**TEMA 100. EJERCICIO DE LA TUTELA. OBLIGACIONES, ATRIBUCIONES Y DERECHOS DEL TUTOR; ACTOS PROHIBIDOS AL MISMO. RESPONSABILIDAD. EXTINCION. LA CURATELA. EL DEFENSOR JUDICIAL Y LA GUARDA DE HECHO. LA TUTELA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

#### EJERCICIO DE LA TUTELA

El Cc, tras la Reforma operada por la **Ley de 24 de octubre de 1.984**, regula las instituciones tutelares en el **Título X del Libro I**:

Capítulo I Disposiciones generales (art 215 a 221).

Cap II La tutela (art 222 a 285).

Cap III La curatela (art 286 a 298).

Cap IV El defensor judicial (art 299 a 302).

Cap V La guarda de hecho (art 303 a 313).

Hay ocasiones en que los menores o los afectados por deficiencias físicas o psíquicas requieren un organismo permanente que supla el defecto de capacidad. En defecto de patria potestad, el ordenamiento arbitra unas denominadas instituciones tuitivas supletorias, aquellas por las que una persona es investida por un acto público de funciones tuitivas, semejantes a la patria potestad, sobre un menor o incapaz (PEÑA). 215 Cc

En base a esto, cuando exista una persona que haya de estar sujeta a tutela, una vez designada la persona o personas que van a ejercer el cargo de tutor de conformidad con el procedimiento que se estudia en el tema anterior,

**259 El Secretario judicial dará** posesión de su cargo al tutor nombrado.

Aunque el Cc refiere lo que sigue al tratar de la tutela en general y de su delación, deben destacarse dos rasgos que afectan a su ejercicio:

* El ejercicio unipersonal de la tutela es lo normal, pero hay excepciones

**236 La tutela se ejercerá por un sólo tutor salvo:**

**Cuando por concurrir circunstancias especiales en la persona del tutelado o de su patrimonio, convenga separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes, cada uno de los cuales actuará independientemente en el ámbito de su competencia, si bien las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarlas conjuntamente.**

**Cuando la tutela corresponda al padre y a la madre será ejercida por ambos conjuntamente de modo análogo a la patria potestad.**

**Si se designa a alguna persona tutor de los hijos de su hermano y se considera conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela.**

**Cuando el Juez nombra tutores a las personas que loa padres del tutelado hayan designado en testamento o documento público notarial para ejercer la tutela conjuntamente.**

**237 En el caso del número 4º del artículo anterior, si el testador lo hubiere dispuesto de modo expreso, y en el caso del número 2º, si los padres lo solicitaran, podrá el Juez, al efectuar el nombramiento de tutores, resolver que éstos puedan ejercitar las facultades de la tutela con carácter solidario.**

**De no mediar tal clase de nombramiento, en todos los demás casos, y sin perjuicio de lo dispuesto en los números 1 y 2, las facultades de la tutela encomendadas a varios tutores habrán de ser ejercitadas por éstos conjuntamente, pero valdrá lo que se haga con el acuerdo del mayor número. A falta de tal acuerdo, el Juez, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente juicio, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela, podrá el Juez reorganizar su funcionamiento e incluso proveer de nuevo tutor.**

**237 bis Si los tutores tuvieren sus facultades atribuidas conjuntamente y hubiere incompatibilidad u oposición de intereses en alguno de ellos para un acto o contrato, podrá éste ser realizado por el otro tutor, o, de ser varios, por los demás en forma conjunta.**

**238 En los casos de que por cualquier causa cese alguno de los tutores, la tutela subsistirá con los restantes a no ser que al hacer el nombramiento se hubiera dispuesto otra cosa de modo expreso.**

* El ejercicio de la tutela está sometido al control judicial, pues tras la reforma de 24 de octubre de 1983 el legislador optó por el sistema de tutela de autoridad.

**232 La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración de la tutela.**

**233 El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas, en beneficio del tutelado. Asimismo podrá, en cualquier momento, exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración.**

* Ello no es óbice para 223 (órganos de fiscalización del tutor)

223 Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

#### OBLIGACIONES

Obligaciones del tutor AL COMENZAR EL EJERCICIO DE SU CARGO

Son fundamentalmente dos:

en su caso prestación de fianza

inventario/depósito de los bienes y

260 El Juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma.

No obstante la entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la Ley o la desempeñe por resolución judicial no precisará prestar fianza.

