos relativos a los derechos de la personalidad que los menores realicen, «en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia», lo cual va a plantear, sin duda, problemas interpretativos y de aplicación en la práctica, sobre todo a la hora de determinar qué se entiende por «intervención» y cuáles son los efectos y el alcance de la misma, principalmente cuando la opinión de los padres sea contraria a la decisión del menor.

En conclusión, la falta de una previsión específica respecto a la actuación del tutor en relación a los actos relativos a los derechos de la personalidad de los menores obliga a acudir a la aplicación analógica del art. 162 CC, habiéndose perdido la oportunidad de incluir, tras la reforma, un artículo en la tutela que regulase esta cuestión, o que, por lo menos, se remitiese al citado precepto.

Artículo 226

Se prohíbe al tutor:

- 1.º *Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión.*
- 2.º *Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.*
- 3.º *Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.*

COMENTARIO

BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS

SUMARIO.—I. CUESTIONES PREVIAS. II. PROHIBICIÓN DE RECIBIR LIBERALIDADES. 1. Finalidad de la norma. 2. Ámbito de aplicación. 1.1. Ámbito objetivo. 1.2. Ámbito subjetivo. 1.3. Ámbito temporal. III. PROHIBICIÓN DE REPRESENTAR AL TUTELADO. 1. Finalidad de la norma: la exclusión del autocontrato. 2. El conflicto de intereses como base de la prohibición. 2.1. En qué consiste el conflicto de intereses. 2.2. La influencia del conflicto de intereses en los supuestos de representación legal. 2.3. Supuestos en los que falta el conflicto de intereses. IV. PROHIBICIÓN DE TRANSMITIR Y ADQUIRIR POR TÍTULO ONEROSO. V. SANCIÓN PARA EL CASO DE CONTRAVENCIÓN DE LAS PROHIBICIONES.

I. CUESTIONES PREVIAS

El precedente de este artículo es el antiguo art. 221, cuyo texto es idéntico salvo el primer inciso del precepto, pues mientras que actualmente el precepto comienza diciendo que «Se prohíbe al tutor: (...)», el anterior art. 221 disponía que «Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar: (...)», modificación acorde con la ubicación sistemática del precepto, la tutela de menores.

La base de los tres supuestos que recoge el precepto en sus tres números es el conflicto de intereses que puede producirse entre el tutor y el tutelado; no obstante, el precepto recoge situaciones distintas que precisan un tratamiento diverso.

II. PROHIBICIÓN DE RECIBIR LIBERALIDADES

1. FINALIDAD DE LA NORMA

La prohibición recogida en el número primero del artículo objeto de comentario tiene como finalidad evitar la captación de la voluntad del tutelado por parte del tutor.

Se trata de asegurar la libertad de la persona sometida a tutela, ya que, dadas las especiales características de la relación tutelar, es posible que el tutor capte la voluntad del tutelado, es decir, el legislador presume que, cuando una persona sometida a tutela realiza una donación a favor del tutor, lo puede hacer influenciado por éste, y con el establecimiento de esta prohibición impide que dicha situación pueda tener lugar.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMA

2.1. Ámbito objetivo

El objeto de la prohibición, según el tenor literal del precepto, son las «liberalidades», es decir, los actos que tienen carácter lucrativo.

Para determinar a qué se refiere el precepto con dicha expresión, hemos de acudir a otro precepto del Código, el art. 287.5.º, en el que se exige al tutor autorización judicial para repudiar «las liberalidades». Como afirma PAU PEDRÓN, la limitación impuesta al tutor se extiende a todos los actos de liberalidad, no sólo a la donación, sino también a la condonación, a la cesión gratuita de un crédito, a la promesa unilateral y a los legados⁴¹⁰.

Ahora bien, en materia de sucesión *mortis causa*, el art. 753.1 CC dispone que «tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela». Por tanto, debemos excluir del ámbito de aplicación del art. 226.1.º CC las disposiciones testamentarias.

Otra cuestión que se plantea es la relativa a si la renuncia del tutelado a la rendición de la cuenta puede entenderse incluida en el ámbito de aplicación del precepto comentado. Al respecto, PANTALEÓN sostiene que parece indudable que la renuncia a la rendición de la cuenta general de la tutela y, consecuentemente, al saldo que ésta pudiera arrojar en favor del que estuvo sometido a la misma encaja dentro del ámbito de actos prohibidos por el precepto, al tratarse dicha renuncia de un ejemplo clásico de donación indirecta. La finalidad perseguida por la norma, evitar la captación de la voluntad del tutelado, de la que luego nos ocuparemos, es extensible al supuesto de esta renuncia, pues se trata de proteger al ex pupilo que, pese haber alcanzado la mayoría de edad, se encuentra, normalmente, en un estado de sujeción moral frente al que fue su tutor⁴¹¹.

Aclaran DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que, a diferencia de la renuncia al saldo de la cuenta en contra del tutor, a la que se le aplicaría la prohibición, no entraría dentro de ésta la renuncia a la rendición de cuentas, pues el no rendir cuentas no es una liberalidad⁴¹².

2.2. Ámbito subjetivo

El art. 226.1.º prohíbe al tutor recibir liberalidades «del tutelado o de sus causahabientes». De este modo, este artículo extiende la prohibición, igual que hacía su precedente (art. 221.1.º CC), a los causahabientes del tutelado. Dicha extensión provoca los mismos problemas interpreta-

410. PAU PEDRÓN, A., *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela* (art. 272 C.c.), Tecnos, Madrid, 1986, p. 568. En el mismo sentido, GIL RODRÍGUEZ, J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 803; GONZÁLEZ POVEDA, P., *Aspectos patrimoniales del ejercicio de la tutela*, en «Los discapacitados y su protección jurídica», EDJ, núm. 22, Madrid, 1999, p. 150.

411. PANTALEÓN PRIETO, A. F., *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela* (art. 279 C.c.), Tecnos, Madrid, 1986, p. 643.

412. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil I*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 278.

tivos que se planteaban con la redacción anterior y que el legislador no ha resuelto.

Como se ha apuntado anteriormente, el fundamento de esta prohibición es evitar la captación de la voluntad del tutelado por parte del tutor. Dicho fundamento es coherente si referimos la prohibición al tutelado, pero no a los causahabientes, pues éstos no han tenido ninguna relación de sujeción con el tutor. Tampoco cabe la explicación de que se trata de impedir la simulación relativa, por interposición de persona, puesto que ha de entenderse que los causahabientes son, como ahora veremos, los herederos del tutelado⁴¹³.

La única explicación, apunta la doctrina, se encuentra en un desdichado y acrítico seguimiento de lo dispuesto en la redacción anterior a la reforma de 1981 del art. 285.1 CC derogado por la presente reforma, que prohibía a los causahabientes del menor celebrar con el tutor convenio alguno que se relacionara con la gestión de la tutela hasta pasados quince días de la rendición de cuentas. Precisamente, una coordinada interpretación del término «causahabientes» en ambas redacciones del citado precepto es lo que lleva a proponer, en el anterior art. 221.1.º y en el vigente 226.1.º, una interpretación del concepto de causahabientes en el que se entiendan incluidos únicamente los herederos de quien ha estado sujeto a tutela. En definitiva, la prohibición debe entenderse limitada a los adquirentes del saldo que arroje la cuenta de la gestión mientras ésta no resulte aprobada. La liberalidad, por consiguiente, se refiere a todo o parte de ese crédito⁴¹⁴.

2.3. Ámbito temporal

La prohibición se aplica «mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión» (la del tutor), por tanto persiste, a pesar de haberse extinguido la tutela, hasta que se produzca dicha aprobación. Según el art. 232 CC, el tutor, al cesar en sus funciones, deberá rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de su administración en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa (párr. 1.º), prescribiendo la acción para exigir la rendición de esta cuenta en el plazo de cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla.

Por tanto, la prohibición cesará para el tutor una vez aprobada la cuenta general justificada de su administración, o cuando prescriba la acción para exigir la rendición de dicha cuenta.

413. HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 688.

414. HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 688; BADOSA COLL, F., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 256; ARROYO I AMAYUELAS, E., *Com. Lex Nova*, p. 347.

III. PROHIBICIÓN DE REPRESENTAR AL TUTELADO

1. FINALIDAD DE LA NORMA: LA EXCLUSIÓN DEL AUTOCONTRATO

La finalidad del art. 226.2.º CC es evitar la concurrencia de la figura del autocontrato o contrato consigo mismo, la cual es definida por LACRUZ como «el fenómeno jurídico que se produce cuando una persona, actuando en nombre e interés propio y también en el de otra persona a quien representa o en nombre de dos personas diferentes cuyas respectivas representaciones ostenta, realiza un negocio que las relaciona y del que derivan consecuencias jurídicas para ambas»⁴¹⁵.

De esta definición podemos extraer dos conclusiones. En primer lugar, que para que se produzca el autocontrato se precisa un negocio o acto jurídico de naturaleza o estructura bilateral, es decir, requiere la presencia de dos voluntades⁴¹⁶. En segundo lugar, que este fenómeno se produce tanto cuando una persona actúa en nombre propio como titular de un patrimonio y en representación de otra (representación simple), como cuando la misma actúa en representación de dos personas diferentes (doble representación).

2. EL CONFLICTO DE INTERESES COMO BASE DE LA PROHIBICIÓN

2.1. En qué consiste el conflicto de intereses.

El mayor problema que plantea la figura del autocontrato es el riesgo de actuación parcial de la persona que lo lleva a cabo, la cual puede anteponer sus intereses a los del representado, unos y otros en conflicto. De ahí que se admita bajo ciertos presupuestos.

De la STS 5.11.1956 (RJ 1956, 3430) se deducen tres afirmaciones fundamentales: 1.ª Las reglas concretas de la inadmisibilidad tienen como única finalidad la de prevenir colisiones de intereses. 2.ª Cuando falta la colisión de intereses y no se pone en riesgo la imparcialidad o rectitud del autocontratante, no hay razón suficiente para negar eficacia al autocontrato. 3.ª La autocontratación está admitida cuando media la licencia correspondiente del *dominus negotii*⁴¹⁷.

Corresponde ahora analizar con más detenimiento cada una de ellas, para lo cual hemos de partir del concepto de conflicto de intereses y de su influencia en los supuestos de representación legal.

415. LACRUZ BERDEJO, J. L., y otros, *Elementos de Derecho Civil*, I, vol. 3.º, Dykinson, 1999, p. 305.

416. La STS 9.6.1997 (RJ 1997, 4733) dice expresamente que «para poder hablar de autocontratación es preciso que exista un negocio de naturaleza bilateral».

417. DÍEZ-PICAZO, L., *La representación en el Derecho privado*, Civitas, 1979 (reimpresión 1992), p. 208.

La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia que se han ocupado de determinar qué debe entenderse por conflicto de intereses lo han hecho a propósito de su posible concurrencia en la patria potestad y en la tutela, es decir, entre padres e hijos o entre tutor y pupilo. La STS 6.6.1934 dijo que «existen intereses opuestos en un asunto, negocio o pleito, cuando su decisión normal recae sobre valores patrimoniales que, si no fueran directa o indirectamente atribuidos al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo, o viceversa»⁴¹⁸, opinión reiterada por la STS 30.11.1961 (RJ 1961, 4445)⁴¹⁹. Estas sentencias se refieren únicamente a asuntos patrimoniales.

No obstante, MANRESA dio un concepto de conflicto de intereses sin limitarlo al campo patrimonial, concurriendo dicho conflicto «cuando el interés personal del padre se encuentre en antítesis con el de sus hijos, de modo que el primero para proveer a su propia defensa se ve constreñido a agravar la condición o posición de los segundos, correspondiendo a las ventajas de uno el daño de los otros»⁴²⁰.

En la actualidad, la mayoría de la doctrina⁴²¹ y la jurisprudencia⁴²² se inclina por ampliar la definición de intereses contrapuestos a asuntos familiares y personales (por ejemplo, el ejercicio de acciones de filiación).