261 También podrá el Juez, en cualquier momento y con justa causa, dejar sin efecto o modificar en todo o en parte la garantía que se hubiese prestado.

262 El tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo.

263 La Autoridad judicial podrá prorrogar este plazo en resolución motivada si concurriere causa para ello.

264 El inventario se formará ante el Secretario judicial con intervención del Ministerio Fiscal y con citación de las personas que aquél estime conveniente.

265 El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del Secretario judicial, no deban quedar en poder del tutor serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto.

Los gastos que las anteriores medidas ocasionen correrán a cargo de los bienes del tutelado.

266 El tutor que no incluya en el inventario los créditos que tenga contra el tutelado, se entenderá que los renuncia.

Obligaciones o deberes del tutor DURANTE EL EJERCICIO DE SU CARGO

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

A procurarle alimentos.

A educar al menor y procurarle una formación integral.

A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.

A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.

Obligaciones o deberes del tutor AL CESAR EN SU CARGO

279 El tutor al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa.

La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarlo.

280 Antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, el Juez oirá al nuevo tutor o, en su caso, al curador o al defensor judicial, a la persona que hubiera estado sometida a tutela o a sus herederos.

281 Los gastos necesarios de la rendición de cuentas, serán a cargo del que estuvo sometido a tutela.

282 El saldo de la cuenta general devengará interés legal, a favor o en contra del tutor.

283 Si el saldo es a favor del tutor, devengará interés legal desde que el que estuvo sometido a tutela sea requerido para el pago, previa entrega de sus bienes.

284 Si es en contra del tutor, devengará interés legal desde la aprobación de la cuenta.

285 La aprobación judicial no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al tutor y al tutelado o a sus causahabientes por razón de la tutela.

#### ATRIBUCIONES

 Son la representación y la administración.

267 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.

Esta es la característica fundamental de la tutela, que la diferencia de la curatela: mientras que el tutor es el representante del tutelado el curador se limita a completar la capacidad de obrar disminuida del sometido a curatela, asistiéndole caso por caso.

268 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.

270 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.

No obstante, respecto a los bienes adquiridos a título gratuito hay que tener en cuenta el art 227

227 El que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor o incapacitado, podrá establecer las reglas de administración de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarla. Las funciones no conferidas al administrador corresponden al tutor.

271 El tutor necesita autorización judicial:

Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.

Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.

Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

Para dar y tomar dinero a préstamo.

Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

**→** SUPUESTOS DUDOSOS:

. Como el tutor puede por sí sólo cobrar una deuda, también podrá por si sólo CANCELAR *POR PAGO* UNA HIPOTECA ó una condición resolutoria inscrita a favor del tutelado. Y ello a pesar de la dicción literal del art. 178 RH

178 RH 1. A los efectos del párrafo primero del artículo 82 de la Ley, los representantes legales de la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación necesitarán, para proceder a su cancelación, obtener las autorizaciones y observar las formalidades legales exigidas para la enajenación de bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos.

2. Para la cancelación por pago de la hipoteca que garantice créditos a favor de un menor bastará el consentimiento del padre o padres que ejerzan la patria potestad.

. Como en el caso del art 166 Cc:

No parece exigible autorización judicial para constituir hipoteca en garantía del precio aplazado de la compra del inmueble, ya que se trata de un acto complejo que no puede escindirse en 2 negocios de adquisición y gravamen (**RDGRN 7 Julio 1998**).

Tampoco para la extinción de condominio en que se adjudica a uno de los comuneros el único bien en proindivisión, con pago al menor en dinero de su cuota en la comunidad. No es un acto dispositivo, sino particional, como ya reconoció la RDGR 6 Abr 1962 (**RDGRN 2 Enero 2004)**.

. Por "actos susceptibles de inscripción" hay que entender los tengan acceso a un Registro de carácter jurídico. Por lo tanto, no se precisa autorización para los actos susceptibles de inscripción en un Registro meramente administrativo.