2.2. La influencia del conflicto de intereses en los supuestos de representación legal

El autocontrato puede darse tanto en la representación voluntaria como en la representación legal⁴²³ y, por tanto, situaciones de conflicto de inte-

418. Reproduce esta sentencia la definición de conflicto de intereses dada por GONZÁLEZ, J., *El defensor judicial*, RCDI, febrero, 1930, p. 257.

419. Dice esta Sentencia: «Hay incompatibilidad de intereses siempre que el beneficio patrimonial de una sea en perjuicio del patrimonio de otra».

420. MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª., *Comentarios al Código Civil Español*, T. II, Reus, Madrid, p. 77. En parecida dirección se encuentra la STS 9.5.1968 (RJ 1968, 3721).

421. Por ejemplo, DE LA CUESTA Y AGUILAR, J., *La tutela familiar y disposiciones a favor del menor e incapaz*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 70 a 72; FLORENSA I TOMAS, C. E., *El defensor judicial*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 73 y 95 a 101; MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS, E., «Representación paterna y oposición de intereses», *RDN*, abril-junio, 1984, pp. 227 y 228; MONTÉS/GAVIDIA, *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, t. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1093; MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial*, Montecorvo, Madrid, 1989, pp. 92 a 97; MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *RDP*, abril, 1985, p. 323; PUIG FERRIOL, L., *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 768.

422. Vid. SSTS 5.6.1997 (RJ 1997, 4605), 18.12.1999 (RJ 1999, 8981), 7.11.2002 (RJ 2002, 9484) y 17.1.2003 (RJ 2003, 433).

423. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS considera que el hecho de que en la representación legal el representado no pueda prestar su consentimiento, por falta de capacidad para ello, no supone que sea imposible la figura de la autocontratación desde el punto de vista estructural. Como el menor no puede actuar, la ley le provee de una persona—su represen-

tes pueden presentarse tanto en uno como en otro caso; lo que ocurre es que, en la representación legal, la existencia del citado conflicto crea, por así decirlo, más desconfianza, dada la especial situación en la que se encuentra el sometido a ella, de ahí la norma prohibitiva recogida en el precepto objeto de comentario: En la representación voluntaria, es el propio representado el que legitima al representante, puede colaborar con él en la gestión y, lo que es más importante, puede darle instrucciones que éste debe respetar, todo esto unido al hecho de que el representado puede reaccionar ante la conducta impropia del representante; sin embargo, en la legal, el representado se encuentra al margen de toda actuación del representante, puesto que él no puede actuar por sí. Esta diferencia entre una y otra representación hace que necesariamente el conflicto de intereses se presente de manera distinta en la legal, debido a la mayor indefensión en la que se encuentra el representado. El Código civil establece cautelas al respecto, impidiendo la actuación de los representantes legales cuando exista conflicto de intereses entre estos y los menores, en cuyo caso se procederá al nombramiento de un defensor judicial.

Hasta ahora hemos venido hablando de contraposición de intereses entre representante y representado, pero cabe preguntarse si el conflicto puede darse también en los supuestos de doble representación, es decir, cuando el tutor actúa en representación de dos patrimonios de titulares diferentes (el del menor, por un lado, y el de un tercero, por otro).

En la representación simple, al actuar el representante también como titular de su propio patrimonio, pone en juego sus intereses, y es previsible que mire antes por éstos que por los del representado; sin embargo, en la representación doble, al ser representante de dos patrimonios y no estar involucrados sus propios intereses, no tiene un interés personal, por lo que parece no haber razón para que el conflicto se produzca, es decir, se parte de la imparcialidad del representante⁴²⁴. Así, la SAP Castellón 1.2.1999 (AC 1999, 438), en un supuesto de doble representación, legal y orgánica, declaró válido el autocontrato por inexistencia de conflicto de intereses: el contrato objeto de discusión (apertura de una cuenta corriente) fue realizado por una misma persona, la cual, además de ser representante legal de la menor demandada en el momento de la perfección del mismo, era Director de la sucursal del banco en el cual fue abierta la citada cuenta a nombre de la menor.

No obstante, puede oponerse a este razonamiento que, si bien es cierto que se produce una disminución del riesgo de conflicto de intereses, el repre-

tante— que actuará por él. Hay, pues, dos personas, igual que en la representación voluntaria (*El autocontrato*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 73 y 74).

424. ROCA-SASTRE, *Estudios de Derecho Privado I. Obligaciones y contratos*, Madrid, 1948, p. 153, y WAKE, «La autocontratación en el derecho de representación romano y moderno», *AAMN*, t. XXIX, p. 266.

sentante no tiene por qué ser en todo caso imparcial, pues es posible que no siempre actúe en interés ajeno, por tener intereses propios en el negocio que realiza por cuenta de sus representados; así, puede ocurrir que uno de los representados, el tercero, ofrezca al representante una remuneración en proporción al precio que alcance la operación de que se trate. En este caso es obvio que el representante intentará satisfacer los intereses del que le ofrece la remuneración, sacrificando necesariamente los del otro representado, el menor. Pero incluso en el caso de que el representante no tenga interés personal se plantean problemas: todo representante, en general, tiene la obligación de procurar para su representado lo que le sea mejor, es decir, debe obtener el máximo beneficio, y, en el caso de la doble representación, al haber un único representante, no es posible que obtenga el máximo beneficio para los dos representados⁴²⁵. En este sentido se manifestó la RDGRN 26.9.1951 (RJ 1951, 2037), en un supuesto de doble representación, legal y voluntaria, pues la persona actuó como defensor judicial de la heredera menor y, además, como apoderado del cónyuge viudo.

2.3. Supuestos en los que falta el conflicto de intereses

La norma objeto de comentario admite la validez del autocontrato en aquellos casos en que, aunque no pueda existir declaración de voluntad del representado al respecto, el negocio se estructura de forma que queda excluida totalmente la posibilidad de conflicto de intereses entre representante (tutor) y representado (menor). Para determinar cuándo existe conflicto de intereses habrá que estar al caso concreto; no obstante, es posible señalar ciertos supuestos en los que generalmente dicho conflicto no aparece:

a) Disposiciones a título gratuito a favor del representado.

El supuesto típico de disposiciones a título gratuito es el de las donaciones. Según el art. 618 CC, «la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta», de donde se deduce que la donación produce un enriquecimiento en el donatario y un empobrecimiento en el donante, por lo que sólo en el caso de que el representado (el menor) fuera el donatario cabría aceptar el autocontrato (si el donante fuera el representado, sufriría un empobrecimiento, porque la cosa pasaría de su patrimonio al del donatario, el representante, que se enriquecería, dando lugar de este modo a un conflicto de intereses).

425. Dice DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS que «para cada representado, el interés del otro representado es un interés ajeno, como ajeno es el interés personal del representante. En la representación doble, no por el hecho de que el representante no sea portador de un interés propio existe menos riesgo para el representado inicial o para cada uno de los representados, puesto que siempre para éstos hay un interés ajeno que está en contraposición con el suyo propio» (*El autocontrato*, cit., pp. 77 y 78).

Cabe preguntarse qué ocurre en los casos de donaciones modales o con causa onerosa. Para este tipo de donaciones, el art. 619 CC establece que el gravamen que se impone al donatario ha de ser inferior al valor de lo donado; por tanto, en principio, el donatario no sufriría perjuicio alguno⁴²⁶.

En relación a la capacidad necesaria para aceptar donaciones, el art. 625 CC dispone que «podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por ley para ello», de donde se deduce que para aceptar donaciones no hace falta la capacidad general para contratar, sino que basta con la llamada capacidad natural de entender y querer. Si el representado no posee esa capacidad, será preciso que la donación la acepte el representante legal. No ocurre lo mismo en el caso de donaciones con carga, ya que el art. 626 CC establece que «las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes», de modo que para aceptar este tipo de donaciones hace falta la capacidad general para contratar, de la que los menores carecen, debiendo actuar por ellos sus representantes legales. Admitida la posibilidad de que los representantes legales acepten donaciones en nombre de los menores, resulta indiferente, en principio, que el donante sea un tercero o el propio representante legal.

En este sentido se ha pronunciado la STS 5.11.1956 (RJ 1956, 3430) en materia de patria potestad. En ella, un padre dona la nuda propiedad de tres fincas a sus hijos menores de edad, aceptando aquél la donación en nombre de éstos. Posteriormente, el padre (demandante) pretendió que se considerara ineficaz la donación por la aceptación que él hizo a nombre de sus hijos (demandados). El Tribunal Supremo desestimó tal pretensión, en base a que la razón del rechazo del autocontrato es prevenir el conflicto de intereses que ponga en peligro la imparcialidad del representante y, en este caso, «ni se dice cuál sea esa oposición de intereses entre el padre recurrente y los hijos demandados, ni en qué consistía el perjuicio que con un acto esencialmente lucrativo como la donación haya podido inferirse a éstos».

b) Contenido contractual predeterminado.

Con carácter general, el conflicto de intereses queda excluido si, por la forma de celebrarse el contrato, sus condiciones han de quedar fijadas a través

426. Sin embargo, para MOSCO, la posibilidad de que se produzca una donación del representante al representado, aceptada por el primero en nombre del segundo, es inaceptable, aunque se trata de una donación sin carga alguna, porque el *dominus* puede tener un interés de conveniencia, moral o de otra clase, en no aceptar la donación. En cambio, este autor se muestra favorable a la admisibilidad de otros negocios gratuitos del representante a favor del representado, como un contrato de comodato o de depósito gratuito, realizables con beneficio para el representado y sin ningún conflicto de intereses, especialmente si el apoderamiento es de larga duración (*La representación voluntaria*, trad. esp., notas sobre legislación española por CERRILLO QUILEZ, Barcelona, 1963, p. 444).

de un mecanismo ajeno a la voluntad de las partes, y, por tanto, no hay posibilidad de que se produzca el conflicto, puesto que el representante no tiene margen de actuación y no puede anteponer sus intereses a los del representado. En algunos casos es el Estado el que, por razones de política económica o social, impone un contenido imperativo e irrenunciable (contratos normados). En otros casos, especialmente en el ámbito de las grandes empresas, se establecen unos «contratos tipo o en masa», en los que al contratante sólo le queda la posibilidad de aceptar o rechazar el contrato, pero no puede añadir ninguna cláusula ni modificar las ya establecidas; es lo que se denomina contratación por adhesión. Por último, tampoco cabe margen de actuación por el representante si la operación se realiza en una bolsa o mercado libre, según los precios de cotización⁴²⁷.

c) Cumplimiento de una obligación contraída.

Tratándose de una obligación contraída por el representado con el representante previamente a la intervención de éste, su cumplimiento, al considerarse como un acto debido, parece, en principio, que no produciría situación de conflicto de intereses. Tal sería el caso en el que la obligación fue contraída en nombre del menor por el que, con anterioridad al actual representante (tutor), ejercía la representación legal de aquél; por ejemplo, el padre del menor quedando después huérfano, o la persona que desempeñase anteriormente el cargo de tutor. No obstante, hemos de hacer algunas precisiones.

En opinión de MOSCO, dicho acto puede realizarse por el representante, porque concurre la determinación del contenido mismo y, además, por ser conforme al interés del representado, tanto en su carácter de acreedor como en el de deudor, pues en este último caso también confluye un interés suyo, que es el de liberarse de una obligación que en tesis general se supone cumplida. Continúa diciendo el autor que el cumplimiento de una obligación aún no vencida puede permitirse al representante siempre que el término se haya establecido exclusivamente en su interés (si era deudor en base a un préstamo gratuito o de un contrato de comodato, podrá cumplir la obligación de restitución a favor del representado sin esperar al vencimiento del término, y, viceversa, si era acreedor de una cosa entregada en depósito al representado, podrá recuperarla antes del término establecido a su favor)⁴²⁸, de lo contrario entraría en conflicto de intereses con el representado; si es deudor, porque se produciría antes el desprendimiento de lo que es objeto de su obligación, y, si es acreedor, porque puede ocurrir que no le interese el ingreso anticipado en su patrimonio.