Ahora bien, la RDGRN 17 de Enero 2011 entendió que aunque sea necesaria autorización judicial para la venta de inmuebles no lo es para la compra.

Y la RDGRN 1 junio 2012 afirma que la autorización judicial del artículo 271.2 Cc (para el supuesto en que el tutor pretenda enajenar bienes inmuebles que pertenezcan al incapacitado) no es exigible cuando la enajenación tuvo lugar antes del fallecimiento del causante, en virtud de contrato privado por escrito y firmado por el causante, conforme establece el artículo 20.4 LH. Pues debe diferenciarse entre acto debido y acto de enajenación.

. La STS 27 Febrero 1999 no le autoriza a instar demanda de separación del tutelado, ni siquiera con autorización judicial del nº 6 de este artículo, por entender que es una acción personalísima, a la que no puede extenderse la representación legal que el art. 267 Cc. atribuye al tutor.

**→** No existe unanimidad a la hora de calificar el acto realizado sin autorización judicial:

- GARCÍA CANTERO considera que es un supuesto de nulidad de pleno derecho (6.3 Cc). Esta era la postura del TS en la mayor parte de los casos antes de la reforma de 1981 (sentencias de 1954 o 1965).

- PEÑA entiende que se trata de un negocio incompleto susceptible de ser ratificado antes de su revocación por la otra parte (ex art. 1259). Pero no bastaría la mera autorización judicial posterior, ya que la ley exige que sea previa.

- Hoy la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia entienden que se trata de un caso de anulabilidad pues los padres para tales actos son capaces *limitadamente*. Esta posición es la seguida en Cataluña en el art 222-46 de su Libro Por ello, bastará autorización judicial posterior para su confirmación. Es la solución adoptada por la **STS 3 de marzo de 2006** al entender que no están en juego intereses públicos, sino tan solo el interés privado del menor.

- GARCÍA CANTERO considera que es un supuesto de nulidad de pleno derecho (6.3 Cc). Esta era la postura del TS en la mayor parte de los casos antes de la reforma de 1981 (sentencias de 1954 o 1965).

- PEÑA entiende que se trata de un negocio incompleto susceptible de ser ratificado antes de su revocación por la otra parte (ex art. 1259). Dicha ratificación podrá hacerla el menor, al cumplir 16 años en documento público, o el padre con autorización judicial previa. Sin embargo, no bastaría la mera autorización judicial posterior (ya que la ley exige que sea previa).

- Hoy la mayor parte de la doctrina entiende que se trata de un caso de anulabilidad pues los padres para tales actos son capaces *limitadamente*. Esta posición es la seguida en Cataluña en el art 236-31 de su Libro II (que por cierto no habla de patria potestad sino de potestad parental *–en su ultima versión, la vigente, el 154 Cc habla de “responsabilidad parental”-*). Por ello, bastará autorización judicial posterior para su confirmación. Es la solución adoptada por la **STS 3 de marzo de 2006** al entender que no están en juego intereses públicos, sino tan solo el interés privado del menor.

En contra, la STS 20 abril 2016 considera NULOS los actos de disposición efectuados por el titular de la patria potestad y por el tutor sin la autorización judicial; por excepción serían solo ANULABLES los actos de disposición relativos a los bienes gananciales efectuados por el cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte sin autorización judicial (ex arts 1389.2 y 1322 Cc)

**→** Tener en cualquier caso en cuenta

1291 Son rescindibles: 1.º Los contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos.

272 No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial.

La R de 4 de junio de 2009 entendió que no es necesaria autorización judicial para la aceptación de la herencia sin beneficio de inventario si consta la aprobación judicial de la partición.

El art. 272 se complementa con el art. 1060 (reformado LJV 2015) ***Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada…***

273 Antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos comprendidos en los dos artículos anteriores, el Juez oirá al Ministerio Fiscal y al tutelado, si fuese mayor de doce años o lo considera oportuno, y recabará los informes que le sean solicitados o estime pertinentes.

#### Y DERECHOS DEL TUTOR

274 El tutor tiene derecho a una RETRIBUCIÓN, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 % ni exceda del 20 % del rendimiento líquido de los bienes.

275 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 los alimentos, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa.

220 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 éstos con cargo a los bienes del tutelado, de no poder obtener por otro medio su resarcimiento

#### ACTOS PROHIBIDOS AL MISMO

221 Se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:

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

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

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

Art. 175.3  No puede adoptarse:… 3º A un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela.

Art 753  Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador del testador, salvo cuando se haya hecho después de aprobadas definitivamente las cuentas o, en el caso en que no tuviese que rendirse éstas, después de la extinción de la tutela o curatela.

Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor o curador que sea ascendiente, descendiente, hermano, hermana o cónyuge del testador.

Art 1459.1 No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí ni por persona alguna intermedia: 1.º Los que desempeñen algún cargo tutelar, los bienes de la persona o personas que estén bajo su guarda o protección.

#### RESPONSABILIDAD

En algunos preceptos del Código aparecen tipificados supuestos concretos de responsabilidad del tutor.

229 Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor o incapacitado, y si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

256 Mientras se resuelva acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer la función.

No haciéndolo así, se procederá a nombrar un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada.

Pero además, ex art. 216 la tutela constituye un deber. Por ello, una infracción de los deberes inherentes a la misma constituye un acto ilícito que puede dar lugar a:

- Responsabilidad penal por delito de abandono de familia (o fraude)

- Responsabilidad civil, dando lugar a la correspondiente indemnización, que se regirá por las que regulan las obligaciones (art. 1090) en su caso extracontractuales

1903.3 La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder…

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

En caso de tutela plural, no responderá el tutor en cuyo ámbito no se haya producido el supuesto dañoso (art 236.1), ni tampoco quien votó en contra del acuerdo lesivo (art 237)

#### EXTINCION

276 La tutela se extingue:

Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.

Por la adopción del tutelado menor de edad.

Por fallecimiento de la persona sometida a tutela.

Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad.

277 También se extingue la tutela:

Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere.

Al dictarse la resolución judicial que ponga fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela.

278 Continuará el tutor en el ejercicio de su cargo si el menor sujeto a tutela hubiese sido incapacitado antes de la mayoría de edad, conforme a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación.

#### LA CURATELA

Introducida en la reforma de 1983 es una institución tutelar de cariz patrimonial, que a diferencia de la tutela no suple sino que se limita a **complementar** la capacidad de obrar, aplicándose no a los incapaces, sino a los capaces limitadamente.

SUJETOS

286 Están sujetos a curatela:

Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley.

Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad.

Los declarados pródigos.

287 Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

OBJETO

288 En los casos del artículo 286, la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores o pródigos no puedan realizar por sí solos.

289 La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido.

290 Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial.

CUARDORES

291 Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores. No podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados.

292 Si el sometido a curatela hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa.

293 Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código.

La curatela en casos de prodigalidad se regulaba en los arts. 294 a 298 CC, derogados por la nueva LEC 7 enero 2000 a excepción del

297 Los actos del declarado pródigo anteriores a la demanda de prodigalidad no podrán ser atacados por esta causa.

El Título I *(****De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores****)* del Libro IV (Procesos Especiales) de la LEC contempla en su CAPITULO I (art 748 y ss) una serie de **DG** aplicables a todos estos procesos.

* Bien entendido que en los procesos sobre prodigalidad *(como también en otros casos, vg. separación o divorcio de mutuo acuerdo)* la relevancia del orden público aparece mitigada. Así, si bien en general en los procesos del Título I:
* Siempre será parte el Ministerio Fiscal aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba asumir la defensa de alguna de las partes (749).