427. Vid. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, cit., pp. 153 a 156.

428. MOSCO, L., *La representación...*, cit., pp. 443 y 444.

Puede darse el caso de que la obligación sea natural, de modo que el pago jurídicamente no pueda exigirse, pero, de realizarse, sería irrepetible. Si el deudor ocupa la posición del representante, no habría problemas, ya que el representado no sufre perjuicio alguno, más bien lo contrario. Sin embargo, si el deudor ocupa la posición del representado, y el acreedor, como representante, sí cobra, el pago será irrepetible, con lo que se causa un perjuicio al representado. Por tanto, sólo será posible el autocontrato en caso de obligación natural si el representado es el acreedor de la misma.

Lo anterior es extensible al supuesto de deudas prescritas, pues en este caso el pago tampoco es exigible, pero, si voluntariamente se realiza, lo pagado es irrepetible, porque nuestro Código civil no incluye la prescripción entre las causas de extinción de las obligaciones y, además, porque el pago debe entenderse como una renuncia de la prescripción ganada, en el sentido del art. 1935 del mismo texto legal⁴²⁹.

IV. PROHIBICIÓN DE ADQUIRIR Y TRANSMITIR POR TÍTULO ONEROSO

A diferencia de lo dispuesto en el núm. 2.º del art. 226, que configura el conflicto de intereses como base de la prohibición, el núm. 3.º de este artículo prohíbe al tutor adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título, sin hacer mención alguna a dicho conflicto, porque, de lo contrario, la prohibición del núm. 3.º se entendería subsumida en la del núm. 2.º. Esta omisión se debe a que el conflicto de intereses es de esencia en las adquisiciones y transmisiones a título oneroso⁴³⁰, de este modo, la prohibición se establece como medida de prevención, para evitar el peligro de conflicto que subyace en la relación onerosa.

Apunta la doctrina⁴³¹ que, puesto que toda adquisición o transmisión onerosa lleva aparejada la existencia de conflicto de intereses, la prohibición al tutor de adquirir bienes del tutelado por título oneroso y de transmitirle bienes por igual título está incluida en la establecida en el núm. 2.º del mismo artículo, pues, necesariamente, tales negocios han de realizarse mediante autocontrato del tutor. De este modo, la prohibición del núm. 3.º únicamente tiene sentido propio cuando el tutor haya sido sustituido por un defensor judicial en la representación del tutelado; en este caso, el tutor, por aplicación de dicha prohibición, no puede adquirir a título oneroso bienes del tutelado,

429. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 1993, pp. 71 y 72.

430. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, M., *El autocontrato*, cit., p. 94.

431. DÍAZ DE ENTRE-SOTOS FORNS, *El autocontrato*, cit., p. 174, y HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 691.

ni transmitir bienes a éste por igual título, incluso con la intervención del defensor judicial.

El precepto habla de adquisición o transmisión a título oneroso, incluyendo así tanto la compra como la venta; por tanto, la prohibición tiene un ámbito de aplicación más amplio que la establecida en el art. 1459.1.º CC, que prohíbe comprar, a los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo, los bienes de la persona o personas a quienes representen. En definitiva, esta prohibición del art. 1459.1.º carece de virtualidad en relación al cargo de tutor.

Pero no sólo la compraventa entra en el ámbito de aplicación del art. 226.3.º CC, también quedan incluidos los negocios de permuta, sociedad y transacción, por tratarse de negocios a título oneroso, pues, según BADOSA COLL, cuando el citado artículo habla de adquirir o transmitir, se está refiriendo «a un desplazamiento posesorio indefinido, por tanto, del derecho de propiedad de las cosas o de la posesión en concepto de dueño», motivo por el cual ha de excluirse al arrendamiento, por cuanto no supone una transmisión posesoria definitiva⁴³². Del mismo modo, HUALDE SÁNCHEZ entiende excluidas de esta prohibición las adquisiciones que se produzcan en virtud del ejercicio de un derecho real de adquisición preferente, de las legislaciones especiales, o de un tanteo o retracto legal, dada la especial configuración de estos derechos, puesto que no son aptos para provocar, por la actuación del tutor, un perjuicio en los intereses de la persona encomendada a su guarda, y, en cualquier caso, lo mismo la adquisición de un bien del tutor por el sujeto a guarda mediante un derecho de adquisición preferente, que la enajenación de un bien del sujeto a guarda que origine el nacimiento de uno de estos derechos en favor del tutor, habrán de contar con la previa autorización judicial (antiguo art. 271.2.º CC, correspondiente al actual art. 287.2.º del mismo Texto legal) del ejercicio del derecho y de la enajenación, respectivamente⁴³³.

La aplicación de esta prohibición contenida en el número 3.º concluye una vez haya cesado en sus funciones el tutor, sin que se extienda hasta el momento en el que se haya aprobado definitivamente su gestión, pues nada dice al respecto la letra de dicho número 3.º, a diferencia de lo que ocurre en la prohibición prevista en el número 1.º, que, como se vio anteriormente, sí hace referencia expresa a dicha circunstancia.

IV. SANCIÓN PARA EL CASO DE CONTRAVENCIÓN DE LAS PROHIBICIONES

Las prohibiciones contenidas en el art. 226 tienen carácter absoluto; por tanto, en caso de contravención, la sanción ha de ser la nulidad de pleno

derecho por aplicación de lo dispuesto en el art. 6.3 CC⁴³⁴, lo cual se justifica por la finalidad a la que van dirigidas estas normas, la protección del interés del menor. Así lo expresó la jurisprudencia en relación al derogado art. 221.1.º CC, entendiendo que la sanción para el negocio de disposición a título gratuito a favor del cargo tutelar es «la nulidad absoluta 'ipso iure', como establece el art. 6.3 CC» [Vid. STS 23.12.1997 (RJ 1997, 8902)].

Sin embargo, en relación a la prohibición contenida en el pár. 3.º, se han manifestado opiniones tendentes a una flexibilización de la sanción, en base a que puede resultar beneficioso para el tutelado celebrar una determinada compraventa con su tutor. Siguiendo a HUALDE SÁNCHEZ⁴³⁵, los argumentos en los que se funda dicha interpretación, válidos después de la última reforma, podrían resumirse de la siguiente manera:

1.º El reconocimiento de que en otros supuestos en que también se da conflicto de intereses (antiguo art. 271.9.º CC, correspondiente al actual art. 287.3.º) se permite la actuación del tutor con autorización judicial.

2.º La interpretación dominante del art. 6.3 CC, que, continuando la que ya se hacía del derogado art. 4.1 del mismo Texto legal, considera que una sanción distinta a la nulidad de pleno derecho, por una actuación contraria a una norma prohibitiva, es posible no sólo cuando se formule expresamente, sino también cuando resulte de su finalidad y de su adecuada interpretación.

3.º El recurso al precedente según el cual la mayoría de la doctrina consideró sujetas al régimen de la ineficacia sanable las compras del tutor de los bienes del tutelado, recuerda que el perjuicio o lesión para el tutelado, en la relación de compraventa, es solamente una posibilidad económica no inherente a la propia naturaleza del acto, por lo que se llega a configurar esta prohibición no como una incapacidad sino como un supuesto de falta de legitimación.

Expuestos los argumentos, concluye el citado autor, con acierto, que éstos no son suficientes para privar de su carácter absoluto a la prohibición contenida en el apartado tercero del art. 226, porque, por un lado, el hecho de que la autorización judicial permita la actuación del tutor en algunos supuestos en que existe conflicto de intereses puede significar, también, que otros conflictos de intereses se han considerado insalvables, incluso con la autorización judicial, lo cual, al mismo tiempo, puede coadyuvar a la tesis de que la *ratio* de la norma favorece el entendimiento estricto de la prohibición como absoluta; por otro, calificar la prohibición como supuesto de falta de legitimación inter-

432. BADOSA COLL, F., *Comentarios a...*, cit., p. 265.

433. HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 690-691.

434. LETE DEL RÍO, J. M., *Com. CC Edersa*, p. 258, PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., *Curso de Derecho civil*, IV, coord. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Colex, Madrid, 2001, p. 372.

435. HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 687.

subjetiva, en vez de incapacidad jurídica relativa, no demuestra que haya de establecerse una sanción distinta a su violación, puesto que las prohibiciones se definen, indistintamente, como incapacidades o como supuestos de falta de legitimación intersubjetiva.

Artículo 227

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.

COMENTARIO

BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS

SUMARIO.—I. INTRODUCCIÓN. II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR DEL EJERCICIO DE LA TUTELA. III. EL RECURSO AL AUXILIO DE LA AUTORIDAD.

I. INTRODUCCIÓN

El precedente de este precepto es el derogado art. 268 CC, en cuya virtud, «los tutores ejercerán su cargo de acuerdo con la personalidad de sus pupilos, respetando su integridad física y psicológica. Cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela podrán recabar el auxilio de la autoridad».

Mientras que la segunda parte del precepto es igual a la del artículo vigente, la primera ha variado sustancialmente, destacando, como principal novedad, la expresa mención, en la redacción actual, del interés del menor como criterio rector del ejercicio de la tutela, pues no cabe duda de que el ejercicio de ésta de acuerdo con la personalidad del menor y con respeto a sus derechos supone ejercitarla en interés del menor.

La reforma sigue en la línea de no hacer alusión al deber de obediencia y respeto al tutor que tenían los que estaban sujetos a tutela. Este deber fue suprimido de la redacción del mencionado art. 268 CC en la modificación que sufrió en su texto por la Disposición Final 1.^a de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

El deber de obediencia y de respeto se extendía mientras estaba vigente la tutela, es decir, no se prorrogaba más allá de la duración de ésta, lo cual, si bien parecía lógico respecto del deber de obediencia, no ocurría lo mismo respecto al deber de respeto, el cual, según algunos autores, debía

conservarse tras la extinción de la tutela⁴³⁶. El deber de respeto constituye un canon jurídico configurado, en general, a partir de los usos sociales o comunes en este tipo de relación cuasi-familiar, y concretado, en alguna medida, por las circunstancias del caso y del actual precedente del destinatario. Por su parte, la obediencia consiste en el acomodo de la conducta del pupilo a las directrices y prescripciones que el tutor determine en el ámbito de sus atribuciones y en cumplimiento, básicamente, de su obligación de educar a aquél. No obstante, se entendía que la facultad directiva del tutor únicamente generaba ese deber de obedecer cuando se ejercía con respeto a la personalidad, edad y grado de madurez del menor, es decir, en su beneficio⁴³⁷. De este modo, a medida que se iba desarrollando la personalidad del menor, el deber de obediencia se debía ir relativizando, para compatibilizarlo con la creciente autonomía que van adquiriendo los menores sometidos a tutela⁴³⁸.

Estas ideas son las que inspiraron la reforma del derogado art. 268 CC y que ahora se incorporan en el vigente art. 227 del mismo Texto legal como criterios rectores del ejercicio de la tutela del tutor, y que también han de tenerse especialmente en consideración respecto de la obligación del tutor de educar al menor que se recoge en el art. 228.2.º CC, que será objeto de comentario posteriormente⁴³⁹.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO CRITERIO RECTOR DEL EJERCICIO DE LA TUTELA

La existencia de la representación legal no es incompatible con el reconocimiento de un ámbito de actuación propio del menor que favorezca su desarrollo como persona o, lo que es lo mismo, el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE).

La finalidad de tal reconocimiento es, por tanto, buscar el mayor beneficio del menor, el cual se configura como uno de los principios básicos que han presidido las distintas reformas que se han ido sucediendo en materia de patria potestad y de tutela. Al citado beneficio hacen referencia varios preceptos del Código civil, además de hallarse enunciado como principio general, en relación a los menores, en la LOPJM, junto con el de interpretación restrictiva de las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores.

436. GIL RODRÍGUEZ, J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 789.

437. GIL RODRÍGUEZ, J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 789.

438. SERRANO FERNÁNDEZ, M., *Com. CC Lex Nova*, p. 397.

439. En opinión de PÉREZ ÁLVAREZ, «al respecto cabe comprobar que las reformas van vaciando de contenido el elenco de deberes de los menores, dejando a los titulares de la patria potestad o de la tutela en una auténtica desprotección por carecer de fundamento legal en el que asentar las funciones que les incumben» (*Curso de...*, cit., p. 380).

El art. 2 de dicha Ley, en su redacción originaria, decía: «En la aplicación de la presente ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Así mismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener carácter educativo.

Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva».

El principio del interés superior del menor no es algo nuevo, puesto que, como apuntábamos anteriormente, aparece recogido en algunos preceptos del Código civil tras la reforma de 1981 (por ejemplo, arts. 154, 156.4, 159, 161, 170.2, anteriores 216 y 224, etc.) y en diferentes Textos internacionales [Declaración de los Derechos del Niño de 1959, Principios 2.º y 7.º; Convención de los Derechos del Niño de 1989, arts. 3.1⁴⁴⁰, 9.1, 18.1, 20.1, 21, 37.c) y 40.2.a).iii); Resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño de 1992, punto 8.14; Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea de 1996, etc.].

La vaguedad con que este artículo regulaba el interés superior del menor hizo que este precepto fuese criticado por la doctrina, la cual trató de determinar en qué consiste este concepto jurídico indeterminado y su ámbito de aplicación.

La Ley 26/2015 dio una redacción mucho más amplia a este precepto, disponiendo, en su número 1.º, que «todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor».

A continuación, el artículo establece, en su número 2.º, los criterios generales que han de tenerse en cuenta a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto.

440. Dice este precepto: «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».

Estos criterios son:

1.º La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas.

Para ALONSO PÉREZ, dicho interés «debe referirse al desenvolvimiento libre e integral de su personalidad (art. 10 CE), a la supremacía de todo lo que le beneficie más allá de las apetencias personales de sus padres, tutores, curadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural. La salud corporal y mental, su perfeccionamiento educativo, el sentido de la convivencia, la tolerancia y la solidaridad con los demás sin discriminación de sexo, raza, etc., la tutela frente a las situaciones que degradan la dignidad humana (droga, alcoholismo, fundamentalismos, sectas, etc.) son otros tantos aspectos que configuran el concepto más vivencial que racional del *interés del menor*. Por encima de todo, el *interés del menor* se respeta en la medida en que las funciones familiares o para familiares fomentan equilibradamente la libertad del menor y el sentido de la responsabilidad, en armonía inescindible entre derecho y deber»⁴⁴¹.

Similares eran las apreciaciones que hacía DÍEZ-PICAZO, antes de la LOPJM, en relación a la idea del «beneficio de los niños», al que consideraba como un criterio de selección entre las diferentes y eventuales opciones que en relación con ellos se pueden adoptar; elegirá el representante legal, o en su caso el Juez, la que resulte o considere razonablemente que puede resultar la más beneficiosa para los menores. Tratándose de una fórmula de gran ambigüedad, sólo la casuística puede perfilar sus contornos, aunque se puede avanzar que lo más beneficioso no es lo que subjetivamente el padre entiende, si bien en algunos casos se permite que sea decisivo el criterio subjetivo del padre, como ocurre cuando el art. 27 de la Constitución faculta a los padres para exigir una educación de los hijos que sea conforme con sus creencias y sus convicciones. Tampoco son decisivas las creencias de los órganos jurisdiccionales, aunque de facto son las que acaban por imponerse. Por consiguiente, serán las convicciones generalizadas en la sociedad o grupo humano las que determinen lo que haya de considerarse como más beneficioso. Además, tratándose de personas de corta edad, ha de preponderar el beneficio futuro por encima del beneficio presente, equilibrándose la connotación económica que posee la idea de beneficio con su connotación pedagógica. Por último, en relación al fundamento del «beneficio de los niños», junto con el principio del libre desarrollo de la perso-

441. ALONSO PÉREZ, M., «La situación jurídica del menor en la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: luces y sombras», *Act. Civ.*, enero, 1997, p. 24. *Vid.* STAZIONE, P., «Interesse del minore e statuto dei suoi diritti», en *Studi in memoria de Gino Gorla*, T. II, Guiffré Editore, 1994, pp. 1767 y ss.

nalidad se encuentra la idea de igualdad, en cuanto que el beneficio de cada uno consiste en disfrutar de una posición similar o parecida a la de los demás⁴⁴².

2.º La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

RIVERO HERNÁNDEZ considera que, por ser el menor ante todo *persona*, «si desde un punto de vista jurídico-formal puede bastar inicialmente el identificar el interés del menor con la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de su personalidad (...), desde un punto de vista personal y humano, especialmente relevante aquí y tratándose de un niño, parece que no pueda prescindirse de alguna referencia a una mínima felicidad incluso inmediata y bienestar personal de ese menor (exento de tensiones y problemas que le exceden), al equilibrio emocional y afectivo, que tanto pueden influir (positiva o negativamente) en la formación y desarrollo de su personalidad». Pero, además —continúa diciendo el autor—, el menor es una *realidad humana en devenir*, lo que «obliga a pensar en el futuro del menor, tanto o más que en el presente (...). La principal dificultad a ese respecto puede estar en encontrar un razonable equilibrio entre el respeto de la personalidad actual del menor y esa consideración eminente de su futuro»⁴⁴³. Por último, estima «necesario, más que conveniente, apelar al propio menor, su opinión, voluntad, sensibilidad y demás, en la búsqueda y determinación de su mejor interés, para lo que puede aportar datos de especial relevancia subjetiva y objetiva»⁴⁴⁴.

3.º La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

4.º La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

442. DÍEZ-PICAZO, L., «El principio de protección integral de los hijos ("Tout pour l'enfant")», en *La tutela de los derechos del menor*, Córdoba, 1984, pp. 130 y 131.

443. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El interés del menor», en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. III, Universidades de Almería, Granada y Jaén, 2000, pp. 1548 y 1549.

444. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El interés...», cit., p. 1551.

Por tanto, se trata de una noción de contenido variable, para cuya valoración debe tenerse en cuenta la concreta situación del menor, tanto subjetiva como objetiva⁴⁴⁵.

Los criterios expuestos han de ponderarse, según establece el art. 2.3 de la LOPJM, teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

- a) La edad y madurez del menor.
- b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
- c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
- d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
- e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
- f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

Este principio rector del Derecho de Familia ha de ser aplicado por todos los que, teniendo poder de decisión en el ámbito público o privado, actúen en materias relativas a los niños, con primordial consideración en todos los casos⁴⁴⁶. Así se deduce, además del propio texto del art. 2.1 de la LOPJM⁴⁴⁷,

445. AUTORINO STANZIONE, G., *Diritto di famiglia*, G. Giappichelli, Editore Torino, 1997, p. 280.

446. FERNÁNDEZ CASADO, M.ª D., «Una aproximación al principio del interés superior del menor», en *Protección jurídica del menor*, Comares, Granada, 1997, p. 249. En el mismo sentido, VARELA GARCÍA, C., «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto», *Act. Civ.*, núm. 12, marzo, 1997, p. 264, y ALONSO SUÁREZ, C., y DE LAMA AYMÁ, A., *La protección civil de personas sometidas a manipulación mental*, VV. AA., Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 218.

447. La aplicación del interés superior del menor, tanto en el ámbito público como privado, ya se defendía bajo la redacción originaria del art. 2 de la LOPJM, a pesar de los términos que utilizaba: «en la aplicación de la presente Ley...» (Vid. VARGAS CABRERA, B., «El Minis-

de lo dispuesto en el art. 11 del mismo Texto legal, titulado «Principios rectores de la acción administrativa», que en su número 2 establece: «Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a) la supremacía del interés del menor», y del punto 2 de la Exposición de Motivos, cuando dice que el contenido de la Ley «vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general».

La primacía del interés del menor implica que, en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor, deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes, debiendo primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir siempre que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes. Ha de precisarse que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar, en todo caso, los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.

Para RIVERA FERNÁNDEZ resulta sorprendente «el carácter absoluto con el que se enuncia: *absoluta superioridad del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo*, primacía que no siempre podrá darse. Por ejemplo, qué debe primar ¿el interés del menor o su integridad física?»⁴⁴⁸. Tales afirmaciones son erróneas, consecuencia de una confusión en los términos. El «interés del menor» es un concepto indeterminado referido a aquello que proporciona un mayor beneficio al mismo en relación a todos los ámbitos. Por tanto, no puede plantearse una ponderación entre el interés del menor y su integridad física, porque, si se estima que en un determinado caso ha de prestarse atención a la integridad física, es precisamente porque eso es lo más beneficioso para el menor; en definitiva, estaría primando el interés del menor.

Según RIVERO HERNÁNDEZ, «decidir, en una situación jurídica determinada, de acuerdo con el interés eminente del menor, supone: a) unas veces, cuando afecta sólo al menor, a un derecho suyo (sin conflicto con otro derecho o persona), significa inclinarse por una opción determinada entre varias posibles en el ejercicio de un derecho del menor (educación, prácticas religiosas, relaciones con determinadas personas...), precisamente por la que cabe entender más beneficiosa para el menor (...). b) Otras veces, contempla un conflicto de intereses (derechos enfrentados) —con frecuencia, con los de sus padres o guardadores, en el marco de la familia— y, valorando cada

uno de ellos, exige decidir a favor del interés del menor (...). El problema reside ahora en cómo, en qué sentido debe resolverse el conflicto, porque no siempre podrá o ha de imponerse el interés del menor: ello dependerá de los términos en que la norma aplicable regule el conflicto y especifique la prevalencia del interés del menor. En general, se impondrá éste cuando en el conflicto haya cierto equilibrio de intereses (relativamente) equiparables, más o menos igualmente valiosos, y cuando el legislador diga directamente cuál es para él preponderante y que debe triunfar; porque habrá ocasiones en que el propio legislador los ha valorado desigualmente y determinado cuál debe imponerse por estar legalmente más protegido, ser por ley preponderante. Entonces estamos ante una situación distinta a la que aquí nos ocupa: se impone directamente el interés superior, el legalmente más valioso: sea el del menor u otro. En tal hipótesis, pues, es posible (aunque excepcionalmente, si así lo dispone el legislador) que deba ceder el interés del menor, que no triunfe»⁴⁴⁹.

En definitiva, el ejercicio de la tutela en base al interés del menor implica ejercerla de acuerdo con la personalidad de éste y con respeto a sus derechos, como indica el art. 227 CC, objeto de comentario.

El art. 3, párr. 1.º, de la LOPJM dispone que «los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social». En estas Convenciones que el precepto cita ha de basarse la interpretación de la citada LOPJM, de sus normas de desarrollo y de las demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad (art. 3, párr. 2.º, LOPJM), estando los poderes públicos obligados a garantizar el respeto de los derechos de los menores y a adecuar sus actuaciones a la citada normativa (art. 3, párr. 3.º, LOPJM).

Algunos de estos derechos de los menores se encuentran recogidos en la LOPJM, en el Capítulo II, titulado «Derechos del menor», en el que se prevé la regulación de los mismos, sin perjuicio de la existencia de normativa que desarrolle dicha regulación. Así, se hace mención al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 4), al derecho a la información (art. 5), al derecho a la libertad ideológica (art. 6), al derecho de participación, asociación y reunión (art. 7), al derecho a la libertad de expresión (art. 8) y al derecho a ser oído y escuchado (art. 9).

terio Fiscal y el principio del interés del menor», en *La desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la Ley Orgánica de protección del menor*, Jornadas de Derecho Civil en Homenaje a Estanislao de Aranzadi, Universidad Da Coruña, 1999, p. 14).

448. RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», *RGD*, junio, 1996, p. 6503.

449. RIVERO HERNÁNDEZ, F., «El interés...», cit., pp. 1546 y 1547.

III. EL RECURSO A LA AUTORIDAD JUDICIAL

El pár. 2 del art. 227 CC permite al tutor recabar el auxilio de la autoridad cuando sea necesario para el ejercicio de la tutela. De lo anterior se deduce que el requisito que se impone al tutor para que recurra a esta medida es «que sea necesario para el ejercicio de la tutela»; por tanto, habrá que determinar en cada caso concreto si el auxilio solicitado por el tutor se encuadra dentro de lo que sería el ejercicio de su cargo, es decir, del ejercicio de las funciones que conlleva el cargo de tutor⁴⁵⁰.

La autoridad a la que se refiere el precepto no es únicamente la judicial, sino todo tipo de autoridad, en especial, también la gubernativa, es decir, órganos de la Administración pública⁴⁵¹.

Artículo 228

El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular:

- 1.º *A velar por él y a procurarle alimentos.*
- 2.º *A educar al menor y procurarle una formación integral.*
- 3.º *A promover su mejor inserción en la sociedad.*
- 4.º *A administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida.*
- 5.º *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.*

COMENTARIO

BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS

SUMARIO.—I. INTRODUCCIÓN. II. LA OBLIGACIÓN GENERAL DE VELAR POR EL TUTELADO. III. OBLIGACIONES PARTICULARES DERIVADAS DE LA OBLIGACIÓN DE VELAR POR EL TUTELADO. 1. *Procurar alimentos al menor.* 2. *Educar al menor y procurarle una formación integral.* 3. *Promover su mejor inserción en la sociedad.* 4. *Administrar el patrimonio del menor con la diligencia debida.* 5. *Informar anualmente a la autoridad judicial sobre la situación del menor y rendirle cuenta anual de su administración.* 6. *Oír al menor antes de adoptar decisiones que le afecten.*

I. INTRODUCCIÓN

El contenido de este artículo va dirigido a fijar las obligaciones del tutor en el ejercicio de su cargo. Para ello se parte de una obligación general, la de

velar por el tutelado, de la que se desprenden otras obligaciones particulares enumeradas en sus seis números.

La redacción de este precepto coincide, en cierta medida, con el texto del derogado art. 268 CC, en el que se han introducido variaciones, fundamentalmente para adaptarlo a los sujetos a los que ha de aplicarse, los tutores de los menores de edad, ya que antes se aplicaba también a los tutores de los incapacitados.

El cumplimiento de estos deberes tienden a la efectividad de los derechos fundamentales del menor, como son la dignidad, el desarrollo de su personalidad, el derecho a la vida y el derecho a la educación⁴⁵², es decir, los deberes que en este artículo se citan se refieren a la vertiente personal del ejercicio de la tutela, salvo los relativos a la administración del patrimonio del menor con la diligencia debida (núm. 4.º) y a la rendición anual de cuentas de la administración (núm. 5, segundo inciso).

II. LA OBLIGACIÓN GENERAL DE VELAR POR EL TUTELADO

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la palabra «velar» significa cuidar solícitamente de algo, es decir, cuidar con diligencia. Por tanto, la obligación de velar no hace referencia a una simple obligación de cuidar de alguien (el menor), sino que supone un plus sobre el mero cuidado, una especial diligencia. Desde esta perspectiva, el deber al que estamos haciendo referencia consistirá en el desarrollo, por parte del tutor, de una actividad dirigida a satisfacer, con especial diligencia (solícitamente), las exigencias de orden espiritual y material que requiera el menor en cada caso concreto⁴⁵³. En definitiva, es un concepto amplio que abarca el cuidado material y la atención moral del menor⁴⁵⁴.

Además, esta obligación configura, en sí misma, un deber específico de atención, vigilancia y control, no sólo del comportamiento del propio menor, sino también de la actuación de cuantas personas o instituciones colaboren en la formación integral de éste⁴⁵⁵.

En consecuencia, la obligación de velar por el menor implica el cumplimiento de las obligaciones que a continuación se enumeran en el precepto objeto de comentario, pero no se agota ahí, pues incluye cualquier otra que se encuadre en esa obligación de atención, vigilancia y control.

Para que el tutor pueda dar cumplimiento a este deber puede resultar conveniente que el menor conviva con el tutor. No obstante, debe advertirse

452. LETE DEL RÍO, J. M., *Com. CC Edersa*, pp. 372-373.

453. GÓMEZ LAPLAZA, C., *Comentarios a...*, cit., p. 506.

454. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil*, La Ley, Madrid, 6.ª ed., 2008, p. 348.

455. GIL RODRÍGUEZ, J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 792.

450. GÓMEZ LAPLAZA, M. C., *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 502.

451. *Vid.* STS 27.10.1994 (RJ 1994, 7868).

que, a diferencia de lo que ocurre en la patria potestad, no se prevé en la tutela, como tampoco se hacía antes, la obligación del tutor de tener al menor en su compañía⁴⁵⁶. Tanto en la legislación anterior como en la actual podría aducirse a este respecto que el menor pueda requerir para su educación el permanecer en régimen de internado en una institución educativa. Esto puede suceder igualmente en materia de patria potestad, y no hay duda de que el deber de convivencia en ella impuesto puede también ser cumplido así. La razón estriba en que no sólo los padres pueden establecer disposiciones al respecto, sino, sobre todo, que será el Juez, atendiendo al beneficio del menor, el que podrá determinar con quién ha de vivir el menor; aparte de que, si hay tutor de los bienes y tutor de la persona, parece que no será aquél sino éste el que pueda tener que convivir con el tutelado⁴⁵⁷.

III. OBLIGACIONES PARTICULARES DERIVADAS DE LA OBLIGACIÓN DE VELAR POR EL TUTELADO

1. PROCURAR ALIMENTOS AL MENOR

La primera obligación que debe cumplir el tutor, según el art. 228.1.º CC, es «velar por él (tutelado) y procurarle alimentos».

Durante la tramitación del Proyecto de Ley en el Senado se corrigió una incongruencia que tenía el inicial art. 228.1.º, pues aludía a «velar por ellos», cuando el enunciado hablaba de «tutelado», sin embargo, no se subsanó la repetición que supone volver a decir en el número primero que el tutor está obligado a velar por el tutelado, cuando anteriormente se ha establecido una obligación general exactamente igual. Es decir, el precepto establece una obligación general de velar por el tutelado, vista anteriormente, de la que se deducen otras seis obligaciones particulares que relata a continuación el propio precepto; pues bien, no tiene sentido que la primera obligación particular coincida con la obligación general de la que se supone que deriva. Ello implica una repetición innecesaria que debería haberse suprimido. Es por ello que, en las líneas que siguen, se va a tratar la que consideramos que es la primera obligación particular derivada de la obligación general de velar por el tutelado: procurarle alimentos.

Esta obligación se encontraba recogida en el derogado art. 269.1.º CC, precepto al que se le achacaba la falta de concreción de dicha obligación, lo que generaba importantes problemas a la hora de concretar el alcance de la citada obligación, problemas que, obviamente, se mantienen con la regulación actual, que se ha limitado a reproducir la regulación anterior.

La primera cuestión que se plantea es qué ha de entenderse por «alimentos». Si recurrimos al art. 142, pár. 1.º, ha de entenderse por alimentos «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica». En cuanto a la educación e instrucción del alimentista, a las que se refiere el art. 142, pár. 2.º, parece que no han de incluirse en la obligación del tutor de prestar alimentos, toda vez que el núm. 2.º del art. 228 impone la obligación al tutor de «educar al menor y procurarle una formación integral».

La segunda cuestión que ha de resolverse es la relativa a cuál es la fuente de los citados alimentos. A este respecto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el pár. 3 del art. 229 CC, según el cual, «podrá también establecerse que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, si así lo hubieren dispuesto los progenitores. La autoridad judicial podrá dejar sin efecto esta previsión o establecerla aun cuando nada hubiesen dispuesto los progenitores, si lo estimase conveniente para el interés del menor». De este modo, será el tutor el que haya de asumir el coste de los alimentos, cuando así lo hayan establecido los padres o la autoridad judicial, a cambio de que aquél haga suyos los frutos del patrimonio del menor.

No dándose la situación anterior, la doctrina mayoritaria⁴⁵⁸ coincide en establecer el siguiente orden en cuanto a la fuente de los alimentos:

1.º El patrimonio del menor. Dentro de éste, la obligación ha de recaer preferentemente, salvo que se disponga otra cosa y siempre que sea posible, sobre las rentas del mismo, y después, sobre el capital, para evitar la disminución de éste.

2.º Las personas obligadas a la prestación legal de alimentos. Cuando no exista patrimonio del menor o éste no alcance para cubrir la obligación de alimentos, ha de recurrirse a las personas que estén legalmente obligadas a prestarlos, y ello porque al tutor no se le impone la obligación de «prestarle» alimentos, sino de «procurarle» alimentos, lo cual ha de interpretarse como el deber de ejercitar las acciones procedentes frente a aquellas personas [Vid. SAP Málaga 15.1.2019 (JUR 2020, 22096)]. Excepción hecha, claro está, de que el tutor sea, precisamente, una de esas personas, en cuyo caso será él el obligado a prestar los alimentos.

3.º Las instituciones públicas. No habiendo persona obligada legalmente a prestar alimentos, se plantea la posibilidad de que sea el tutor el que preste los alimentos, en base a la facultad que tiene de excusarse si el desempeño del cargo le «resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad» (art. 279

456. AAP Madrid 23.10.1997 (AC 1997, 2168).

457. GÓMEZ LAPLAZA, C., *Comentarios a...*, cit., p. 508.

458. GÓMEZ LAPLAZA, C., *Comentarios a...*, cit., pp. 510-511; GIL RODRÍGUEZ, J., *Com. MJ*, 1991 (I), pp. 792-793.

CC) para él⁴⁵⁹. Sin embargo, se entiende que el que el cargo resulte gravoso no tiene por qué referirse necesariamente (aunque sea posible) al gravamen económico que pueda suponer para el tutor alimentar al tutelado, de ahí que, aplicando el argumento expuesto en el número anterior, el tutor, en el caso de que no haya persona obligada a prestar alimentos, ha de hacer las diligencias precisas para lograr el auxilio de una institución pública.

Finalmente, sólo en último término, cuando no sea posible cubrir las necesidades del menor atendiendo a los criterios anteriores, parece que el tutor deberá cubrirlos a su costa⁴⁶⁰.

La tercera cuestión que da lugar a dudas es la que se refiere a la cuantía de los alimentos, que dependerá de cuál sea la fuente con cargo a la que se obtengan los alimentos:

- 1.º Si la fuente es el patrimonio del menor, dependerá de la cuantía de éste.
- 2.º Siendo el obligado a prestarlos el tutor, en el supuesto del art. 229, pár. 3.º, CC (a cambio de los frutos del patrimonio del menor), serán determinantes las disposiciones paternas o las del Juez, modificando, completando o sustituyendo las previsiones de aquéllos.
- 3.º En el caso de que haya una persona legalmente obligada a prestarlos, habrá que estar a la normativa que regula la obligación de prestar alimentos entre parientes en el Código civil (arts. 142 y ss.).
- 4.º Finalmente, en el supuesto de ser una institución pública la que preste los alimentos, la cuantía vendrá determinada por las disposiciones legales aplicables.

2. EDUCAR AL MENOR Y PROCURARLE UNA FORMACIÓN INTEGRAL

Esta obligación es idéntica a la establecida en el art. 154 CC respecto de los padres titulares de la patria potestad de sus hijos.

El derecho a la educación se encuentra recogido en el art. 27 CE y, según dicho precepto, «tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad

459. Así, O'CALLAGHAN MUÑOZ entiende que tales alimentos serán a cargo del patrimonio del tutelado, pero si carece de él o siendo insuficiente, y no habiendo parientes obligados a prestarlos, correrán a cargo del tutor (*Código civil*, cit., p. 349).

460. A este respecto, SANCHO REBULLIDA sostiene que el tutor tiene «el deber de procurar al tutelado los subsidios, privados y públicos, a que pueda tener derecho [el menor]; sólo en último término debe prestarlos el tutor a su costa (nótese que el precepto usa el término "procurarle" y no "prestarle"), lo cual, por otra parte, debe relacionarse con el art. 251 [actual art. 279], concretamente con la excusa basada en resultarle el cargo, por esta causa, excesivamente gravoso» (*Elementos de...*, cit., p. 317).

humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». En definitiva, la educación debe tender a prepararle para una vida sana física y moral, proporcionándole instrucción intelectual, orientación profesional, formación cívica y educación física⁴⁶¹.

La obligación del tutor de educar al pupilo tiene, como en el caso de la obligación de los padres de educar a sus hijos, una doble vertiente, por un lado, la de conferir, por sí mismo, con la palabra y el ejemplo esa educación, y, por otro, la de utilizar las instituciones y centros en quien aquél delega partes esenciales de la formación del tutelado, teniendo que llevar a cabo, en este último caso, una actividad de vigilancia y control, y participando, también, en el funcionamiento del centro⁴⁶².

En el cumplimiento de este deber, el tutor ha de respetar las disposiciones de los padres, salvo disposición contraria motivada del Juez. En el caso de que dichas disposiciones no existan, las decisiones respecto a la educación del menor corresponden al tutor, el cual ha de tomarlas atendiendo al beneficio del menor. Debe tenerse en cuenta, en este punto, el deber que tiene el tutor de oír al menor antes de adoptar decisiones que le afecten, recogido en el núm. 6.º del propio art. 228, de modo que aquél deberá tener en cuenta las opiniones de éste en función de su edad y madurez.

Sin perder de vista el interés del menor, al tutor corresponde la libertad de elegir Centro docente, la posibilidad de intervenir en el funcionamiento del mismo y la facultad de elegir un ideario filosófico y religioso para el menor, del mismo modo que corresponde a los padres respecto de sus hijos, intentando adecuar la formación del menor, siempre que sea posible, a las creencias y convicciones de los padres (aunque estos no hayan hecho disposición alguna al respecto) y a las del menor. En este sentido, el art. 6 de la LOPJM reconoce el derecho del menor a la libertad de ideología, conciencia y religión, estableciendo el número 3.º del mismo que «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral».

En cuanto a quién ha de hacer frente a los gastos de educación del tutelado, la solución ha de ser similar a la establecida anteriormente respecto de los alimentos. Así, en primer lugar, si los padres han dispuesto que el tutor reciba los frutos del patrimonio del menor a cambio de prestar alimentos, será el tutor el que se haga cargo de los gastos (la doctrina entiende que a pesar del desglose que hace el artículo, de alimentos en el número 1.º y educación en el número 2.º, los gastos de ésta han de entenderse incluidos en aquéllos a estos

461. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.ª., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 547.

462. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1053, y GÓMEZ LAPLAZA, C., *Comentarios a...*, cit., p. 515.

efectos⁴⁶³); en segundo lugar, correrán a cargo del patrimonio del menor; en tercer lugar, corresponderán a las personas obligadas legalmente a prestar alimentos (incluyendo al tutor si éste es una de ellas), y, por último, deberá acudir a las instituciones públicas educativas.

3. PROMOVER SU MEJOR INSERCIÓN EN LA SOCIEDAD

Esta obligación de promover la mejor inserción del menor en la sociedad es, indudablemente, un deber complementario a las obligaciones previstas en el número anterior, o sea, a la educación y formación integral del menor, pues para promover la inserción en la sociedad del menor es imprescindible que el tutor le eduque y le procure una formación integral para ayudarle a relacionarse y a desenvolverse adecuadamente en la sociedad que le rodea.

En consecuencia, esta obligación implica la necesidad de que se permita al menor relacionarse con su entorno social en sus diversas dimensiones. Así, el art. 7.1 de la LOPJM sostiene que «los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa». Este mismo precepto, en su número 2.º, recoge el derecho del menor a formar parte de asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y sindicatos, y a promover asociaciones infantiles y juveniles, pudiendo formar parte de los órganos directivos de las mismas. Por último, el número 3.º reconoce el derecho del menor a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, convocadas en los términos establecidos en la Ley.

4. ADMINISTRAR EL PATRIMONIO DEL MENOR CON LA DILIGENCIA DEBIDA

Esta obligación tiene su precedente en el derogado art. 270 CC, a cuyo tenor «el tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia».

Como se vio anteriormente, la representación legal del tutor alcanza tanto a la esfera personal del menor como a la esfera patrimonial. En el ámbito patrimonial no cabe duda de que la función más importante del tutor es la de administrar el patrimonio del menor; de este modo, el tutor gestiona un patrimonio que no es suyo y que, en un momento posterior, habrá de restituir a su titular, el menor, de ahí que todas las actuaciones que lleve a cabo han de realizarse en interés de aquél.

463. GÓMEZ LAPLAZA, C., *Comentarios a...*, cit., p. 517.

Puesto que el tutor tiene que administrar el patrimonio en interés del tutelado, el legislador establece una serie de medidas dirigidas a alcanzar dicha finalidad, tales serían la exigencia de prestar fianza (art. 284 CC), la realización de inventario (arts. 285 y 286 CC), la rendición de cuentas anual (art. 228.5.º CC) y la final una vez concluido el cargo (art. 232 CC), la necesidad de obtener previa autorización judicial para la realización de determinados actos de especial trascendencia para el patrimonio del menor (art. 287 CC) y la prohibición de representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses (art. 226.2.º CC).

En relación al alcance de la citada administración, ésta no se extiende únicamente a los actos de mera conservación del patrimonio, sino que incluye los actos de gestión del mismo en sentido amplio.

Respecto a la cuestión de si el tutor puede llevar a cabo actos dispositivos, debe responderse afirmativamente, toda vez que el art. 287 CC (relativo al curador con facultades representativas, pero aplicable al tutor por remisión del art. 224 del mismo Texto legal) permite al tutor hacer algunos de estos actos previa obtención de autorización judicial. No obstante, ha de advertirse la dificultad de establecer una distinción entre actos de administración y actos de disposición, o de actos de administración ordinaria y actos de administración extraordinaria.

Para GITRAMA GONZÁLEZ, el acto de administración implica una noción fundamentalmente económica, de forma que «cuando se distingue entre actos de simple u ordinaria administración, actos de extraordinaria administración, actos de gestión y aun actos de disposición, más que nociones jurídicas, se barajan en el fondo nociones económicas. Jurídicamente hablando, gran cantidad de actos tenidos por actos de administración, constituyen negocios dispositivos. Fijémonos en la actuación del tutor: Si vende la cosecha de la finca del pupilo, en puridad de principios jurídicos realiza un acto de disposición —la compra-venta es el arquetipo de los mismos— pero desde un punto de vista económico no ha realizado sino un acto de sana administración»⁴⁶⁴. Tras analizar las distintas teorías en torno al acto de administración, el autor concluye definiéndolo

464. Continúa diciendo el autor: «El mismo tutor realiza un viaje para inspeccionar ciertas fincas del pupilo. Si paga los gastos de desplazamiento con dinero del tutelado, realiza un acto de disposición, jurídicamente hablando. Pero en el plano económico no lleva a cabo sino un acto de administración. Todavía el mismo tutor insta un procedimiento de concentración parcelaria en relación con fincas de su pupilo, se llega al acuerdo correspondiente y se produce la subrogación de alguna de aquellas por las llamadas de reemplazo. Jurídicamente hay acto de disposición; de administración, en cambio, desde el punto de vista económico» (GITRAMA GONZÁLEZ, M., «El acto de administración en el Derecho Civil», *AAMN*, T. XIX, p. 338). En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pp. 79 y 80.

como «todo acto jurídico que, recayendo sobre un bien determinado o sobre un conjunto patrimonial de elementos igualmente individualizados, tiende ya a la explotación normal de los mismos, ya a la percepción y utilización de sus productos sin comprometer en modo alguno el valor, la individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio en que se integran»⁴⁶⁵.

Siguiendo esta línea, GÓMEZ LAPLAZA dice que «hay un sustrato común que, positivamente, va a caracterizarse porque de lo que se trata es de conservar y obtener un rendimiento normal de un patrimonio, y, negativamente, porque se trata de respetar la integridad de ese mismo patrimonio. De esta idea básica se derivan, a su vez, otras. En primer lugar, que realmente el acto de administración no es un acto particular en sí, sino que es un carácter que se inserta, o puede insertarse, en un acto cualquiera. No hay acto de administración 'a priori'. En segundo lugar, ese acto se califica como tal por relación a un patrimonio dado, de tal forma que, sólo teniendo en cuenta la función que cumple dentro de aquél, y no el medio jurídico a través del cual se realice, puede alcanzar aquella calificación»⁴⁶⁶.

De lo dicho nos interesa destacar, a los efectos de este estudio, el hecho de que el acto de administración tiende, bien a la explotación normal de los bienes sobre los que recae, bien a la percepción y utilización de sus productos, sin comprometer en modo alguno el valor, la individualización y la permanencia de dichos bienes en el seno del patrimonio en que se integran. Por ello, cuando el Código, en el art. 287, exige autorización judicial a los tutores para realizar determinados actos en relación a determinados bienes, es porque dichos actos afectan al valor de dichos bienes o suponen la salida de los mismos del patrimonio de los menores, con la consiguiente posibilidad de ocasionar un perjuicio o menoscabo en el citado patrimonio⁴⁶⁷.

En cuanto a los bienes que quedan excluidos de la administración del tutor, el art. 205 CC establece: «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», precepto equivalente al art. 164.1.º CC, relativo a la patria potestad.

465. GITRAMA GONZÁLEZ, M., «El acto...», cit., p. 354.

466. GÓMEZ LAPLAZA, M.ª C., *Comentarios a...*, cit., pp. 400 y 401.

467. Por tanto, ha de prestarse especial atención a aquellos actos que exceden de la explotación normal de los bienes y que pueden provocar una disminución del patrimonio de los menores, ya sean actos de disposición o actos de extraordinaria administración, como ocurre en el caso de los arrendamientos de larga duración concertados por los padres sobre bienes de sus hijos. El arrendamiento, de por sí, constituye un acto de explotación normal de un bien pero, si su duración se prolonga excesivamente en el tiempo, puede llegar a comprometer el valor de ese bien, a pesar de no tratarse propiamente de un acto de enajenación o gravamen, de ahí que el art. 287.2.º CC exige al curador con facultades representativas (aplicable al tutor por remisión del art. 224 CC) autorización judicial para «arrendar inmuebles por tiempo que exceda de seis años».

No se prevé en materia de tutela un precepto que permita al menor de dieciséis años administrar los bienes adquiridos con su trabajo o industria, requiriendo consentimiento del tutor para los que excedan de la administración ordinaria, como establece el art. 164.3.º CC en sede de patria potestad. La solución requerirá el recurso a la aplicación analógica del precepto citado, como ocurre con el art. 162 del mismo Texto legal, relativo al ejercicio de los derechos de la personalidad.

El tutor ha de llevar a cabo la administración del patrimonio del menor «con la diligencia debida», expresión que sustituye a la «diligencia de un buen padre de familia», recogida en el derogado art. 270 CC y muy utilizada por el legislador en la redacción del Código. El cambio de expresión en la reforma sigue la línea marcada por otros países, como Francia, el cual, a partir de la Ley para la igualdad real entre hombres y mujeres de 2014⁴⁶⁸, sustituyó la expresión «buen padre de familia» por «persona razonable»⁴⁶⁹. En definitiva, se trata de que el tutor actúe, respecto de la administración del patrimonio del menor, como una persona sensata, corriente y razonable, con una diligencia normal, atendiendo al tipo de obligación y a las circunstancias del caso⁴⁷⁰.

La reciente STS 12.5.2021 (JUR 2021, 160400) sostiene 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».

5. INFORMAR ANUALMENTE A LA AUTORIDAD JUDICIAL SOBRE LA SITUACIÓN DEL MENOR Y RENDIRLE CUENTA ANUAL DE SU ADMINISTRACIÓN

Esta obligación de información abarca tanto la esfera personal (situación del menor) como la esfera patrimonial (cuenta anual de su administración)

468. Loi n.º 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

469. Vid. TOMÁS MARTÍNEZ, G., «La sustitución del "buen padre de familia" por el estándar de la "persona razonable": reforma en Francia y valoración de su alcance», *RDC*, vol. II, núm. 1 (enero-marzo, 2015) Estudios, pp. 57 a 103.

470. Vid. SAP León 5.2.2013 (AC 2013, 903) y SAP Madrid 27.3.2018 (AC 2018, 803).

del menor; por tanto, en el caso de haberse nombrado un tutor para la persona y otro tutor para los bienes del tutelado (art. 218.1 CC), cada uno deberá informar de las cuestiones relativas a su ámbito de actuación.

La información de la situación personal del menor puede referirse a distintos aspectos, como la situación afectiva del menor en relación con las personas con las que convive, la situación en el ámbito escolar, e incluso su situación respecto a su salud física, es decir, sobre la situación médica del menor, sobre todo en los casos en los que éste sufra algún tipo de enfermedad o precise algún tratamiento médico⁴⁷¹.

La rendición anual de cuentas «ha de ser rigurosa, contable, numérica y acompañada de los oportunos justificantes, debiendo distinguirse ésta de la cuenta general que el tutor debe prestar al cesar en el cargo» [SAP Cuenca 15.9.1994 (AC 1995, 1978)]⁴⁷².

La obligación contenida en este apartado ha de entenderse como una obligación de mínimos, ya que tanto el Ministerio Fiscal como la autoridad judicial pueden exigir al tutor, en cualquier momento, que les informe sobre la situación del menor y el estado de la administración, según disponen los arts. 209 y 210 del Código civil, respectivamente. En consecuencia, atendiendo a lo expuesto y a que el pár. 1.º del citado art. 209 establece 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», quizás hubiese sido coherente incluir en el art. 228 5.º al Ministerio Fiscal, junto con la autoridad judicial, como destinatario de este deber de información.

6. OÍR AL MENOR ANTES DE ADOPTAR DECISIONES QUE LE AFECTEN

Esta es la obligación correlativa al derecho que tiene el menor, reconocido en el art. 9 de la LOPJM, a ser oído y escuchado cuando hayan de tomarse decisiones que afecten a cualquier esfera de su personalidad: «El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias».

471. Vid. SAP La Rioja 15.11.2020 (AC 2020, 512).

472. Sobre la necesidad de documentar todos los gastos, vid. STS 22.5.2020 (RJ 2020, 3433).

Artículo 229

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.

Salvo que los progenitores hubieran establecido otra cosa, y sin perjuicio de que dichas previsiones puedan modificarse por la autoridad judicial si lo estimase conveniente para el interés del menor, corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirla, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes.

Podrá también establecerse que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle los alimentos, si así lo hubieren dispuesto los progenitores. La autoridad judicial podrá dejar sin efecto esta previsión o establecerla aun cuando nada hubiesen dispuesto los progenitores, si lo estimase conveniente para el interés del menor.

COMENTARIO

BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS

SUMARIO.—I. EL DERECHO DEL TUTOR A UNA RETRIBUCIÓN. II. LA OBLIGACIÓN DEL TUTOR DE PRESTAR ALIMENTOS AL MENOR A CAMBIO DE HACER SUYOS LOS FRUTOS DEL PATRIMONIO DE ÉSTE.

I. EL DERECHO DEL TUTOR A UNA RETRIBUCIÓN

Este artículo reconoce, al igual que el derogado art. 274 CC, el derecho del tutor a recibir una retribución por el desempeño de su función con cargo al patrimonio del tutelado. De este modo, la percepción de la retribución está condicionada a que dicho patrimonio lo permita. Como novedad, respecto a su precedente, este artículo incluye el reembolso de los gastos justificados también con cargo a dicho patrimonio.

En relación al ámbito de aplicación del precepto, algunos autores señalan que no se aplicará cuando la tutela recaiga en las personas jurídicas que señala el art. 212 CC (fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores), pues están remuneradas por el ejercicio de dicha actividad, ni tampoco en los casos de tutela automática o *ex lege* de los menores desamparados, ya que sus recursos fluyen directamente del presupuesto público, careciendo de sentido cualquier retribución de sus servicios a costa del patrimonio del desamparado⁴⁷³. Sin embargo, otros consideran

473. GIL RODRÍGUEZ, J., *Com. MJ*, 1991 (I), pp. 809-810; SERRANO FERNÁNDEZ, M., *Com. CC Lex Nova*, p. 406.

que no existe razón para excluir a las personas jurídicas del derecho a la retribución⁴⁷⁴.

Esta última es la tendencia actual de las Audiencias Provinciales, que se decantan por no excluir el derecho de las fundaciones tutelares, pese a ser personas jurídicas sin ánimo de lucro, a ser retribuidas por el ejercicio del cargo de tutor, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita, y ello en base al art. 24 de la Ley 30/1994, que autoriza a las fundaciones a percibir ingresos por sus actividades, siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles beneficiarios. De este modo, parece que la Ley está limitando la posibilidad de que las fundaciones perciban ingresos únicamente de aquellos beneficiarios que tengan capacidad económica suficiente para prestarlos, pues hace la salvedad de que ello no implique una limitación injustificada de sus posibles beneficiarios, es decir, que los ingresos que las fundaciones puedan percibir de aquéllos no se convierta en motivo determinante de que la actividad fundacional se dirija únicamente al beneficio de éstos, y no de los demás sujetos a quienes la actividad benéfica de la fundación puede alcanzar⁴⁷⁵.

La fijación de la cuantía corresponde al Juez, para lo cual ha de atender, igual que en la normativa anterior, a dos criterios: el trabajo a realizar, y el valor y la rentabilidad de los bienes; fijación que se hará, normalmente, al tiempo de la constitución de la tutela, aunque nada impide su posterior modificación en el caso de que se alteren sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para establecerla. Ahora bien, se suprime el marco porcentual en el que debía procurarse establecer la cuantía de la retribución: «no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes».

La SAP Cáceres 29.10.2020 (JUR 2021, 35272) sostiene que «una de las circunstancias a tomar en consideración es el valor del patrimonio del tutelado, pues, como indican, entre otras, la Audiencia Provincial de León (Auto de la sección 2.ª núm.-7/2020, de 16 de enero) y la Audiencia Provincial de Granada (Auto de la sección 5.ª núm.-34/2020, de 27 de febrero), cuando nos encontramos ante un patrimonio que sea relevante y de cierta entidad, no parece que exista ningún problema en acudir al mismo para afrontar entre otros gastos los de retribución del tutor, aun cuando los rendimientos líquidos sean inferiores a los gastos, pues si el patrimonio del tutelado lo permite, y se entiende además que tiene como principal finalidad atender a sus posibles necesidades, tanto presentes como futuras, y si se considera que la necesidad de establecer el cargo de tutor es inherente a su estado, y el tutor realiza un trabajo en su beneficio e interés, parece lógico que se retribuya su función,

siempre que no se le infiera al tutelado ningún perjuicio (...). A sensu contrario, cuando el patrimonio del tutelado sea mínimo, y los rendimientos negativos, no parece que resulte adecuado fijar o mantener una retribución, que finalmente pueda contribuir a dejar al tutelado en situación de insolvencia. Añadiendo que la duda se plantea en aquellos supuestos que no encajan claramente en ninguno de los dos expuestos anteriormente, por lo que será preciso analizar caso por caso, examinando por una parte, en cuanto que en el ejercicio de la tutela ha de primar el interés y beneficio del tutelado, cual es la situación personal del tutelado, (...) que no se produzca una disminución continuada en el tiempo de la liquidez necesaria para atender a las necesidades tanto personales, como en su caso, de sus bienes, y por otra, la buena o mala gestión de los ingresos por parte del tutor, el trabajo efectivo realizado y tiempo empleado en el ejercicio de la tutela».

También compete a la autoridad judicial determinar el modo en el que ha de percibir el tutor dicha retribución, consistiendo, normalmente, en la percepción de una cantidad periódica (mensual, anual,...) dependiendo de las características del patrimonio del menor⁴⁷⁶.

No obstante lo expuesto, se incluye la posibilidad, no recogida en la regulación precedente, de que los progenitores hayan previsto y establecido disposiciones relativas a la retribución del tutor, las cuales han de ser respetadas por la autoridad judicial, pudiendo modificarlas en caso de considerarlo conveniente en atención al interés del menor.

II. LA OBLIGACIÓN DEL TUTOR DE PRESTAR ALIMENTOS AL MENOR A CAMBIO DE HACER SUYOS LOS FRUTOS DEL PATRIMONIO DE ÉSTE

La posibilidad de que el tutor haga suyos los frutos a cambio de prestar alimentos al menor se encontraba recogida en el derogado art. 275 CC: «Sólo los padres, y en sus disposiciones de última voluntad, podrán establecer que el tutor haga suyos los frutos de los bienes del tutelado a cambio de prestarle alimentos, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa».

Si comparamos este precepto con el actual art. 229, observamos notables diferencias, que han supuesto la resolución de algunas cuestiones que se planteaban bajo la legislación anterior.

En primer lugar, la doctrina defendía que, a pesar de que el art. 275 se refiriese a «disposiciones de última voluntad» como medio a través del cual los padres habían de establecer la atribución de frutos al tutor a cambio de prestar

474. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las Reformas de Nacionalidad y Tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 365 y 595.

475. *Vid.* AAP Guadalajara 30.6.2017 (AC 2017, 1404).

476. *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit., p. 594.

alimentos al menor, se incluía también el documento público⁴⁷⁷, problema que ha quedado resuelto al no hacer mención el actual art. 229 al modo en que los padres han de hacer la disposición.

En segundo lugar, se achacaba a la legislación derogada el hecho de atribuir solo a los padres la facultad de establecer lo dispuesto en el precepto, quedando excluidas otras personas, incluida la autoridad judicial. Esta situación ha cambiado, ya que el Juez, no sólo puede dejar sin efecto la disposición hecha por los padres, sino que, incluso, puede establecerla sin que éstos lo hayan previsto, siempre y cuando sea conveniente para el interés del menor.

Lo que no ha resuelto la nueva normativa es si el hecho de que el tutor perciba los frutos a cambio de prestar alimentos al menor excluye el derecho de aquél a la retribución. Comentando el derogado art. 275, la doctrina entendía que la asignación de frutos por alimentos no excluye que, atendido al montante de los frutos y su total consunción en función alimenticia, el Juez fije una remuneración propiamente dicha al tutor, es decir, además o aparte de que se establezca la percepción de los frutos a cambio de la obligación de alimentos, es posible que el tutor reciba una retribución por el ejercicio de su cargo⁴⁷⁸. Ahora bien, la asignación de frutos por alimentos implicará remuneración del tutor y, por tanto, se podrá excluir la fijación de la retribución a que aludía el art. 274, cuando queden frutos no invertidos en atender las necesidades del tutelado⁴⁷⁹.

Esta interpretación parece ser la más adecuada tras la reforma, ya que ha reunido en un mismo precepto, el 229, la retribución del tutor y la asignación de frutos por alimentos, manifestando, además, en el último párrafo, después de regular en los dos anteriores la retribución del tutor, que «podrá también establecerse que el tutor haga suyos los frutos...», lo cual parece indicar que la una puede añadirse a la otra o, lo que es lo mismo, que no son excluyentes.

Respecto al alcance de la asignación que se haga al tutor de «frutos por alimentos», la STS 15.6.1948 (RJ 1948, 959) sostiene que dicha asignación «no constituye al tutor en dueño incondicional de los frutos y rentas de los bienes de sus pupilos, sino que implica una obligación correlativa de aquél derecho, tanto en la de administrar los bienes del tutelado, como de suministrarle alimentos, vestido y educación con arreglo a su clase y circunstancias, de modo que el incumplimiento de estos deberes debe privar al tutor de hacer suyos los frutos».

477. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit., p. 597; ALBALADEJO GARCÍA, *Curso de...*, cit., p. 304; SERRANO FERNÁNDEZ, M., *Com. CC Lex Nova*, p. 407.

478. GIL RODRÍGUEZ, J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 812; O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código civil*, cit., p. 353.

479. RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., *Curso de Derecho Civil*, IV, coord. Francisco Javier Sánchez Calero, Tirant lo blanch, Valencia, 9.ª ed., 2019, p. 361.

Finalmente, el tutor que obtenga «frutos por alimentos» no está dispensado de la obligación de rendir cuentas anuales de su administración. De este modo, el Juez podrá comprobar que no hay un manifiesto enriquecimiento del tutor a costa del tutelado, lo que le permitiría alterar el sistema de retribución, fundado en el precepto objeto de comentario, el cual no dice que la resolución contraria a la fórmula deba adoptarse al inicio de la tutela, ni que sea inalterable la aceptación inicial de aquélla⁴⁸⁰.

Artículo 230

La persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios, sin culpa por su parte, tendrá derecho a la indemnización de estos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento.

COMENTARIO

BLANCA SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS

SUMARIO.—I. FUNDAMENTO Y OBJETO DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN. II. PRESUPUESTOS DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN. III. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN.

I. FUNDAMENTO Y OBJETO DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN

El precepto, de idéntica redacción que el derogado art. 220 CC, reconoce el derecho del tutor a ser indemnizado, independientemente de la retribución que se haya fijado, por los daños y perjuicios que haya sufrido en el desempeño de su cargo, condicionándolo a la ausencia de culpa por su parte.

La existencia de un derecho del tutor a ser exonerado de las consecuencias negativas que le han dimanado de su gestión proviene de la existencia de un principio general que preside toda gestión legitimada (legal o voluntariamente) de negocios ajenos en interés, igualmente, ajeno: todo gestor en interés ajeno (haya sido su gestión efectivamente útil o no) debe quedar exonerado de las consecuencias negativas que le hayan seguido de su actuación legitimada⁴⁸¹.

No obstante, debe precisarse el alcance de este principio en relación con su aplicación a la actuación del tutor, ya que la de éste es una gestión que obedece al cumplimiento de un deber (art. 200 CC) y no sólo satisface un interés

480. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, cit., pp. 597-598. Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de... I*, cit., pp. 276 y 277.

481. BADOSA COLL, F., *Comentarios a...*, cit., p. 242.

particular, sino que, al procurar un beneficio del sujeto a guarda, atiende también al interés general, configurándose como un oficio de derecho privado. Por ello, el tutor no puede pretender que se asegure una absoluta indemnidad y ha de soportar que pueda resultarle gravoso el ejercicio de su cargo, lo cual corrobora el Código al permitir su elusión únicamente si esa gravosidad es excesiva. Además, consecuentemente con lo anterior, en la interpretación y aplicación de este art. 230 habrá de tenerse en cuenta que el beneficio del sujeto a tutela es preeminente a la pretensión de indemnidad de quien ocupa el cargo tutelar⁴⁸².

El precepto, a pesar de su tenor literal, no se refiere a una indemnización de daños y perjuicios en sentido técnico (o sea, la que resulta de los arts. 1101 o 1902 CC), sino al resarcimiento de pérdidas económicas (o, como se apuntó anteriormente, consecuencias negativas) sufridas por el tutor en el desempeño de su cargo tutelar, ya que, a diferencia de lo que ocurre en los casos de la citada indemnización, el resarcimiento no tiene su origen en la culpa del sujeto a tutela, el cual no interviene en la producción del daño.

No entraría dentro del concepto de pérdidas económicas, y, por tanto, no serían resarcibles, las pérdidas sufridas por el tutor por falta de atención a sus propios intereses por no poder desarrollar su profesión u oficio como consecuencia de la dedicación prestada al ejercicio de la tutela, pues tales pérdidas quedarían cubiertas con la retribución del tutor⁴⁸³.

II. PRESUPUESTOS DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN

Para que proceda el derecho a la indemnización de los daños y perjuicios con cargo al patrimonio del tutelado es precisa la concurrencia de tres requisitos:

1.º Los daños y perjuicios ha de sufrirlos el tutor en el ejercicio de la función tutelar.

Se exige, de este modo, un nexo causal positivo entre el desempeño del cargo por parte del tutor y el perjuicio⁴⁸⁴, lo que implica limitar la obligación de indemnización a los daños que traigan causa inmediata y directa de una actividad desplegada por el tutor, siempre que ésta fuera la que cabría esperar de él de acuerdo con la diligencia exigida en el cumplimiento de la función. Por tanto, los daños que sufra a causa de un ejercicio incorrecto de sus fun-

ciones, por antijurídico o extralimitado, no darán lugar, en ningún caso, a que nazca el derecho de reembolso, aun en el supuesto de que en su producción no haya habido culpa, pues faltará la exigida relación de causalidad⁴⁸⁵.

2.º La ausencia de culpa por parte del tutor.

La exigencia de ausencia de culpa o negligencia del tutor con respecto al daño sufrido significa que quedan excluidos del derecho a la indemnización, los que sufra por acción u omisión de un tercero y en su estimación se hubiera apreciado concurrencia de culpas⁴⁸⁶.

En cuanto a los daños causados por caso fortuito, ARROYO I AMAYUELAS considera que en este caso resulta aplicable lo dispuesto en el art. 1891 CC («el gestor de negocios responderá del caso fortuito cuando acometa operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de hacer, o cuando hubiese pospuesto el interés de éste al suyo propio»), pero niega, en contra de lo defendido por la doctrina mayoritaria⁴⁸⁷, que pueda el tutor resarcirse con cargo a los bienes del tutelado cuando los daños sean fortuitos, ya que «de ser así, el gestor tutelar podría cobrar con cargo al patrimonio del sometido, aunque no existiera originariamente un crédito contra tercero, lo que probablemente iría más allá del sentido y finalidad de la norma»⁴⁸⁸.

3.º Subsidiariedad, es decir, imposibilidad de obtener el resarcimiento por otro medio que el de la indemnización a cargo del patrimonio del tutelado.

El patrimonio del menor, por tanto, respondería de la indemnización de los daños causados al tutor cuando dicha indemnización no pueda éste obtenerla del causante del daño, o de su fiador (p. ej., en los casos de insolvencia), o por la inexistencia de un obligado a prestarla (p. ej., en los supuestos de daños derivados de caso fortuito), o en cualquier otro caso en el que tutor no pueda resarcirse del daño (p. ej., ausencia de un seguro).

A lo anterior, SANCHO REBULLIDA añade, aunque no se establezca expresamente en el Código civil, un requisito más, que haya bienes suficientes después de atender las necesidades más perentorias del propio tutelado, lo cual se deduce del art. 216 CC (actual art. 200)⁴⁸⁹, matizando HUALDE SÁNCHEZ que, si se trata de daños causados por un tercero de quien ha sido impo-

482. HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 682.

483. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de...I*, cit., p. 263; HUALDE SÁNCHEZ, J. J., ob. cit., p. 685; ARROYO I AMAYUELAS, E., *Com. Lex Nova*, p. 346. Vid. AAP Zaragoza 3.2.2021 (JUR 2021, 168995).

484. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código civil*, cit., p. 316.

485. HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 684. En el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, N., *Manual de Derecho Civil*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Bercal, Madrid, 2015, pp. 270 y 271.

486. HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 684.

487. Vid. HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 684.

488. ARROYO I AMAYUELAS, E., *Com. CC Lex Nova*, p. 346.

489. SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de...*, p. 287.

sible obtener resarcimiento, habrá de valorarse en qué medida la indemnización, a la hora de resarcirse con cargo al patrimonio del menor, haya de ser moderada en cuanto impuesta sin la previsión de que sea, en última instancia, una persona distinta a la causante del daño quien haya de soportarla⁴⁹⁰.

III. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN

Legitimado para el ejercicio de la acción lo está el tutor cuando éste es una persona física. En el caso de que la tutela fuese ejercida por una persona jurídica, HUALDE SÁNCHEZ concluye que debe excluirse el ejercicio de la acción a las entidades públicas a las que por ministerio de la ley corresponde la tutela de menores que se encuentran en situación de desamparo, dada su vocación a la provisionalidad y su carácter extraordinario; respecto del resto de las personas jurídicas, aun cuando la cuestión puede dar lugar a dudas, dada la falta de una mención legal expresa, parece que la solución ha de ser la misma, pues, mientras que la persona física no está destinada a las funciones tutelares y las desarrolla en cumplimiento de un deber que se le impone, la persona jurídica que las desempeña se constituye con esa finalidad o la comprende entre sus fines⁴⁹¹.

En relación al plazo de ejercicio de la acción, la acción está sujeta al plazo general de cinco años establecido en el art. 1964 CC, el cual empezará a contarse desde el momento en el que se produce la imposibilidad del tutor de recibir la indemnización a cargo del obligado a prestarla o desde el momento en el que se producen los daños cuando dicho obligado no exista y no haya otro modo de obtener la indemnización. No es preciso, por tanto, esperar a la finalización de la tutela para ejercitar la acción⁴⁹², pero si se ejercita antes de dicha finalización será preciso el nombramiento de un defensor judicial, para evitar el conflicto de intereses que podría producirse entre el tutor y el tutelado⁴⁹³.

Artículo 231

La tutela se extingue:

- 1.º *Por la mayoría de edad, emancipación o concesión del beneficio de la mayoría de edad al menor.*
- 2.º *Por la adopción del menor.*
- 3.º *Por muerte o declaración de fallecimiento del menor.*

490. HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 685.

491. HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 683.

492. ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de...*, cit., p. 304.

493. *Vid.* HUALDE SÁNCHEZ, J. J., *Com. MJ*, 1991 (I), p. 686.

4.º *Cuando, habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere, o cuando desaparezca la causa que impedía al titular de la patria potestad ejercitarla de hecho.*

COMENTARIO

HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ

SUMARIO.—I. CUESTIONES PRELIMINARES. II. SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DE LA TUTELA. 1. *Mayoría de edad, emancipación o concesión del beneficio de la mayoría de edad.* 2. *Adopción del menor.* 3. *Muerte o declaración de fallecimiento del menor.* 4. *Recuperación de la patria potestad.* 5. *Cesación de la tutela de menores declarados en situación de desamparo.* 6. *Otros supuestos de extinción de la tutela.*

I. CUESTIONES PRELIMINARES

La Sección 4.ª, Capítulo I, del Título IX del Código Civil lleva por rúbrica «De la extinción de la tutela y de la rendición final de cuentas», y comprende cuatro artículos: del art. 231 al 234. Dos son las cuestiones de las que se ocupa esta Sección: de la extinción de la tutela y de la rendición final de cuentas. El art. 231 CC enumera las causas por las que se extingue la tutela, mientras que los art. 232 y 233 CC se refieren a la rendición final de cuentas. En último término, el art. 234 CC tiene por contenido la responsabilidad por los daños que hubiera ocasionado el tutor en el ejercicio del cargo. Téngase en cuenta también que, para lo no regulado en estos preceptos, de acuerdo con el art. 224 CC, serán aplicables, con carácter supletorio, las normas de la curatela, en concreto los art. 291 a 294 CC, que contemplan lo relativo a la extinción de la curatela.

Por lo que respecta al precepto objeto de comentario, se refiere a los supuestos en los que ya no es necesario la existencia de un tutor, por lo que la tutela se extingue, al no ser necesario ya que el tutelado cuente con un representante legal. El antecedente inmediato del precepto se encuentra en los art. 276, 277 y 278 CC anteriores a la reforma. Ahora bien, puesto que la tutela en la actualidad se refiere solo a la de los menores de edad, y no como antes que incluía a los incapacitados, las causas que estaban previstas para este último supuesto han desaparecido, en concreto, lo previsto en el art. 276.1 in fine, el 277.2 y el 278 CC anteriores, que aludían a la incapacitación del menor antes de cumplir dieciocho años y a los casos en los que se dictaba resolución judicial que pusiera fin a la incapacitación o bien que la modificaba sustituyéndose la tutela por la curatela.

La tutela se extingue en los casos en los que ya no existe la causa que motivó su constitución. El precepto en realidad está contemplando las causas que dan lugar a la extinción de la relación tutelar, a la extinción de la tutela como ins-