Ahora bien, en materia de prodigalidad *(y en general en los casos del art. 749.2 LEC)* sólo cuando será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

* Rige el principio de la indisponibilidad del objeto del proceso (frente al art. 19 LEC): no cabe la renuncia, allanamiento ni la transacción; y el desistimiento requiere conformidad del Ministerio Fiscal (751)

Ahora bien, en los procesos de prodigalidad *(como en otros casos especificados en el art. 751.2 LEC)* el desistimiento NO requerirá la conformidad del Ministerio Fiscal

* Sin perjuicio de las pruebas practicadas a instancia de las partes o Mº Fiscal el Juez podrá decretar de oficio cuantas estime pertinentes. Y la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal (752).
* Exclusión de publicidad (754). Podrá el juez mediante providencia decidir que los actos y vistas se celebren a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.
* Acceso de las sentencias a los registros públicos (art. 755). Accederán de oficio al RC, produciéndose los efectos respecto de terceros a partir de la inscripción de la sentencia en el RC (art. 222.3 LEC)

**(ESOS ARTICULOS LOS PONGO PORQUE ANTES ESTABAN EN EL CC)**

* La prodigalidad toma asiento dentro de los procesos sobre “capacidad”.

**757**.5 La declaración de prodigalidad sólo podrá ser **instada por** el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.

**758**. El presunto incapaz o la persona cuya declaración de prodigalidad se solicite pueden comparecer en el proceso con su propia **defensa y representación**. Si no lo hicieren, serán defendidos por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. En otro caso, el Tribunal designará un defensor judicial, a no ser que estuviere ya nombrado.

**760**.3 **La sentencia** que declare la prodigalidad **determinará los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento** de la persona que deba asistirle.

#### EL DEFENSOR JUDICIAL

Se trata de una institución de guarda eventual e intermitente.

299 Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por Ley, sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.

En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.

En todos los demás casos previstos en este Código.

299 bis Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.

PERSONAS LLAMADAS A SER DEFENSOR JUDICIAL

300 En expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo.

301 Serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores.

302 El defensor judicial tendrá las atribuciones que se le hayan concedido, debiendo rendir cuentas de su gestión una vez concluida.

1060… El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición, deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

#### Y LA GUARDA DE HECHO

Tiene lugar la “guarda putativa” cuando una persona ejerce funciones tuitivas sin fundamento jurídico por carecer de título para ello (falta de constitución, constitución irregular, etc).

La trascendencia de esta figura es grande, pues supone aplicar a la gestión del guardador normas más severas que las de la gestión de negocios ajenos sin mandato, que sin esta regulación serían aplicables al guardador de hecho.

303 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 228, cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor, o de la persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo, y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, si procediera, se podrán otorgar judicialmente facultades tutelares a los guardadores. Igualmente, si fuera menor de edad, se podrá constituir un acogimiento temporal, siendo acogedores los guardadores.

2. Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 y 239 bis.

En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor.

304 Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.

306 Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor.

#### LA TUTELA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

9.6 La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo.

La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección.

9.4 4… La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Para los países de la Unión Europea hay que tener presente también el Reglamento Europeo denominado **Bruselas II BIS** de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que deroga el Reglamento Bruselas II (CE) no 1347/2000)

El Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 (sobre competencia de las Autoridades y la Ley aplicable en materia de protección de menores), aplicable allende el ámbito del Reglamento Bruselas II bis. Determina como ley aplicable la ley interna de la autoridad competente, a saber, también la de residencia habitual del menor (art. 1).

Para terminar señalar que **LEGE FERENDA** acaso en futuro cercano **a los mayores no** se les someta a **tutela ni se les incapacite**. Así:

. en Alemania, desde 1992 se distingue–dentro de del Libro [4](http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html#BJNR001950896BJNG011002377) del BGB- entre tutela (“Vormundschaft“ –necesariamente de menores-), curatela (“Pflegschaft“) y asistencia jurídica a mayores (“**RECHTLICHE BETREUUNG**“ –se consideró que incapacitarlos resultaba vejatorio además de innecesario-).  Ello permite que su asistencia sea objeto de un **procedimiento de jurisdicción voluntaria**, no contencioso. “Nuevas” pautas de actuación –lege ferenda- en materia de guardaduría y apoyo a mayores.

. El art. **226** del Libro II del Cc **Cataluña** ha recogido y regulado esta idea de la **asistencia** a mayores, concebida como un medio de protección a disposición de dichas personas para las que, por sus condiciones psicofísicas, la incapacitación y la tutela posterior no son aconsejables.

Artículo 226-1 Libro II Cataluña. 1. La persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, de acuerdo con lo establecido por el presente capítulo, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria.