

LA TUTELA

PONENTE:

D. Gabriel García Cantero
Catedrático de Derecho Civil

COPONENTES:

D.ª Rocío Palá Laguna
Asesora del Justicia de Aragón

D. Rafael Martínez Díe
Notario



LA TUTELA

por

D. Gabriel GARCÍA CANTERO (Ponente)

D^a Rocío PALÁ LAGUNA y D. Rafael MARTÍNEZ DÍE (Colaboradores)

D. Gabriel García Cantero:

Excelentísimos e Ilustrísimos señores, queridos compañeros: debo comenzar agradeciendo a los responsables de los Encuentros del Foro Aragonés. Acabo de oír que son Encuentros que no tienen Estatutos, pero sin embargo funcionan y eso es lo importante. Entonces, comienzo expresando mi agradecimiento por estar en este Foro. Además debo decir que la razón por la cual yo estoy hoy aquí puede deberse a que en el primer volumen de los comentarios a la Compilación que iniciara y dirigiera el llorado Maestro Lacruz Berdejo, aparece un comentario mío de medio centenar de páginas dedicado a los artículos de la tutela en Aragón. Creo que esa es la principal razón por la cual se me ha invitado aquí.

Debo también explicar la actuación de los ponentes: en las reuniones preparatorias hubo acuerdo en que la Ponencia general tuviera por base el comentario mencionado a los capítulos primero y segundo, Título III, Libro I de la Compilación, realizado por mí, en el vol. Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, dirigidos por José Luis LACRUZ BERDEJO (Zaragoza 1988), I, p. 495 a 562, sin perjuicio de los planteamientos complementarios a cargo de los coponentes, y de alguna eventual discrepancia en puntos concretos.

Se nos ha encomendado hablar de la tutela en Aragón, es decir, del régimen jurídico contenido - después de la reforma de 1985 - en los arts. 15, 16 y 17 de la Compilación, y la primera peculiaridad radica en el enunciado del Título III, Libro I de la misma, que se ocupa "De las relaciones parentales y tutelares", siguiendo, curiosamente, un orden inverso del contenido en aquél; por otra parte, se habla de tutela en plural, lo que, acaso, puede explicarse por la existencia en Aragón de varias modalidades de tutela (al menos, como luego explico, la testamentaria y la dativa), o también por contemplarse implícitamente las distintas formas de asistencia y protección que aparecen en la reforma del C.c. en 1983 (tutela, curatela, defensor judicial, administrador de bienes, tutela de hecho...).

Con todo, la nota más destacada del régimen aragonés de tutela acaso sea la pobreza de su regulación normativa, la fragmentariedad de materias contemplada en la Compilación y, en consecuencia, su radical insuficiencia para atender a las exigencias de la vida real, ya que tal laconismo legislativo engendra graves problemas interpretativos. La

explicación de esta situación acaso puede hallarse en el hecho de que, ni a lo largo de su historia, ni en época reciente, ni tampoco en la etapa compiladora, haya existido un sistema tutelar aragonés, completo y autosuficiente que se haya bastado por sí solo para regular en su integridad las cuestiones tutelares; pero sí debe resaltarse que en el derecho de los Fueros y Observancias, el régimen era más completo que en la actualidad. Por otra parte, las reformas procesales del siglo XIX contribuyeron también a reducir el ámbito del derecho autóctono. Añádase la circunstancia de que la Compilación de 1967 se inscribe cronológicamente entre dos regulaciones sucesivas de la tutela en el C.c., inspiradas en criterios distintos, cuando no antitéticos, adicionando todavía mayor complejidad la "contrarreforma de la tutela" operada por Ley de 1987 al modificar la adopción, promulgada cuando la Compilación se reformó en 1985.

Las lagunas de la Compilación en esta materia han de llenarse con arreglo a la jerarquía normativa que establece el artículo 1º Comp., es decir: 1º) La propia Comp.; 2º) La costumbre aragonesa; 3º) Los principios generales en que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico aragonés, y, señaladamente, el standum est chartae; 4º) El C.c., y 5º) Las demás disposiciones que integran el Derecho común.

Si el problema de las remisiones directas al C.c. está resuelto por la disposición final de la Comp., no ocurre así con las que pueden calificarse de remisiones indirectas, como las referidas a instituciones ya desaparecidas del C.c. (por ej. la dote o el cargo de protutor contemplado en el art. 18.1); de modo análogo, si un testador aragonés designa en su disposición de última voluntad a los miembros del Consejo de Familia, figura eliminada de la Comp. de 1985, aunque no prohibida por ella y permisible al amparo del standum est chartae. En todos estos casos no parece aconsejable remitirse a la redacción actual del C.c. (en este caso, el régimen introducido por la ley de 1983), que produciría una laguna legal, sino a la normativa que mejor recoja la institución aragonesa, aunque sea la primitiva del Código.

La determinación de la ley aplicable a la tutela se regirá por el art. 9.6 C.c. por remisión del art. 16.1, y, en consecuencia: 1º) La tutela se rige por la vecindad foral del tutelado, ya resida éste dentro o fuera de Aragón; 2º) Las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual, por lo cual el menor o incapaz aragonés, domiciliado en territorio de derecho común, quedará sometido al C.c.; 3º) Las formalidades de constitución de la tutela se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a las leyes procesales comunes, lo que obligará a diferenciar lo sustantivo y lo procesal en esta materia; y 4º) La capacidad para ser tutor se rige por la vecindad foral del mismo, y no por la del tutelado.

Hay varias preguntas previas que procede dilucidar:

¿Tutela de familia o tutela de autoridad? En el Derecho comparado, como se sabe, difieren los sistemas tutelares según reposen fundamentalmente sobre los miembros de la familia del tutelado (como ocurre fundamentalmente en Francia), o bien recaigan en la decisión de la autoridad judicial (sistema instaurado en Italia por el Codice civile de 1942, en sustitución del sistema familiar del Código de 1865). En la normativa vigente cabe afirmar que el sistema aragonés de tutela es básicamente familiar, aunque modalizado con algunos elementos del sistema de tutela judicial. Así el art. 15 Comp. regula la designación de tutor hecha en testamento o en otro instrumento público, como también ocurre con la designación de protutor en el art. 18.1. Por otra parte, los arts. 16.1 y 17 otorgan intervención a la Junta de Parientes, con preferencia a la del Juez de Primera Instancia, en el supuesto de pluralidad de designaciones de tutor y también para fijar la contribución a las cargas. De todo ello resulta el carácter claramente subsidiario de la intervención judicial en

Aragón. Por contra, la tutela del C.c. después de la reforma de 1983 es de carácter judicial, con alguna intervención familiar en los arts. 223 y 224, pudiendo el Juez rechazar la delación testamentaria en resolución motivada, cosa que no le está permitido hacer en la Comp. Ello no obsta a reconocer que la reforma de 1983 ha tomado prestadas del Derecho aragonés figuras tales como la tutela real del art. 227, o la admisión del documento público notarial en el art. 223 originando "trasvases legislativos" que pueden llenar de satisfacción a los aragoneses, pero sin que pueda hablarse de un "trasvase global" en sentido inverso que permitiera afirmar que en el momento actual la normativa tutelar del C.c. refleja, más fielmente que antes, la tradición aragonesa.

Clases de tutela. Considero admisibles en Aragón las siguientes modalidades de tutela:

1) Por el modo de delación, cabe hablar de tutela testamentaria lato sensu, expresamente contemplada en los arts. 15 y 18 Comp., y de tutela dativa, no aludida nominatim, pero sí sobreentendida, siendo competente para constituirla el Juez de Primera Instancia, y, en algún caso, la Junta de Parientes (art. 16, que es un ejemplo de tipo mixto testamentario-dativo).

2) Por el objeto, puede hablarse de tutela ad personam y ad bona, existentes en el Derecho histórico y que pueden considerarse admitidas implícitamente en la Comp.

3) Por el sujeto de la delación, la tutela testamentaria puede provenir de los padres, de los parientes con autoridad familiar y de otras personas, tal como se admite implícitamente en el art. 16.1 (designación de varios tutores por distintas personas), si bien en el último punto existen discrepancias en la Mesa.

4) Por el número de tutores, cabe tutela única y tutela plural, de suerte que la primera puede considerarse, de alguna manera, la regla general (art. 15), mientras que la segunda tiene algunas reglas especiales en el art. 16.

5) Por el régimen aplicable, puede hablarse de una tutela típica cuando se sujeta a la normativa prevista en los arts. 15 a 18 Comp., y de una tutela atípica, fruto de la autonomía de la voluntad, constituida al amparo del principio standum est chartae.

Entrando en el detalle de la normativa compilada, destaca, en primer término, la extraordinaria concisión del art. 15, a cuyo tenor "Es válida la tutela deferida por instrumento público, sea o no testamento". A la vista de este precepto, cabe preguntar: ¿Quién está legitimado para deferir la tutela en Aragón?; no lo dice directamente el precepto transcrito, si bien cabe deducir del mismo, sin orden de preferencia, que pueden deferirla los padres, tanto si ejercitan conjuntamente esta facultad como si lo hacen individualmente por separado; asimismo, los titulares de la autoridad familiar que se mencionan en el art. 10.1 Comp., a saber, los abuelos, los hermanos mayores del menor y el cónyuge no progenitor del binubo premuerto; por último, las demás personas, sean o no parientes, que realicen atribuciones a título gratuito en favor del tutelado.

Como se sabe, la delación tutelar es un negocio jurídico unilateral de Derecho de Familia, que puede constituir el contenido atípico de un testamento o insertarse en otro instrumento público. No hay normas especiales de capacidad, pareciendo bastante la general para contratar. Los progenitores ejercientes de esta facultad no precisan estar casados, bastando que conste legalmente reconocida su paternidad o maternidad. La privación de la autoridad familiar - según bastantes autores - debiera incapacitar en Aragón para designar tutor, aplicando el criterio del art. 226 C.c. Personalmente la solución no me parece tan evidente dado que la ausencia de norma foral pudiera significar un

criterio más liberal del legislador aragonés, y las incapacidades deben interpretarse restrictivamente. Las personas a que se refiere el art. 10 Comp. entiendo que deben ostentar in actu la autoridad familiar, y no meramente ser titulares in potentia.

¿A quién puede deferirse la tutela aragonesa?. Además de la figura del tutor único que, como ya he indicado, es el supuesto normal, entiendo que los aragoneses podrán utilizar todas las modalidades autorizadas en el C.c. después de la reforma de 1983; tutor dual, tutor plural y tutor persona jurídica, especialmente indicado en el caso de hijos deficientes físicos o psíquicos.

¿A quién puede beneficiar esta delación tutelar?. Tampoco aquí hay coincidencia con el C.c.; desde luego pueden beneficiarse los menores no emancipados que no están sujetos a la autoridad familiar, y también los incapacitados mayores para quienes la sentencia de incapacitación determina esta forma de protección; pero el art. 5º.1 Comp. plantea algún problema de interpretación, pues según la doctrina (SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS) las funciones de asistencia que en aquél se atribuyen al tutor se parecen más a las que actualmente ejerce el curador de menores emancipados en el C.c.; a mi juicio cabe una doble interpretación, o bien entender que se trata de una tutela restringida, o bien realizar una relectura del precepto y deducir que en realidad se está refiriendo al curador; la primera exégesis vendría favorecida por el hecho de que la redacción del art. 5º.1 Comp. procede de la reforma de 1985 cuando ya se había modificado el régimen de la tutela en el C.c.

¿Qué se entiende por tutela en el art. 15 Comp.? Yo creo que se ha utilizado el término en su sentido más amplio comprendiendo, por tanto, a todas las formas de asistencia y protección de menores e incapacitados que el ordenamiento autoriza; cabrá designar, en consecuencia, tutor en sentido estricto, protutor (art. 18.1), incluso Vocales del Consejo de Familia pese a que ahora la Compilación no hable de ellos; y aunque el supuesto parezca raro, pienso que podría designarse un defensor judicial para el caso de colisión de intereses. En cuanto a la tutela deferida, yo creo que es una precisión técnica plena de significado, pues no se trata de la mera designación a que alude el art. 223 C.c., ni siquiera aunque se entendiera con la adición de ser vinculante para el Juez, como expresa el art. 224 C.c.; estimo que posee idéntico significado que la derogada tutela testamentaria en el régimen del C.c., y así debe entenderse que tal delación es válida por si misma, sin que necesite ninguna autorización ni homologación del Juez, por lo que resulta apta para iniciar el procedimiento tutelar de jurisdicción voluntaria.

El art. 16, en sus dos apartados, ofrece una regulación más compleja:

“1. Cuando se hayan designado varios tutores por distintas personas, la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez de Primera Instancia, elegirá entre ellos el más idóneo para el cargo.”

“2. A los designados por quien dispuso a título lucrativo de bienes en favor del pupilo y no elegidos por el Juez, corresponde la administración de tales bienes, así como la disposición de los mismos conforme a esta Compilación y con iguales limitaciones y formalidades impuestas al tutor.”

La estructura de este precepto ofrece un mandato principal (quién elige el tutor en el caso de pluralidad de designaciones), y otro secundario o complementario (facultades que corresponde al tutor designado pero no elegido). Cabe preguntarse: ¿Es norma imperativa o meramente dispositiva? Acudiendo en primer término al significado literal de sus términos, encontramos que en el primer párrafo se utiliza el verbo elegirá que denota cierta

imperatividad, mientras que en el segundo se emplea un verbo menos comprometido como el de corresponde; me inclino por ello en favor del carácter meramente dispositivo del art. 16 Comp. de modo que las personas legitimadas para hacer las designaciones de tutor (y, en su caso, de protutor, curador o defensor judicial) pueden convenir otra cosa para el supuesto de una pluralidad de designaciones; en efecto, con apoyo en el standum est chartae tales personas pueden excluir la intervención del Juez o que la concurrencia se resuelva por criterios cronológicos o de común acuerdo por los autores de la delación.

¿Unidad o pluralidad de tutelas? Una consideración superficial del problema podría concluir que en Aragón rige el principio de unidad de tutela al no permitir la Compilación que subsistan las delaciones realizadas por distintas personas. Creo, sin embargo, que el legislador no se ha propuesto en este precepto formular un principio general, sino resolver un problema práctico en un caso concreto, por lo que no regula otras hipótesis posibles (por ej. que la pluralidad de delaciones proceda de la misma persona). Adviértase además que no ha pasado al texto vigente el art. 19 del Anteproyecto del Seminario, a cuyo tenor "la guarda de la persona del menor se ejercerá por un solo tutor"; ello permite sostener que en Aragón es posible la existencia de una pluralidad de tutores en sentido amplio, funcionando de modo simultáneo, siempre que exista compatibilidad entre las distintas delaciones; por ello, y aunque lo normal será la tutela ejercida por un tutor único, será igualmente válida la tutela plural (no faltarían ejemplos: cada progenitor designa para el hijo común un tutor diferente y ambos manifiestan que los nombrados actuen conjuntamente; concurrencia de tutores designados por los padres y por terceros, con ámbitos de actuaciones diferentes).

En cuanto al modo de funcionamiento de la tutela plural, será prevalente lo que hayan dispuesto los autores de las distintas delaciones, y, en su defecto, las reglas de los arts. 237, 237 bis y 238 C.c.

Despréndese de lo anterior que el art. 16.1 sólo regula el caso de una pluralidad de delaciones tutelares que sean incompatibles entre sí. Para tal hipótesis se establece una jerarquía de órganos encargados de efectuar la elección: 1º La Junta de Parientes; subsidiariamente, 2º el Juez de 1ª Instancia. Cabe decir que no resulta anómala la intervención de la Junta de Parientes en materia tutelar, la cual constituía un órgano de esta clase en el art. 25 del Anteproyecto del Seminario, que - como sabemos - no pasó al texto definitivo; pero al haberse eliminado el Consejo de Familia en la Comp. resulta lógica tal intervención en el art. 16.1, en coherencia con el art. 20 al tratarse de "asuntos familiares ... no sujetos a normas imperativas". Por otra parte, la pluralidad de delaciones incompatibles, cuando la elección del tutor corresponde a la Junta de Parientes, sigue siendo un supuesto de tutela familiar; pero cuando aquélla corresponde al Juez, puede decirse que se trata de una delación mixta, aproximándose, sin identificarse al régimen del art. 224 C.c., dado que aquí el Juez no podría rechazar a todos los así designados, sino que necesariamente tiene que elegir a uno de ellos, el más idóneo. En cualquier caso, la elección no puede ser arbitraria ni puramente discrecional para el órgano encargado de realizarla a tenor del art. 16, ya que debe recaer sobre "el más idóneo para el cargo". Parece claro que esta idoneidad no puede ser la capacidad general para desempeñar el cargo de tutor - la cual, en Aragón, a falta de normas expresas se rige por el C.c.-, sino que se trata de un plus, de un juicio de valor que podrá tener en cuenta, de una parte, la disposición que el designado muestre para ejercer el cargo, y, de otra, sus aptitudes o cualidades personales en relación con la situación del tutelado que permitan concluir que podrá ejercerlo en su beneficio; entiendo que la decisión que se adopte por el órgano competente ha de ser razonada para permitir que pueda ser recurrida o, eventualmente, servir de fundamento a una demanda de responsabilidad civil.

Efectos de la elección. La pluralidad de delaciones no compatibles, respecto de un mismo sujeto, deja en suspenso la eficacia que proclama el art. 15 para la tutela deferida en instrumento público, de suerte que ninguna de ellas producirá efectos en tanto no recaiga la elección en la forma que el precepto establece. Producida ésta, una de aquellas delaciones adquiere plena virtualidad y pondrá en marcha el procedimiento tutelar.

Eficacia de la delación que no ha sido elegida por el órgano competente. A mi juicio la no elección no supone la total ineficacia de la designación tutelar, ya que existe, de momento, una declaración de voluntad que integra un negocio jurídico de derecho de familia, emanada de un sujeto activamente legitimado para emitirla, que, de haber sido única, hubiera sido plenamente válida y eficaz, pero que, al concurrir con otras, presenta una eficacia suspendida. En efecto, la suspensión cesará si por cualquier causa queda ineficaz la elección hecha, y si, en tal hipótesis, fuera única, quedará automáticamente designado tutor el inicialmente postergado; siendo varias las inicialmente excluidas, se pondrá nuevamente en funcionamiento el mecanismo previsto en el art. 16.1.

Administración residual atribuida al tutor designado pero no elegido. El art. 16.2 viene a otorgar una especie de "premio de consolación" a quien no resulte elegido, sea por la Junta de Parientes, sea, en su caso, por el Juez de 1ª Instancia. Pero la norma precisa de una doble corrección, de una parte porque inexplicablemente omite a la Junta de Parientes, cuando se da la misma ratio y también porque sólo contempla el caso del tutor designado por quien dispuso a título lucrativo de bienes en favor del pupilo, sin mencionar expresamente la cualidad de progenitor. ¿Podrá significar esta norma que el padre que, conforme a la Comp. ha desheredado al hijo, no podrá designarle tutor? Creo que la respuesta ha de ser afirmativa. Por otra parte, en cuanto al contenido de la administración, parece oportuno inspirarse en el art. 227 C.c., si bien la Comp. da un paso adelante y, en ciertos aspectos, le inviste del oficio de tutor al ordenar que en los actos dispositivos ha de actuar "con iguales limitaciones y formalidades impuestas al tutor"; paradójicamente puede originarse una situación más gravosa para este tutor-administrador que para el simple administrador, lo que MERINO HERNÁNDEZ no considera lógico.

Contribución a las cargas. Bajo este enunciado, el art. 17 Comp. dispone:

"Cuando coexistan varias administraciones, la Junta de Parientes o, en su defecto, el Juez acordará la proporción en que, según la importancia de los bienes han de contribuir los distintos administradores, incluido el tutor, a las cargas de guarda, alimentación y educación del menor o incapacitado".

Es una norma sin precedentes históricos, que procede del Anteproyecto de 1963, bien intencionada en su finalidad, pero que puede, no obstante, originar pleitos enconados si no se interpreta con mesura y con criterios equitativos más que de estricta justicia; tiene evidentemente carácter dispositivo y su ratio es evitar sangrantes desequilibrios económicos (por ej. si el tutor se enfrenta a una difícil situación económica mientras el administrador actúa holgadamente manejando saneadas rentas); constituye un complemento o anexo del art. 16.2, por lo que parece razonable que el porcentaje de contribución se establezca ya en el momento mismo de que el órgano competente efectúe la elección. En efecto, el supuesto que parece que los legisladores tuvieron in mente fue el de la coexistencia de un tutor único con uno o varios administradores no elegidos por la Junta de Parientes o por el Juez, y a quienes se les ha conferido la administración de los bienes procedentes de quien los designó; esta situación origina la ruptura de la unidad de gestión patrimonial y la separación o independencia de los resultados de aquella que, en definitiva, está referida al mismo sujeto. La norma, por tanto, es acertada dado que es previsible que se trate de un supuesto conflictivo, ya que el tutor no elegido puede haber sido herido en

su amor propio y sentirse inclinado a no colaborar con el tutor elegido.

¿A qué cargas se refiere?. Por gastos de guarda hay que entender todos los que ha originado la tutela desde su constitución, incluyendo las actuaciones judiciales o de la Junta de Parientes, así como las costas de los procesos que interponga legalmente el tutor, gastos de la administración de la tutela, retribución, en su caso, del tutor e incluso las condenas pecuniarias que recaigan sobre el patrimonio del tutelado con base en el art. 220 C.c. Por gastos de alimentación y educación hay que comprender los enumerados en el art. 142 C.c. y si se trata de incapacitados, los gastos destinados a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad y, eventualmente, los de internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. Hay que advertir que la ley habla de cargas en el sentido genérico de afecciones que gravan el patrimonio del tutelado, y que no recaen directamente sobre el tutor (éste está legalmente obligado a procurar alimentos al pupilo, pero no a proporcionárselos de su propio peculio); son obligaciones propter rem, que recaen sobre quien ejerce el cargo de tutor o de administrador, y que subsisten mientras se ejerza, y que tienen sus límites cuantitativos en el valor y rendimiento de los mismos bienes. Discrepo en este punto de MERINO HERNÁNDEZ cuando sostiene que si los bienes del pupilo no son suficientes para atender a los gastos de crianza y educación, el tutor debe atenderlos con sus propios recursos, lo que no sucedería en el caso del administrador; en mi opinión, a la vista del art. 269-1º C.c. hay que concluir que sobre el tutor recae una obligación de medios (por ej. de mejorar la rentabilidad del patrimonio del pupilo diversificando las inversiones, o de solicitar las prestaciones sociales o las ayudas de la Administración), pero no de resultado (él no responde cuando no producen efecto las medidas de saneamiento financiero o se deniegan las prestaciones o ayudas solicitadas).

Criterios distributivos. La referencia a la importancia de los bienes puede interpretarse como hecha tanto al valor en venta como en renta; si se trata de bienes fructíferos considero preferible el criterio de la rentabilidad, pues al referirse a atenciones periódicas es razonable que se sufraguen con ingresos también periódicos; en cualquier caso, y dada la finalidad de evitar desequilibrios llamativos, parece aconsejable una interpretación flexible de la norma.

Órgano competente. Se entiende que lo será la Junta de Parientes o el Juez de 1ª Instancia, quienes, para adoptar una resolución, podrán recabar información detallada sobre la situación financiera de los bienes del menor o incapacitado.

El protutor. La regulación de esta figura no deja de suscitar perplejidades dado el epígrafe (Sustitución del protutor) y el contenido del art. 18. He aquí su texto:

“1. Sólo existe el cargo de protutor cuando fuere estatuido en testamento o en otro documento público.

2. Mientras no fuera designado el protutor o cuando el nombrado no pueda desempeñar sus funciones, hará sus veces el protutor si lo hubiere”.

Una lectura superficial de la norma puede inducir la conclusión de que la única función del protutor en Aragón es la de sustituir al tutor. Pero ello resulta inexacto. Hay que reconocer que las vacilaciones de los foralistas son fundadas, dado que se trata de un órgano tutelar extraño a la tradición aragonesa, que fue introducido en los diversos Anteproyectos, al parecer, con un propósito de aproximación al régimen del C.c. Pero si ello es así ¿cómo se ha conservado en la Comp. después de haber desaparecido el protutor en el régimen codicial después de la reforma de 1983? A mi juicio, esta curiosa

supervivencia podría explicarse si hubiese arraigado la figura en la práctica aragonesa - lo que no se ha demostrado-, o bien por el simple propósito legislativo de ofrecer a los progenitores aragoneses una variedad de modelos organizativos tutelares para que puedan utilizarse al amparo del standum est chartae, lo que resulta plausible.

Profundizando en la exégesis del art. 18 Comp. cabe decir:

Sólo existe: Luego no hay en Aragón protutor legítimo ni dativo, sino únicamente testamentario en sentido amplio;

el cargo de protutor: Con lo que se abre una importante laguna legal dado que la Comp. nada dispone sobre su régimen general, por lo cual podría calificarse de cargo tutelar nominado pero atípico, por cuanto que actualmente, ni en el C.c. ni en el derecho aragonés se regula la figura. ¿Sería posible acudir a los arts. 69 a 72 de la Ley catalana de 30 diciembre 1991, sobre tutela e instituciones tutelares? A mi juicio, no está excluido el empleo del método comparativo en relación con los Derechos forales o civiles especiales, pero en el momento actual no veo homogeneidad entre la protutela catalana y la aragonesa; en efecto, dice el art. 70 de la Ley de 1991 que "el nombramiento de protutor, como institución fiscalizadora de la tutela, es siempre obligatorio" (salvo que el tutelado carezca de patrimonio o lo excluyan expresamente los padres), lo que contrasta abiertamente con el art. 18 Comp. que atribuye a este cargo tutelar un carácter más bien excepcional y basado exclusivamente en la conveniencia, sin asomo de obligatoriedad.

cuando fuere estatuido: aunque el precepto no habla de deferir el cargo de protutor, su significado no puede ser muy diverso del art. 15 Comp. relativo al tutor.

en testamento o en otro documento público: aquí se da una sustancial identidad con las formas de delación de la tutela en el art. 15 Comp.

Sin embargo, alguna duda puede suscitar la divergencia de formulación normativa que encontramos en los arts. 15 y 17; en efecto, decir en aquél que es válida parece tener mayor virtualidad jurídica que decir que sólo existe, ya que esta última expresión podría entenderse en el sentido de una mera existencia fáctica, en oposición a la plena eficacia jurídica que se deriva de la validez. Sin embargo, creo debe abandonarse tal exégesis literalista y debe releerse así el precepto: "Sólo existe y será válido el cargo de protutor cuando fuere estatuido en testamento o en otro documento público".

Régimen jurídico. A mi juicio se produce aquí una remisión implícita o indirecta al régimen derogado del protutor en el C.c., con las debidas adaptaciones al régimen tutelar aragonés. Por otra parte, no veo necesario que el nombramiento de protutor se condicione al de tutor, ya que la Comp. no lo establece así; tampoco veo imposible, aunque sí excepcional, que se nombre a una pluralidad de protutores, ni tampoco a una persona jurídica para ejercer tales funciones.

La única atribución legal al protutor es el ejercicio de la tutela provisional en el art. 18.2 Comp., función que el C.c. encomienda ahora al defensor judicial (art. 299) y al Fiscal con la ayuda eventual de un administrador (art. 299 bis). Pero es lógico pensar que si los padres le han designado, ha sido para ejercer con amplitud funciones de vigilancia y fiscalización del tutor, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial (y aquí la legislación catalana sí puede ofrecer algunos ejemplos: cfr. arts. 71 y 72 de la Ley de 1991).

Nada más, por mi parte, pongo aquí punto final, pidiendo perdón acaso por lo árido y lo regularmente poco ameno de la exposición, pero me parece que no he encontrado procedimiento de darle mayor amenidad. Probablemente la intervención de mis

compañeros coponentes pueden dar mayor viveza a la exposición.

Intervención de D^a Rocío PALÁ LAGUNA
(Coponente)

"La promoción del nombramiento de tutor ordinario: Aplicación práctica del artículo 239.2 del Código Civil por la Administración de la Comunidad Autónoma aragonesa."

1. INTRODUCCIÓN.

Como representante de la institución del Justicia, y en la medida que ésta tiene atribuida las facultades de supervisión de la actuación de la Comunidad Autónoma en materia de menores (artículo 6 de la Ley 10/1989 de 14 de diciembre, de Protección de Menores), me gustaría comentar algunos aspectos de la denominada tutela automática de los menores desamparados y en particular, la aplicación que del artículo 239.2 del Código Civil se hace por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, artículo que prescribe la necesidad de promover la tutela ordinaria, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste.

Para la elaboración de este trabajo, se han realizado consultas personales y por escrito a diferentes profesionales de los Servicios Provinciales de Bienestar Social y Trabajo y del Servicio de Menores de la Diputación General de Aragón. También se han utilizado distintos manuales, monografías y artículos de revista, que por la índole de esta colaboración, no se citan a pie de página.

2. PROMOCIÓN DEL NOMBRAMIENTO DE TUTOR: RÉGIMEN LEGAL

La reforma operada por Ley 21/1987 de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, incorpora a la regulación legal la tutela automática de los menores desamparados. Se da nueva redacción al artículo 239, inserto en los preceptos reguladores de la tutela, al que se pone en relación con el nuevo artículo 172 que define el supuesto de hecho que hace surgirla, es decir, la situación de desamparo "que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material".

Se atribuye a la Entidad Pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la protección de menores, la tutela de los que se encuentren en situación de desamparo. Tales funciones de protección han sido asumidas en la actualidad por las respectivas Comunidades Autónomas, en virtud de lo establecido en la Disposición Adicional Primera de la Ley.

La Ley reformadora encomienda no sólo a las Entidades Públicas la tutela de los menores desamparados (artículo 172.1), sino también la guarda de los menores sin situación de desamparo (artículo 172.2), y la función de mediación y control en la

formalización del acogimiento y adopción.

En la Comunidad Autónoma de Aragón la protección de menores viene regulada por la Ley Autonómica 10/1989 de 14 de diciembre, dictada en virtud de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de asistencia y bienestar social (artículo 35.1.19 del Estatuto de Autonomía), y en algunas normas de carácter reglamentario emitidas por la Diputación General de Aragón:

- Decreto 119/1988 de 21 de junio, por el que se regulan las normas de actuación en materia de protección y tutela de menores.

- Decreto 146/1988 de 13 de septiembre, que regula el sistema de concesión de la habilitación para actuar como Institución colaboradora de Integración Familiar.

- Orden de 30 de septiembre, del Departamento de Bienestar Social y Trabajo, por la que se dictan normas para la aplicación del Decreto 119/1988.

- Decreto 150/1992, de 18 de agosto, por el que se regula la composición y funcionamiento del Consejo Aragonés de la Adopción.

- Decreto 165/1992 de 17 de setiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de los Centros de Educación e Internamiento por medida judicial de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El artículo 1º de la Ley 10/1989 de 14 de diciembre, nos da un concepto de la protección de menores, como el conjunto de actuaciones que, en el marco del sistema público de servicios sociales, tiene como finalidad prevenir y corregir las situaciones de desamparo. La Ley no define el concepto de desamparo, sino que se remite al derecho común. El artículo 7º establece que la Comunidad Autónoma de Aragón asume, por ministerio de la ley, la tutela de los menores en condiciones de desamparo. El artículo 9º, al enumerar los instrumentos de protección, recoge en su apartado c) la promoción del nombramiento de tutor.

Una de las notas características de la tutela automática, como señala unánimemente la doctrina, es lo que podemos llamar "provisionalidad" de esta tutela. Esta nueva figura obedece, sin duda, a una situación accidental y transitoria: que el menor se encuentre en situación de desamparo. De ahí que el párrafo 2º del artículo 239 del Código Civil disponga que se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en beneficio para éste. En parecidos términos se pronuncia el artículo 13 de la Ley de Protección de Menores.

Debe destacarse la condición de interinidad a que responde la tutela inmediata de la Entidad Pública y que impone a la misma la obligación de realizar los trámites necesarios para constituir la tutela que regula el Código Civil, en beneficio del menor, cesando y traspasando tal responsabilidad al tutor ordinario, en cuanto éste se posea de su función.

Dice FELIU REY en sus Comentarios a la Ley de Adopción, que la atribución automática de los poderes tutelares a la entidad, no es solamente provisional sino que representa un régimen modificable tanto por la intervención judicial, que siempre podrá nombrar un tutor personal (frente a la tutela asistencial) como por encontrarse condicionada a la subsistencia del presupuesto que da origen a dicha tutela, como puede ser la ausencia del ejercicio de la potestad paterna o tutelar, ejercicio que puede en

cualquier momento reanudarse.

La promoción del nombramiento de tutor se regula en el Capítulo IV, Título III de la Ley de Protección de Menores:

“Artº. 13.1. La Administración de la Comunidad Autónoma promoverá el nombramiento de tutor, conforme a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, cuando existan personas que puedan asumir la tutela con beneficio para el menor en situación legal de desamparo.

2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior se oirá a la Junta de Parientes, cuya constitución se instará siempre que sea posible.

3. Las actuaciones que se lleven a cabo al amparo de las previsiones obtenidas en el presente Capítulo se entenderán a salvo de lo que decida la actuación judicial en el ejercicio de sus competencias.”

El párrafo primero contiene una remisión específica a las normas del Capítulo I del Título III de la Compilación (artículos 15 a 18), sin referencia alguna a la regulación de la tutela del Código Civil. Obviamente que ello no puede significar que para la promoción de nombramiento de tutor, se acuda exclusivamente a las normas tutelares del texto foral, pues precisamente éste carece de un sistema completo y autónomo de tutela.

Como señala el profesor GARCÍA CANTERO en sus Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo “parece claro que, ni a lo largo de su historia, ni en época más reciente, ni tampoco en la etapa compiladora ha existido un sistema tutelar aragonés, completo y autosuficiente que se haya bastado por sí solo para regular en su totalidad las cuestiones tutelares; idea que está presente en todos los autores aragoneses, antiguos y modernos que escriben sobre la tutela.”

La remisión de la Ley debe entenderse realizada a las singularidades que contempla el texto foral y necesariamente completada con las disposiciones del Código Civil en la medida que aquel se remite, en su mayor parte, a las normas del Derecho Común.

Por otro lado, hubiera sido necesaria una remisión expresa de la Ley al Código Civil si tenemos en cuenta que puede tratarse de menores que por su vecindad estén sometidos al derecho común. Conforme a lo establecido en el artículo 9.6 del C.C, que por remisión del artículo 16.1 se aplica asimismo a los conflictos de derecho interregional, la tutela y las demás instituciones de protección del menor o incapacitado se regularán por la vecindad foral de éste (Gabriel GARCÍA CANTERO, Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en el apartado Determinación de la ley aplicable).

La propia Exposición de Motivos de la Ley de Protección de Menores establece que “en ella -se refiere a la Ley- junto a los instrumentos recogidos en el Código Civil, figuran los principios básicos que habrán de regir en las acciones tendentes a la protección del menor, los medios de control de las actuaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma y las características propias de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que pueden arrojar alguna peculiaridad en la protección de menores.”

El párrafo segundo del Artº 13 regula un supuesto de audiencia de la Junta de Parientes, cuya intervención en asuntos familiares o sucesorios está prevista con carácter general en el artículo 20 de la Compilación. No parece que se trate de un mandato imperativo pues aún que se utiliza el verbo “oirá”, seguidamente añade el precepto que su constitución se instará “siempre que sea posible”.

La intervención de la Junta de Parientes en materia de tutela no representa una

novedad de la Ley, pues según el artículo 25 del Anteproyecto de Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de 1961, el Consejo de Parientes era un órgano normal de la tutela. Al haberse eliminado ahora el Consejo de Familia en la regulación de la Compilación, tal intervención de la Junta resulta coherente con el carácter familiar que se pretende seguir asignado a la tutela aragonesa (Gabriel GARCÍA CANTERO, a propósito del comentario al artículo 16 de la Compilación, en la obra anteriormente citada).

La norma va dirigida a la Administración que debe dar audiencia a la Junta para conocer su opinión acerca del pariente más idóneo para promover el nombramiento de tutor: Su intervención no es decisiva en este asunto, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del artículo 16.1 de la Compilación (elección del cargo de tutor por la Junta en el caso de pluralidad de designaciones por distintas personas), pues la designación corresponde siempre a la Entidad y en última instancia al Juez. Entiendo que estamos ante un supuesto asimilable a la audiencia de los parientes más próximos inserta en los preceptos reguladores de la tutela del Código Civil.

En cuanto al régimen de convocatoria, composición, constitución y funcionamiento de la Junta de Parientes habrá de estarse a lo regulado en los artículos 20 y 21 de la Compilación.

Se plantea la duda de si pueden integrar y ser miembros de la Junta aquellos parientes que van a ser llamados para la tutela. Integren o no dicha Junta, lo cierto es que tales parientes habrán de ser oídos por la Entidad Pública, lo mismo que deberán serlo por el Juez.

Finalmente, el párrafo tercero del artículo 13 de la Ley, no es más que un reflejo de la regulación de la tutela en el Código Civil, al remitir al Juez la decisión última en el nombramiento de tutor.

3. APLICACIÓN PRÁCTICA DEL ARTÍCULO 239.2 DEL CÓDIGO CIVIL Y ARTÍCULO 13 DE LA LEY DE PROTECCIÓN DE MENORES ARAGONESA.

La aplicación que ha recibido la normativa sobre promoción del nombramiento de tutor en nuestra Comunidad Autónoma, difiere según el territorio estudiado sea la ciudad de Zaragoza, Huesca o Teruel.

3.1 Zaragoza.

Desde la entrada en vigor de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre no se conoce ningún caso en que se haya promovido por la Entidad Pública la tutela ordinaria. Sólo en un supuesto en que la Diputación General de Aragón estaba interviniendo en un menor, cuya tutela ex lege había asumido y posteriormente entregado en acogimiento a las personas de los abuelos biológicos, se instó por éstos (y no por la Entidad) la constitución judicial de la tutela que fue desestimada por el Juzgado de Familia al no constar previamente resolución judicial alguna privativa de la patria potestad o la autoridad familiar.

Cuando por denuncia o detección de los Servicios Provinciales se tiene conocimiento de la situación de un menor que se haya en situación de desamparo, si existen personas (parientes o no) que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pueden asumir la tutela, la Administración no interviene promoviendo el nombramiento de tutor, sino que deriva la cuestión a los que están llamados a ella, para que procedan a su constitución judicial. Es decir, se evita la declaración de desamparo y la aplicación de éste

instrumento de protección. Ni siquiera se abre un expediente individualizado para el seguimiento de estos casos, de manera que no hay constancia alguna de las tutelas que se han promovido por los familiares.

Tampoco en los casos en que se declara la situación legal de desamparo y la Comunidad Autónoma ostenta la tutela automática, se acude a esta figura como instrumento de protección.

En definitiva, la aplicación del párrafo segundo del artículo 239 del C.C. y artículo 13 de la Ley de Protección de Menores ha resultado inexistente en la ciudad de Zaragoza.

Las razones aducidas por la Administración, según la opinión de los profesionales consultados son, en primer lugar, la necesidad impuesta por los Jueces de Familia de instar un previo proceso judicial de privación de patria potestad para la constitución de la tutela ordinaria (en el caso de menores cuyos padres no hubieran fallecido) lo que impide resolver con celeridad la situación del menor desamparado, habida cuenta de la naturaleza y duración de este proceso (juicio de menor cuantía); en segundo lugar, la aplicación casi exclusiva de la figura del Acogimiento como medida de protección más idónea para los menores en situación de desamparo, ya que permite solventar con más agilidad la problemática del menor, delegando la guarda en los futuros acogedores con autorización del Ministerio Fiscal.

Se alega que el Acogimiento representa una figura intermedia que no implica la transmisión de los derechos inherentes a la patria potestad (representación, administración y gestión de los bienes del menor) aunque corresponda a los acogedores las funciones parentales de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación (artículo 173.1 del Código Civil). Se mantienen subsistentes los derechos y vínculos afectivos que corresponden a los progenitores naturales del menor (artículo 161 del Código), sin que puedan impedirse sin justa causa estas relaciones, si bien como tal relación puede interferir en la nueva situación de adaptación a la vida en familia, se prevé la facultad del juez para suspender tales derechos de los progenitores, en atención a las circunstancias que concurran y al interés del menor.

La tutela es y ha sido siempre un sustitutivo de la patria potestad, que conlleva la asunción de la representación y defensa del menor, cuyos padres están incapacitados o impedidos para ejercer aquella.

Parece que la Administración, imbuída por el respeto a la institución de la patria potestad y por la necesidad de operar previamente la privación de la misma, no procede a la promoción de las tutelas ordinarias, dejando de intervenir en muchos casos que, por las circunstancias concurrentes en el menor, determinarían la aplicación de esta figura.

No debe olvidarse que con la constitución de la tutela ordinaria cesa automáticamente la intervención de la Administración, mientras que en los acogimientos continúa subsistente la tutela ex lege hasta su resolución definitiva, lo que permite realizar un seguimiento de la situación de los menores.

La conclusión que puede extraerse de la práctica observada en la ciudad de Zaragoza, es que ni se han promovido ni se promueven por la Entidad Pública los nombramientos de tutores ordinarios, aunque existan personas idóneas para ello, y únicamente se acude a esta figura cuando, existiendo una previa situación de guarda o acogimiento en familia extensa, sea necesaria su constitución para impedir las perturbaciones de los padres biológicos sobre el menor y los acogedores, supuesto que dio lugar a la iniciación de un expediente de jurisdicción voluntaria en el año 1991 que, como se ha dicho, fue desestimado por el

Juzgador.

3.2 Huesca.

No ocurre lo mismo en la ciudad de Huesca. Los datos recibidos del Servicio Provincial de Bienestar Social y Trabajo (Sección de Prevención y Protección del Menor) revelan que entre los años 1990 -1994 se ha promovido nombramientos de tutores en el caso de 13 menores, siendo los tutores propuestos miembros de familia extensa, excepto en el caso de 2 menores.

Algunos de ellos eran menores que ya residían con familia extensa por acuerdo del Tribunal Tutelar de Menores, antes de la Ley 21/1987 (delegación de guarda y educación).

La promoción del nombramiento de tutor se realiza en los siguientes casos :

a) Cuando se tiene conocimiento de que un menor se halla en situación de desamparo y existen personas que inicialmente pueden asumir la tutela ordinaria, conforme a lo preceptuado en el artículo 239 del Código Civil, al mismo tiempo que se aprecia tal situación y se asume la tutela automática por la Administración, se propone como instrumento de protección la constitución de la tutela ordinaria (por la vía del artículo 222. 4 del Código Civil), con delegación de guarda a los propuestos como tutores, previa autorización del Ministerio Fiscal, de manera que se evita el internamiento en Centro, siempre traumático para los menores.

Estamos en presencia de un desamparo que podríamos denominar "ficticio", en la medida que existen personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pueden hacerse cargo del mismo. Parece que la intervención de la Administración, siempre subsidiaria, no debería producirse en estos casos. Ahora bien, con ello se consigue canalizar los nombramientos de tutores, agilizando el proceso, siempre más lento cuando son los propios familiares quienes instan al Juzgado la tutela. Además, con la figura de la delegación de guarda se consigue resolver transitoriamente la problemática del menor, que pasa a residir con los propuestos como tutores.

Por otra parte, el procedimiento antes seguido permite aportar al Juez elementos de juicio para resolver lo más conveniente en favor del menor. Se valoran por la Entidad Pública las condiciones de idoneidad de los propuestos como tutores. Al mismo tiempo, se realiza un seguimiento de la situación del menor, hasta tanto recaiga el Auto Judicial en el expediente de Jurisdicción voluntaria. No debemos olvidar que sigue subsistente la tutela automática.

En todos estos casos, la presentación del escrito de iniciación del procedimiento ante el Juzgado, se realiza por el Ministerio Fiscal.

b) En ocasiones, el propio Ministerio Fiscal es el que se dirige al Servicio Provincial de Bienestar Social a instancia de los propios familiares, solicitando sea declarado el desamparo del menor y se promueva el nombramiento de tutor ordinario, por el procedimiento anteriormente establecido.

c) También se acude a esta figura cuando, estando interviniendo la Administración en menores desamparados sobre los que ya ha asumido la tutela automática, procede la aplicación de la correspondiente medida de protección (Artº 9º de la Ley 10/1989), promoviendo el nombramiento de tutor con preferencia a los acogimientos, si existen personas para ello y resulta más beneficioso para el menor.

La ventaja que representa sobre los acogimientos es que, como se dice, una vez

constituida la tutela por el Juez, cesa automáticamente la intervención de la Administración sobre el menor, a diferencia de aquellos, en los que continúa el seguimiento de su situación hasta su resolución definitiva (por reinserción del menor en su familia biológica, adopción o emancipación). Todo ello en aras de la menor injerencia de la Administración Pública en la vida familiar.

Finalmente, hay que decir que en todos los casos que se ha promovido la tutela ordinaria no se han contemplado las singularidades recogidas en la Compilación, por lo que puede decirse que la aplicación de los preceptos forales es inexistente en el ámbito de la actuación de la Administración Pública.

No se conocen supuestos en los que los padres hayan designado previamente tutor en instrumento público, sea o no testamento.

3.3 *Tutela*.

Desde la entrada en vigor de la Ley 21/1987 se han promovido 7 tutelas ordinarias en relación con menores que se encontraban en situación legal de desamparo. El nombramiento ha recaído sobre tutor único, la mayoría de las veces en la persona del abuelo o abuela del menor, salvo en dos supuestos que se designó tutor a los tíos.

No suelen promoverse nombramientos de tutores en la medida que se trata de familias muy desestructuradas cuyos miembros no reúnen las condiciones de idoneidad necesarias para desempeñar el cargo. También aquí se acude con preferencia a los Acogimientos.

Muchas gracias, cedo la palabra a mi compañero Rafael Martínez Díe.

D. Gabriel García Cantero (ponente)

Permítaseme subrayar el interés de esta intervención de la asesora del Justicia, Doña Rocío Palá, que ha puesto de relieve esa vinculación de lo público y de lo privado, que en materia de tutela, nos han traído las reformas, las últimas reformas generales y autonómicas y que, muchas veces, el equilibrio entre lo público y lo privado no se da en los casos que nos ha expuesto; en fin, son muy ilustrativos en cuanto a la actuación práctica. Yo creo también que la intervención del señor notario de Barbastro, Don Rafael Martínez Díe, va a ser extraordinariamente sugestiva, por cuanto ofrece una proyección sobre la práctica, una reflexión sobre su práctica extraordinariamente rica.

Intervención de D. Rafael Martínez Díe (Coyente)

Muchísimas gracias, inmerecidas, por supuesto. Bueno, en primer lugar debo dar mi más sincero agradecimiento a los organizadores de estas Jornadas por haber contado con mi modesta contribución, aún más si se considera que ello me permite haber conocido a personas de altura científica tan importante como la del profesor Don Gabriel García Cantero y a personas que están integradas dentro de instituciones para mí tan entrañables como la Carrera Judicial y el Justicia de Aragón, Doña Rocío Palá. También tengo que decir que que es especialmente grata la ponencia para mí, porque como notario, siempre es

que que es especialmente grata la ponencia para mí, porque como notario, siempre es singularmente interesante preocuparse por personas que están necesitadas de especial protección, estén sujetas o no a regímenes tutelares o a cualquier otro sistema de protección estatuido por la Ley.

I. PLANTEAMIENTO

El laconismo con el que se produce la Compilación de Derecho Civil de Aragón respecto de la institución tutelar plantea graves problemas interpretativos, que pueden ser objeto de análisis desde dos perspectivas, entre las que ciertamente existe una íntima conexión:

1.- Desde un punto de vista constructivista o dogmático jurídico la principal cuestión se cifra en determinar qué sistema tutelar es el vigente en el Derecho de Aragón. Y es que pese a las destacables aportaciones de la doctrina foralista, la vía expansiva de la que goza el Código civil español unida a la incontestable parquedad de la legislación foral, ha propiciado una lectura del régimen de la tutela en Aragón en clave generalmente "centralista". Siguiendo esta línea se llega en ocasiones al extremo de invertir el cuadro de fuentes normativas que consagra el artículo 1 de la Compilación, tomando el Código civil como Derecho general y condenando a aquélla al mundo de lo singular y excepcional. Obsérvese que tras la Constitución de 1978 y la reforma de la Compilación de 1985, "la aplicación supletoria del Código -conforme indica DELGADO ECHEVERRÍA- y de otras leyes del Estado respecto del Derecho civil de Aragón procede sólo cuando, realmente, sea imposible dar respuesta al caso mediante las fuentes aragonesas, utilizando la analogía si procede, y siempre de acuerdo con los principios de éste; en cuanto aquellos preceptos sean compatibles o armonizándolos debidamente dentro del sistema aragonés".

El planteamiento que antecede aún cuando más ajustado a la letra y al espíritu de la Compilación encierra un temible riesgo: el de la inseguridad y el subjetivismo jurídico al que en hartas ocasiones conduce la integración analógica. Quizás sea esta la razón que haya pesado más que ninguna otra en el ánimo de los autores y de los aplicadores del derecho, para erigir al Código civil como fuente normativa casi exclusiva en sede de tutela. Sin embargo, tal y como se intentará demostrar seguidamente, la realidad es que una desconsiderada aplicación de la disciplina normativa que suministra el Código civil respecto de la tutela, tropieza en Aragón con enormes dificultades dogmático jurídicas y prácticas, por una razón elemental: la tutela de autoridad que articula el Código civil se inspira en una determinada concepción de la familia que difiere profundamente de aquella en la que se funda la legislación civil aragonesa. Consecuentemente, en este punto deben concentrarse los mejores esfuerzos con la finalidad de armonizar los preceptos que recoge el Código civil con el sistema que consagra la Compilación.

2.- Y desde un punto de vista sociológico, la realidad diaria se resiste tozuda a quedar encerrada en los estrechos límites de los textos normativos, al alumbrar situaciones novedosas o al modificar la genética de antiguos problemas, dejando inservibles por tanto los viejos remedios. En este sentido, la realidad jurídico positiva ha sido ampliamente superada por la aparición en el seno de nuestra cultura occidental de ciertos fenómenos sociales, frente a los que la comunidad jurídica no ha sabido aún reaccionar. Ciñéndonos a lo que nos ocupa, el aumento de la esperanza de vida, la preocupante expansión del consumo de drogas, la proliferación de nuevas enfermedades, etc..., ponen a un cada vez más numeroso grupo de personas en situaciones de indefensión que no pueden ser solucionadas acudiendo al expediente de incapacitación. En todo caso dichas situaciones

no pueden ser desconocidas ni despreciadas, sino que muy por el contrario deben, tras seria reflexión, producir nuevas e imaginativas fórmulas de protección.

II. SISTEMA DE LA TUTELA EN LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE ARAGÓN

En radical confrontación se desenvuelven dos sistemas tutelares:

La tutela de autoridad, que atribuye a un extraño a la familia, investido de la autoridad que le confiere el Estado, competencia para designar, vigilar, intervenir y controlar al tutor, cuya función se ve profundamente reducida; y la tutela de familia, que atribuye a ésta poder de designación y control del tutor, por estimar que la defensa de los intereses del menor de edad o del incapacitado no puede hallar mejor protección que aquella que le dispensen sus parientes. Cada uno de los mencionados sistemas, como se deduce claramente, es mero exponente de una distinta concepción de la realidad social y jurídica-política: Estado o sociedad civil.

A partir de la reforma rupturista de 1983, el Código civil se adhirió al sistema de la tutela de autoridad en términos inconfundibles: el Estado se hizo beligerante en materia tutelar, y eso a través de quienes encarnan la jurisdicción. En definitiva, en el sistema del Código la familia es oída y tenida en cuenta, pero muy poco más.

Ahora bien, ¿Qué sucede en Aragón?. ¿Puede afirmarse que en Aragón rige el sistema del Código, salvedad hecha de las escasas singularidades que recoge la Compilación?.

Pues bien, sintetizando, cabe señalar:

A.- DESIGNACIÓN DE TUTOR.-

Respecto de la designación del tutor la doctrina más autorizada (GARCÍA CANTERO, MERINO HERNÁNDEZ) entiende que, además de la tutela legítima, pervive en Aragón la llamada tutela testamentaria y, en cierta medida, la tutela dativa.

El artículo 15 de la Compilación se produce, en efecto, con rotundidad al establecer que "es válida la tutela deferida por instrumento público, sea o no testamento", con lo que parece confirmarse la supervivencia en el sistema aragonés de la tutela testamentaria. Sin embargo, el laconismo del precepto y su compleja génesis, no dejan de provocar discrepancias de profundo calado jurídico:

- Así mientras MERINO HERNÁNDEZ entiende que la designación de tutor formalizada en instrumento público, sea o no testamento, realizada por quienes se hallen legitimados para ello, vincula a todos, incluyendo a la autoridad judicial, GIMÉNEZ MARTÍN defendió en los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés celebrados en 1991, la plena y total aplicación en Aragón del sistema tutelar que instauró la Ley de 24 de octubre de 1983 para el Código civil, incluyendo la del artículo 224 de dicho cuerpo legal, que como es sabido, permite a la autoridad judicial prescindir del llamamiento familiar y designar mediante resolución motivada a la persona que juzgue más conveniente en beneficio del tutelado, esté o no vinculado al mismo por relaciones de parentesco o familiares.

En mi opinión, aunque la tesis de GIMÉNEZ MARTÍN goza de poderosos argumentos, debe prevalecer la sostenida por MERINO HERNÁNDEZ, fundamentalmente por razones de coherencia normativa, ya que de otra forma sería inexplicable lo establecido en los artículos 16 y 18 de la Compilación. Obsérvese que ante un supuesto de pluralidad de tutores designados por diferentes personas, la Compilación atribuye a la Junta de Parientes y, en su defecto, al Juez de Primera Instancia, la facultad de elegir "ENTRE ELLOS" al más

idóneo para el cargo, lo que significa, a sensu contrario, que ni la Junta de Parientes ni el Juez pueden elegir a persona que no se halle entre las designadas, por la sencilla razón de que las designaciones son vinculantes. Además, defender lo contrario podría dar lugar a situaciones absurdas, sobre todo si se hubiera previsto la existencia de protutor, cuya designación obviamente es vinculante ya que sólo existe el cargo cuando fuera estatuido en testamento o en otro documento público.

- En otro sentido, también se debate en torno a qué personas gozan de legitimación para deferir la tutela. En este punto pueden distinguirse dos posturas:

Para GARCÍA CANTERO, la facultad de deferir la tutela que se otorga en el artículo 15, corresponde, sin orden de preferencia, a los padres, ya la ejerciten individual, ya conjuntamente, a los titulares de la autoridad familiar que se mencionan en el artículo 10, y a las demás personas, sean o no parientes, que realicen atribuciones en favor del tutelado, a título gratuito.

En esta misma línea argumental, dicho autor se adhiere al criterio de LACRUZ, cuando afirmaba que "continúa la anomalía de poder nombrar tutor a un menor, para todos sus bienes y su persona, quien le instituye heredero o le hace un legado de importancia".

Por el contrario, MERINO HERNÁNDEZ parte de la distinción entre la "tutela personal" y la "tutela real". Respecto de la primera, afirma que sólo los titulares de la autoridad familiar pueden deferirla, por ser éste el sentido propio de la tradición aragonesa y por entender que la tutela no deja de ser un sustituto de la autoridad familiar. En cuanto a la segunda nada se opone a que sea ordenada por quien realiza una disposición gratuita en beneficio del tutelado, siempre que se extienda únicamente a lo dado.

A mi juicio deben distinguirse las siguientes hipótesis:

- Menor de edad o incapacitado sujeto a la autoridad familiar de sus padres o de las personas a que se refiere el artículo 10 de la Compilación. En tal situación sólo los titulares de la autoridad familiar, conjunta o separadamente, pueden designar tutor "personal" en instrumento público, sea o no testamento. Junto a los argumentos esgrimidos por MERINO HERNÁNDEZ, cabe recordar que la delación tutelar es un negocio jurídico de Derecho de familia, de naturaleza unilateral, extrapatrimonial, y de eficacia vinculante, de donde se deriva la imposibilidad de que le ordene quien es ajeno al ejercicio de la autoridad familiar, es decir, quien es extraño a la familia, coligado a un negocio de contenido patrimonial para cuya perfección se requiere en todo caso aceptación. En consecuencia, quienes dispongan gratuitamente de bienes en beneficio de menores o incapacitados podrán:

- Designar tutor "real", cuya competencia únicamente se extenderá a tales bienes, y cuyas funciones se desarrollarán con iguales limitaciones y formalidades que las impuestas al tutor.

- Nombrar un administrador "real", con las facultades que libremente configure el disponente. Respecto de este particular se insistirá posteriormente.

- Mayor de edad que hallándose afectado por una enfermedad o deficiencia persistente que le impida su autogobierno, no ha sido incapacitado judicialmente. En principio parece que lo más ajustado a la letra de la Ley consistiría en negar la posibilidad de que se les designara tutor a dichas personas, ya que han salido de la autoridad familiar. Por tanto, lo que procedería es que se promoviera el oportuno procedimiento de incapacitación, a fin de rehabilitar la autoridad familiar o de constituir la tutela. Sin

embargo, la debida protección de los intereses del supuesto incapaz, la interpretación teológica de la disciplina normativa aplicable, y los artículos 208 y 304 del Código Civil, aconsejan que lo anteriormente afirmado sea matizado. En efecto, en tales situaciones nadie estará legitimado para designar tutor, pero ello no impedirá que los parientes más próximos del supuesto incapaz hagan constar en instrumento público su particular criterio en orden a una posible constitución de la tutela.

B.- DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DEL TUTELADO.

Por lo que se refiere a la capacidad, causas de remoción o excusa del tutor, así como a sus deberes y derechos, debe reconocerse la plena aplicación del código civil, salvedad hecha de lo establecido en el artículo 17 de la Compilación en relación al sistema de contribución a las cargas de guarda, alimentación y educación del menor o incapacitado.

Muy por el contrario, es más que cuestionable la plena aplicación y en todo caso de los artículos 271 y 272 del Código civil en el sistema tutelar aragonés. Ciertamente la doctrina más autorizada (GARCÍA CANTERO) aboga por su aplicación cualquiera que sea la forma en que se haya deferido la tutela y respecto de todos y cada uno de los bienes de los que sea titular el menor o incapacitado. Debe reconocerse, además, que dicha interpretación cuenta con poderosos argumentos y tiene la ventaja añadida de su mayor seguridad práctica. En efecto, dichos preceptos tienen naturaleza claramente imperativa, no siendo susceptibles de disposición por los particulares, ya que el interés que se trata de preservar es el del tutelado. Hasta aquí parece incuestionable su plena aplicación y viciosa cualquier estrategia para eludir su cumplimiento. Sin embargo, parece que debe matizarse:

* **Tutela legítima.**- En los supuestos en que la tutela se haya deferido por ministerio de la Ley, ante la ausencia o nulidad de la delación familiar, deben distinguirse dos masas patrimoniales:

- Aquella que haya sido adquirida por el menor o incapacitado por cualquier título, sin la imposición de ningún régimen particular de administración o nombrando el disponente a título gratuito un tutor "real". Respecto de tales bienes se estará a lo establecido en los artículos que nos ocupan.

- Aquella otra que se integre por bienes y derechos que hayan sido adquiridos por el menor o incapacitado a título gratuito, imponiendo el disponente respecto de lo dado un especial régimen de administración.

En tales supuestos, conforme se deduce de lo establecido en los artículos 13 de la Compilación y 227 del Código civil, la administración de dichos bienes se sujetará a lo establecido por el disponente. El problema consiste, pues, en concretar a qué actos se extiende el término "administración".

Como es sabido el concepto de "administración" es ambiguo y polivalente, si bien parece referirse en general al conjunto de actos realizados respecto de determinados bienes, que se encaminan a conservarlos o explotarlos según su naturaleza. Desde este punto de vista sólo serían actos de administración los que se adecuaran a la naturaleza del bien sobre el que recaen, los que no comprometieran su porvenir y los que pudieran realizarse con frecuencia sin que el objeto pereciera. En suma, siguiendo este criterio, dentro del término "administración" no cabría incluir los actos de disposición.

Ello no obstante y como acontece con recurrente frecuencia, el legislador español suelo

producirse de forma atécnica e imprecisa, de ahí que la interpretación gramatical no sea suficiente, siendo preciso acudir a la lógica, a fuer de la cual debe admitirse que el disponente ordene el sistema de administración y disposición de los bienes que atribuya gratuitamente al titulado sin sujetarse al régimen que establecen los artículos 271 y 272 del Código civil.

Milita a favor de la tesis que antecede un argumento si se quiere pedestre pero no por ello menos contundente, a cuyo tenor quien puede lo más puede lo menos. Por tanto, si el disponente puede dejar de atribuir gratuitamente, que es lo más, con mayor razón podrá ordenar el régimen de administración y disposición a que deban sujetarse los objetos transmitidos, que es lo menos. En términos semejantes se manifiesta VENTOSO ESCRIBANO, que admite que el disponente faculte al administrador designado para disponer de los bienes transmitidos sin precisar autorización judicial. Abundando en esta misma dirección, y si pese a lo aducido aún se defiende la aplicación de tales preceptos, siempre podrá el disponente configurar, dentro de los límites legales, un derecho real de disposición en favor de persona distinta del tutelado, en cuyo caso no habrá cuestión.

Problema distinto y más complejo es el de dilucidar si lo anteriormente defendido se extiende o no a lo que adquiera el tutelado en pago de sus derechos legitimarios. Pues bien, siguiendo a VENTOSO ESCRIBANO, no parece que puedan orillarse los límites que se derivan del sistema legitimario, atribuyendo al administrador facultades dispositivas que eludan la aplicación de los artículos 271 y 272 del Código Civil. La cuestión central consistirá, pues, en definir qué límites se desprenden de cada particular sistema legitimario. Centrándonos en Aragón, el sistema de legítima colectiva, la existencia de fiducia sucesoria, y la especial forma en que se regula la intangibilidad de la legítima, dejan un amplio margen de maniobra al testador, siempre que tenga más de un descendiente. En todo caso, basta con lo dicho hasta este momento, ya que sobre este particular se insistirá más tarde.

*** Tutela testamentaria o dativa.** La tutela deferida por quien ostenta la autoridad familiar del menor o incapacitado no tiene por qué limitarse a la designación de la persona del tutor. Según se desprende de los artículos 18 de la Compilación y 223 del Código civil, los padres o las personas que ostenten la autoridad familiar del menor o incapacitado, además de nombrarle tutor o, en su caso, curador, pueden establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar a las personas que hayan de integrarlos, u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de los tutelados. Así, por ejemplo, cabe estatuir y normalizar el cargo de protutor.

Usualmente se interpreta dicha posibilidad de configuración jurídica como algo que se yuxtapone a las previsiones legales, que se mantienen inalteradas. En otras palabras, la Ley articula una disciplina normativa mínima e insoslayable, sobre la que cabe superponer mayor número de garantías, limitaciones o cautelas. En ningún caso cabe, pues, aliviar el régimen que imponen los artículos 271 y 272 del Código civil. Como ya se dijo, esta tesis no sólo se apoya en poderosos argumentos, sino que ofrece la tranquilizadora ventaja de su seguridad práctica.

Una vez más y sin ánimo de polemizar sino de propiciar un desapasionado y fecundo diálogo, la rotundidad de la interpretación antes sintetizada debe ser cuestionada. Se pueden imaginar las siguientes hipótesis:

- Los bienes que haya recibido el menor o incapacitado a título gratuito y que sean de

la libre disposición del transmitente, se sujetarán en su administración y disposición a las previsiones del mismo, por idénticos argumentos a los ya reseñados.

- En consecuencia, el nudo gordiano se halla en los bienes adquiridos por el tutelando en calidad de legitimario. Ciñendo el estudio del problema al Derecho Aragonés, debe recordarse lo siguiente:

Tras la promulgación de la Constitución de 1978 y su desarrollo estatutario, y fundamentalmente a raíz de la Ley de 21 de mayo de 1985 de las Cortes de Aragón, queda plenamente consagrada la preeminencia del Derecho propio Aragonés frente al Derecho general del Estado, al que se atribuye valor supletorio. En esta línea, las disposiciones o pactos amparados en el principio "standum est chartae" se anteponen a las disposiciones del Código civil, ya que constituyen por sí mismas fuentes normativas del Derecho civil de Aragón. Como ponen de relieve JOSÉ MANUEL Y ROSA MARÍA BANDRÉS Y SÁNCHEZ CRUZAT, "las leyes aragonesas son las únicas que pueden servir de límite al pacto en Aragón", de suerte que la capacidad de autorregulación de los aragoneses no se detiene ante las normas imperativas que suministra el Código civil y las demás leyes generales del Estado.

En Aragón, al igual que en el resto de España, la tutela se configura como un sustitutivo de la autoridad familiar, por lo que no se puede servir de excusa para eludir las cautelas que impone la legislación aragonesa respecto de los titulares de la misma, ya que tales cautelas sí que constituyen norma imperativa aplicable en Aragón.

Es incuestionable en Aragón el predominio de la familia y de la sociedad civil frente a la injerencia de los poderes públicos. Es esta razón y no otra la que sirve de fundamento a la casi totalidad de las instituciones jurídico-aragonesas.

La legítima aragonesa se caracteriza por ser colectiva en lo material e individual en el aspecto puramente formal. Además cabe imponer gravámenes sobre la legítima siempre que se hayan dispuesto en beneficio de otros descendientes, e incluso imponer prohibiciones de disponer u otras limitaciones cuando obedezcan a justa causa.

En nuestro ordenamiento jurídico rige en sede de derechos reales el sistema de "numerus apertus", con base en el principio de autonomía de la voluntad y en los artículos 2.º de la Ley Hipotecaria y 7 in fine de su Reglamento. Ciertamente, como enseña DÍEZ PICAZO, sólo podrán crearse nuevos derechos de naturaleza real si reúnen las mínimas exigencias estructurales que definen lo jurídico real frente a lo obligacional.

Las reflexiones que anteceden permiten ofrecer a los titulares de la autoridad familiar un amplio abanico de posibilidades en orden a la regulación de la tutela testamentaria, algunas de las cuales son conforme se advirtió cuestionables:

- Conforme al principio "standum est chartae", podrán sujetar los actos dispositivos que tengan por objeto bienes recibidos por el tutelado en pago de sus derechos legitimarios, al régimen que ordena el artículo 13 de la Compilación. Esta solución es sin duda la más discutible.

- Por otra parte, supuesto de que el testador tenga varios descendientes, cabe confeccionar muy diversas fórmulas de actuación. Su bondad dependerá de que contribuyan a armonizar los intereses del tutelando y los de la familia, cuyos miembros aspiran, y ello no constituye desdoro alguno, a la suficiencia patrimonial y, por tanto, a no quedar prisioneros de un sistema excesivamente garantizador e inoperante. Entre el universo de posibilidades que brinda el Derecho Aragonés pueden seleccionarse las

siguientes:

LA IMPOSICIÓN DE UN MODO.-

El titular de la autoridad familiar puede instituir heredero al descendiente que se encuentre en mejores condiciones, designándole como tutor del tutelando e imponiéndole el modo, con valor condicional o no, de prestarle alimentos civiles, cuidarle y tenerle en su compañía, procurándole educación, medios de progresión y mejora, y, en general, todo cuanto sea necesario para una vida lo más digna posible dentro de sus circunstancias.

LEGADOS ORDENADOS A FAVOR DEL MENOR O INCAPACITADO E INSTITUCIÓN DE HEREDEROS A FAVOR DE UN DESCENDIENTE O DESCENDIENTES.-

- Legados de educación, de alimentos y de pensión periódica.

Al titular de la autoridad familiar le cabe, en atención a los artículos 879 y 880 del Código civil integrados y reelaborados con base en el principio de autonomía de la voluntad, ordenar en beneficio del tutelando un legado de educación, de alimentos y/o de pensión periódica. Si se opta por este camino conviene que en el testamento se recojan, entre otras, las siguientes previsiones:

* La circunstancia de que dichos legados se realizan a cargo de todos los descendientes instituidos herederos.

* La designación de tutor.

* El nombramiento de protutor, facultándole expresamente para que vigile el fiel cumplimiento de los legados ordenados, atribuyendo al incumplimiento carácter de condición resolutoria de la institución de herederos.

* Por último, si concurren circunstancias especiales, puede incluso ser recomendable que el testador, por sí o por medio de sus herederos, constituyan un depósito bancario, por el importe que se estime posible conveniente, permitiendo al tutor únicamente sus intereses o la cifra de capital que se haya previsto, en los plazos y en la forma contratada con la entidad.

- Legados de derechos reales de goce y disfrute.

Parece aconsejable en multitud de supuestos combinar las disposiciones anteriormente indicadas, con un legado de habitación, que asegure al tutelando el derecho real, inalienable y vitalicio de ocupar una vivienda digna. A fin de que tal legado goce de plena efectividad es preciso imponer al heredero cuantas obligaciones puedan imputarse al habitacionista, sin que pueda repetir contra el legatario por ningún concepto, especialmente en lo atinente a la realización de las reparaciones ordinarias y a la satisfacción de contribuciones anuales o cargas que graviten sobre la vivienda.

En términos semejantes cabe asignar al menor o incapacitado un derecho de uso sobre bienes especialmente fructíferos, que le aseguren una renta periódica suficiente para atender sus necesidades.

COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA Y CONSORCIO FORAL.-

En los supuestos de patrimonios familiares constituidos por explotaciones agropecuarias, industriales o mercantiles, puede ser aconsejable mantener su integridad, no sólo por razones económicas sino también como fórmula idónea para proteger los intereses del menor de edad o del incapacitado. Por eso, será conveniente fortalecer el rigor del

régimen que ordenan los artículos 271 y 272 del Código civil, además de establecer la indivisión o la continuación de la comunidad conyugal.

LEGADO DE UN DERECHO REAL DE DISPOSICIÓN O DE PARTE DEL VALOR EN CAMBIO DE UN BIEN.-

Para terminar este elenco de ejemplos prácticos, si el patrimonio familiar es infructífero pero tiene un elevado valor de realización (Vgr. terrenos yermos cercanos a una población), lo que interesa es prescindir de cualquier limitación que pueda perjudicar el resultado de su negociación y posible transmisión, sobre todo si se considera que nuestro mercado exige más que agilidad, celeridad. En esta hipótesis se dibujan dos soluciones basadas en el principio de autonomía de la voluntad y en el sistema de números apertus que rige en sede de derechos reales, a saber:

- Instituir heredero al tutelando, asignado un derecho real de disposición a otro descendiente respecto de los bienes que reciba el menor o incapacitado. Al derecho legado se le deberá atribuir obviamente un valor, que consistirá generalmente en un porcentaje del precio que se obtenga al ejercitarlo. Lo que reste será de la titularidad del tutelado, siendo administrado por su tutor en la forma que se haya establecido. Dicha construcción se apoya en dos argumentos elementales, junto a los ya señalados:

- Si conforme al artículo 639 del Código civil el *ius disponendi* puede desgajarse del dominio por vía de deductio, por idéntica razón podrá desgajarse por vía de constitutio.

- Y sobre todo, idénticos efectos en la órbita de lo dispositivo se lograría mediante la tradicional sustitución fideicomisaria de residuo, pero con el perjuicio para el tutelado de tener que esperar al cumplimiento del término o de la condición para hacerse con la titularidad de los bienes.

- Con exacta finalidad cabría sustituir heredero al descendiente capaz, legando al menor de edad o incapacitado parte del precio que se obtuviera supuesto de que los bienes hereditarios fueran vendidos. Sin embargo esta opción carece de eficacia jurídico real, salvo que en su garantía se constituyera la oportuna hipoteca.

Para terminar este epígrafe, debe subrayarse la importantísima función que cumple la fiducia sucesoria en orden a la protección de los menores de edad e incapacitados, exponente máximo del protagonismo de la familia en el Derecho de nuestra región.

III.- PERSONAS CAPACES NECESITADAS DE UNA ESPECIAL PROTECCIÓN.

Conforme al artículo 200 del Código Civil, únicamente pueden ser objeto de incapacitación aquellas personas afectadas por una enfermedad o deficiencia física o psíquica de carácter persistente.

La relatividad del término "persistencia", la natural y plausible precaución que suelo presidir la actuación jurisdiccional antes de decretar una incapacitación, la resistencia que normalmente ofrece la familia para promover tales expedientes judiciales, que reputan como infamantes para el ser querido, y la aparición o generalización de ciertos síndromes o patología que aunque severas no crean una deficiencia que pueda ser tenida como "persistente", están conduciendo a un creciente número de personas a situaciones de "incapacidad funcional" no declarada.

La comunidad jurídica no puede mantenerse neutral ante la abrumadora verdad de los

hechos. Por eso, en tanto el legislador no se pronuncie, constituye tarea obligada proporcionar, conciliando creatividad y rigor, mecanismos que traten de aliviar la situación a que se ven condenadas dichas personas.

En apretada síntesis, es posible ordenar los mecanismos de protección en dos grandes grupos:

*** Mecanismos endógenos:**

Las personas afectadas por enfermedades que previsiblemente las priven de forma gradual de discernimiento o que ocasionen estados intermitentes de incapacidad, pueden servirse del contrato de vitalicio o de la cesión de bienes a cambio de alimentos, para asegurar su cuidado y protección. Igualmente, aún cuando sea discutible, también cabe defender que articulen su "autotutela" otorgando poderes a los que se dote de "ultraactividad". En este sentido, es especialmente sugerente la supresión de la "interdicción" como causa de extinción del mandato, operada por Ley de 31 de Marzo de 1984. Para terminar, debe entenderse admisible que se autodesignen tutor o, en su caso, curador.

Como es evidente, todos los negocios jurídicos enumerados deberán perfeccionarse con sujeción a sus correspondientes requisitos estructurales y, por tanto, cuando aún se goce de plena capacidad. También es obvio, que las fórmulas del apoderamiento o de la designación del propio tutor tropiezan con infinidad de barreras, incluso, jurídico-positivas, difícilmente superables. No es este el momento de analizar los argumentos a favor o en contra de los mecanismos apuntados. Baste recordar lo siguiente:

- Late desde tiempo inmemorial en nuestra tradición jurídica, el criterio de que no hay mejor gestor de lo propio que su mismo titular. En consecuencia, si se admite que todo sistema tutelar tiene como única finalidad la protección del incapaz, no se entendería que se le negara a éste, cuando aún tiene plenas facultades, organizar su protección.

- La doctrina admite sin reparos la figura del poder otorgado "ad cautelam" (CÁMARA, BOLÁS, LORA TAMAYO).

- La ultraactividad o subsistencia de los poderes se produce cuando obedece a un interés legítimamente protegible (vgr. artículo 1738 del Código civil), y no parece que exista ninguno más relevante que el de respetar la propia voluntad de la persona que se desea proteger. Abundando en esta dirección, resulta sintomático que nuestra legislación difiera la declaración de ausencia cuando el desaparecido haya dejado encomendada la administración de todos sus bienes a un apoderado.

- Si el titular de la autoridad familiar puede designar tutor a sus hijos o parientes, no se entiende que no pueda nombrarlo para sí.

*** Mecanismos exógenos.**

Las personas unidas por lazos de afecto o parentesco a quienes no siendo susceptibles de incapacitación, deban ser objeto de especial protección, pueden acudir a alguna de las vías propuestas en el epígrafe que precede para asegurar su sostenimiento material. En la esfera personal, únicamente les competirá promover, si posible fuere, su incapacitación.

COLOQUIO

Gabriel García Cantero. Ponente.

Bien, me parece que la mesa ha cumplido su función expositiva, de alguna manera provocadora y, en consecuencia, tienen ustedes la palabra.

Vicente García-Rodeja. Magistrado.

Buenas tardes. Primero, se han expuesto aquí muchos problemas, desde el último al primero, realmente de interés. Yo voy a hacer una consideración y una discrepancia con la coponente. La consideración es de extrañeza de que la coponente, que en este momento presta sus servicios en el despacho del Justicia de Aragón, nos hablara tanto de la patria potestad. Desde el Justicia de Aragón se ha hecho, hasta hace poco, una labor educativa, pedagógica, justa y necesaria, de adaptar la terminología de todos al Derecho Aragonés; no quiero hacer referencia al artículo 9 de la Compilación que habla del deber de crianza y la autoridad familiar, y no de la patria potestad. Paso y abandono.

Al amigo Gabriel García Cantero, discrepo de la necesidad imperativa de designar a los tutores propuestos; puede haber razones que salen del propio texto legal. Se dice que el Juez o la Junta de Parientes tienen que escoger entre los más idóneos; se parte de una comparación entre personas idóneas - se habla de "el más", que es comparativo - y entonces tiene que haber dos personas idóneas. Si no hay dos personas idóneas, pueden escoger en beneficio del menor. Creo que privar a la Junta de Parientes o al Juez de buscar una persona idónea para que cuide al menor o al incapaz no solamente es un formalismo sino que es una barbaridad. Creo que el Código Civil, que volvemos a él, - no nos vamos a avergonzar de que tenemos todavía el Código Civil, además el Código Civil está mejor - establece que se nombrará siempre el tutor en beneficio de la persona incapaz o del menor; creo que aquí esa causa está totalmente subsistente. Que me digan que hay que hacerlo razonadamente, no de manera caprichosa sino razonada. Pensemos, un padre que deja tutor del hijo menor al hermano mayor. El hermano mayor se dedica a la vida privado-pública más desordenada, o desaparece, o se marcha a Australia a ganarse su vida. Evidentemente no habrá que nombrar ese tutor, habrá que nombrar otro. En esto estoy muy seguro. En las demás cosas se me han suscitado muchas dudas y voy a escuchar qué hacemos.

Rocío Palá Laguna. Coponente.

Yo no tengo que hacer ninguna precisión a la intervención del Magistrado.

Gabriel García Cantero. Ponente.

Y por mi parte, al interpretar los requisitos que fija el artículo 16.1: "elegirá entre ellos el más idóneo para el cargo", al hablar de idoneidad, he aludido a dos circunstancias:

* Una, la posibilidad de hecho de que vaya a ejercer el cargo de tutor - si se ha ido a Australia, me imagino que no hay posibilidad de que vaya a ejercerlo, entonces no lo elegirán -.

* La experiencia demuestra que los jueces que tienen que elegir tutor cuando no hay familiares, están ante uno de los problemas más difíciles que hay. Entonces, los jueces ven los cielos abiertos, por decirlo vulgarmente, cuando hay una persona y acepta. Esto por un lado. Por otro lado, el texto del artículo 16 me parece muy fuerte: "elegirá entre ellos"; es

decir, la elección yo creo que tiene que recaer en uno de los designados; otro problema será que éstos incurran en una causa de remoción o en una excusa que puede darse y, entonces, resultará que, a pesar de las designaciones, no hay tutor, pero no por aplicación de este artículo; yo lo que creo es que este artículo tiene que aplicarse tal como está, literalmente: hay que elegir entre ellos; resulta que el elegido no reúne requisitos de capacidad, aparece una causa de remoción, etc..., pues entonces se aplica la causa de remoción, sin ningún género de duda; es un degenerado que se dedica al tráfico de drogas, pues menudo tutor que le hemos buscado, pero eso no quita que haya tenido previamente que recaer la elección. Es decir, si la alternativa es que los dos son traficantes de drogas o los dos degenerados..., pero si la alternativa es entre uno normal y un degenerado hay que elegir al normal, sin ningún género de duda. Yo creo que tal como está, "elegirá entre ellos", y no el que fuera; saltarse ese "entre ellos" me cuesta mucho.

Antonio López Millán. Magistrado.

Quería solamente hacer dos comentarios a lo que se ha dicho. Por lo que se refiere a la práctica diaria de las tutelas, nos encontramos con que difícilmente podemos solucionar estos problemas que se cultivan teóricamente, en cuanto al nombramiento por distintas partes, en cuanto a tutor y en cuanto a administrador, si hay diferentes nombramientos de tutores por diferentes partes, etc. En la práctica, en los Juzgados de Familia en los que tenemos aproximadamente unas doscientas tutelas en vigor, es decir, de tutelas en las que como mínimo se ha hecho ya un año la revisión de las cuentas anuales, etc - al margen de las que hay en marcha -, nunca se ha planteado hasta ahora este problema, por tanto, difícil va a ser el poder dar ningún tipo de solución ahí, si en alguna ocasión lo más crudo que nos hemos encontrado ha sido que en el testamento se designe solamente a uno; evidentemente en estos casos, como tampoco existe ningún tipo de controversia, a pesar de que si un juez lo estima conveniente puede designar a otro que no sea éste, lo normal es que sea nombrado el mismo.

Y por lo que se refiere a la preadopción, quizá puedo dar la explicación del por qué en Zaragoza no se ha constituido, no se ha instado la Ley. Normalmente, cuando se aplica la tutela inmediata, por declaración de desamparo, no hay que acudir simultáneamente a un procedimiento que la preceda de privación de la patria potestad, sino que se suspende el ejercicio de la misma, y es mucho más fácil para la Administración ir al paso siguiente que es el acogimiento. Miren ustedes, en los expedientes que llevamos viendo en los juzgados a partir del año 1987, nos encontramos con que, difícilmente, ni en la familia restringida - padres biológicos, cuando existen -, ni tampoco en la familia extensa, aparece que ninguno de ellos tenga el más mínimo interés, no solamente en ejercer la tutela sino seguramente en tenerlos como una guarda de hecho o como una guarda de hecho posteriormente legalizada en la resolución judicial. Evidentemente entiendo que yo no tengo que defender a la Administración, pero creo y veo que la única posibilidad que tiene ésta es ir al acogimiento y con posterioridad a la adopción, que eso quizá sea el por qué de que en Zaragoza no se haya intentado la tutela. Es cierto que en una sola ocasión se intentó, lo que sucede es que, como los padres no estaban privados de la patria potestad, ni había ninguna resolución judicial, pues se denegó sin más.

Y otra cosa que quisiera matizar es que existe una posibilidad con respecto al desamparo que no es muy utilizada por los profesionales, ya no digo por los propios interesados, porque quizá la desconozcan, sino por los propios profesionales del derecho, y consiste simplemente en acudir al juicio declarativo de menor cuantía para que se deje sin efecto este desamparo. Normalmente de las pocas ocasiones en las que se ha intentado, por poner el cincuenta por cien de las ocasiones, ha prosperado y en otras ocasiones no.

Solamente quería decir esto.

Gabriel García Cantero. Ponente.

Muchas gracias por estas observaciones prácticas. Aprovecho la ocasión para rendir homenaje a nuestra Magistratura, sobre la cual el legislador está constantemente echando cargas y no le da los medios. Concretamente, en el tema del seguimiento de las tutelas me parece admirable que puedan decir: tenemos doscientas tutelas en este momento, porque ciertamente tengo la impresión de que no hay medios suficientes para hacer el seguimiento efectivo de las tutelas; menos mal que rinden cuentas anuales, por lo menos una vez al año, pero saber el día a día, es imposible prácticamente que los jueces lo puedan hacer. Por eso, el celo de los jueces de familia, que están intentando cumplir esto, me parece que hay que destacarlo. En cuanto a la aplicación de la Compilación aragonesa en materia de tutela, ya el profesor Serrano García, en una encuesta sociológica que hizo nada más publicarse la Ley de Tutela el año 1983, en un trabajo que tuve el honor de dirigir, y que se publicó en la Revista de Legislación y Jurisprudencia, llegaba a estas conclusiones similares de que, en efecto, las normas sobre tutela del derecho aragonés en la práctica son poco aplicadas, poco vivas. Yo no sé si hay una solución, no sé si excede de este foro, que sería que la Comunidad Autónoma de Aragón promulgase una Ley completa de tutela como ha hecho la Comunidad Autónoma catalana. Sería posible hacer una Ley pensando la mejor solución para la organización de la tutela, mantener el principio de tutela de familia, órganos, etc; no sé si esa sería la solución. Naturalmente me parece que excede de las competencias y de las posibilidades de este Foro, pero lanzo la idea por si alguno con más poder que yo puede ponerla en práctica. Es decir, estamos discutiendo cuatro artículos descarnados y absolutamente insuficientes. Hagamos una buena Ley de Tutela, hay ejemplos en el Derecho Comparado.

Rocío Palá Laguna. Coponente.

Yo no estoy para defender ni para criticar tampoco la postura de la Administración; comparezco como representante de la Institución del Justicia y, en la medida de ello, se han recogido datos sobre la aplicación práctica, que es inexistente en la ciudad de Zaragoza, del párrafo segundo del artículo 239 del Código Civil. Lo que sí es cierto es que en Zaragoza no se aplica, no se promueven tutelas cuando llega a conocimiento de la Administración que hay menores que están en situación de desamparo. Es decir, ya sabemos que en la mayoría de los casos las familias son muy desestructuradas, y que apenas existen personas que puedan o bien asumir la tutela o bien el acogimiento; de ahí, además, que la mayoría de los acogimientos son preadoptivos. Pero sí se hace en Huesca y se hace en Teruel. Yo lo único que tengo que decir es que en Huesca y en Teruel se hace por la vía del artículo 222.4, cuando dice que están sujetos a tutela los menores desamparados. Yo soy partidaria de que se inste un previo proceso judicial de privación de la patria potestad; lo que ocurre es que, como muy bien han dicho ellos, sería un procedimiento largo y costoso, pero sí se hace y se está haciendo en Huesca y en Teruel y las ventajas que han aducido es que, con los acogimientos, la intervención de la Administración continúa, siguen abiertos muchos expedientes durante muchos años hasta que el menor se emancipe o hasta que se adopte, es decir, la Administración sigue interviniendo con los acogimientos. Con las tutelas, en el caso de menores cuyos padres hubieran fallecido, parece ser que es evidente, en los casos de menores cuyos padres estén impedidos realmente para ejercitar los deberes de patria potestad, parece ser que la tutela es una solución en principio válida, porque, a partir de entonces, el menor se incorpora a una nueva vida familiar con unos nuevos tutores que, además, generalmente son miembros de familia extensa y la Administración cesa en su intervención. Lo único que puedo decir es que, en principio, sería partidaria de que se inste

un proceso previo de privación de patria potestad, pero se está haciendo y los jueces de Primera Instancia de Huesca y los jueces de Primera Instancia de Teruel lo están interpretando así.

Persona sin identificar.

Porque tienen menos trabajo que los de Zaragoza.

Honorio Romero Herrero. Notario.

En primer lugar, me ha gustado mucho la intervención del profesor García Cantero y también muchísimo la intervención de Rocío Palá, que nos ha expuesto la labor desde el punto de vista público. También la de Rafael Martínez Díe.

Tengo aquí tres cuestiones. La primera es una muy concreta que se produce con frecuencia en el despacho; es cuando en una partición hay una persona incapaz, se necesita autorización judicial para la partición y después la partición requiere aprobación judicial. Mi pregunta es la siguiente: cuando la partición de la herencia se hace de tal manera que los bienes del caudal hereditario se adjudican, es decir, se pasan de la comunidad germánica a la comunidad romana y hay dos fincas y tres herederos y se les adjudican por terceras partes pro indiviso, ¿consideráis también oportuna y necesaria la intervención judicial?.

Segunda cuestión que aquí quiere hacer notar un vacío legal, porque esto también se ha presentado en el despacho y yo por lo menos no le he encontrado solución y se trata del siguiente caso:

Una vivienda pertenece en nuda propiedad a un heredero y en usufructo viudal a la madre. Quieren vender esa vivienda y claro, para vender esa vivienda si la madre está declarada incapaz y sujeta a tutela, para la venta de los bienes de los incapacitados la Ley de Enjuiciamiento Civil en la Reforma de 1989 dice que el tutor necesitará autorización judicial y la autorización judicial tiene que ser dada bajo la condición de que la venta se efectúe en pública subasta, aunque luego no dice qué tipo de subasta es, si notarial o judicial. Es una situación en la que no encuentro la solución.

Luego, sí que me gustaría recoger la cuestión que ha planteado Rafael Martínez Díe que es un problema realmente interesantísimo, que se nos plantea a diario en los despachos y es que cuando una persona quiere disponer de unos bienes en favor de un incapaz, si realmente puede decidir en la relación de esa administración y disposición de bienes, querría que os pronunciarais o nos pronunciáramos aquí entre todos. Nada más y muchas gracias.

Rafael Martínez Díe. Coponente.

Bueno, yo en cuanto al primer problema creo que está resuelto por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, creo recordar, aunque nunca es bueno hablar de memoria. Me parece que se suscitó un problema semejante respecto de una partición en la que intervenía una madre, efectivamente, había una liquidación de sociedad consorcial y se planteaba si era necesario acudir al nombramiento de defensor judicial en ella. Se había creído tradicionalmente que no era necesario cuando la liquidación de la sociedad consorcial se realizaba por cuotas pro indiviso, porque trataba sencillamente de transformar una comunidad germánica en una comunidad romana; sin embargo, la Dirección General estima que eso no es cierto porque toda partición, toda liquidación exige una operación previa, que es la de inventariar bienes y también inventariar deudas y

entonces, desde ese punto de vista, la solución sería idéntica: no cabe prescindir del régimen del artículo 271 tanto desde el punto de vista previo como posterior porque el inventario sería la materia en la que tropezaría la posibilidad de prescindir de la autorización judicial, aunque la liquidación se haga por cuotas pro indiviso. Desde ese punto de vista aún cuando me parece que es cuestionable la solución, sería posiblemente rígida y poco práctica, pero sería esa.

Luego, en cuanto al segundo problema, en una propiedad y usufructo no se plantea solamente este supuesto, sino que tiene muchísimas vertientes este mismo problema; piénsese por ejemplo en todos aquellos supuestos de negocios coligados que son frecuentes en la práctica, fincas que aún cuando registralmente aparecen bajo folios diferentes, no obstante integran una unidad material y tienen que ser vendidas unitariamente porque tienen una unidad causal claramente, es decir, forman una sola explotación: una parte de la finca material, que constituye una finca registral independiente y pertenece a la persona que está sujeta a la tutela y las otras, por el contrario, pertenecen a personas perfectamente capaces y con plena capacidad dispositiva y por tanto no tienen que acudir a ningún régimen supletorio o de control o protección. A mi juicio, el problema es enormemente delicado, desde luego de la literalidad de los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil no existe solución, creo que es un problema nítidamente judicial y que tendría que ser resuelto por algún Magistrado. Quizás si la idea fuera la de la protección de los intereses del menor o del sujeto a tutela había que prescindir del régimen de la autorización judicial aún cuando la persona que realizara la disposición no fuera titular de la autoridad familiar, sino que fuera un tutor, prescindiendo del régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil en atención a la unidad causal que existe en esa operación y a fin de no romper el tráfico jurídico en negociación tan importante como la inmobiliaria... Desde este punto de vista, realizando una interpretación teleológica y en atención a la realidad social a que alude el artículo 3.1 del Código Civil y también ponderando la equidad en la aplicación de las normas jurídicas, posiblemente habría que prescindir de la pública subasta que marca la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero frente a eso se opone el carácter nítidamente imperativo, de orden público, de las normas procesales. Sin duda alguna, es un problema insoluble desde mi punto de vista. No me atrevo a apoyar ni uno ni otro criterio en este momento.

Gabriel García Cantero. Ponente.

En relación con una de las cuestiones que ha planteado, en efecto, el artículo 271, desde el punto de vista técnico-jurídico es francamente criticable porque es una reduplicación de la autorización judicial. El tutor necesita autorización judicial en una lista de casos; como se sabe, la partición de la materia entre los artículos 271 y 272, es simplemente por razones de longitud, porque antes, en el antiguo régimen de la tutela, era un único artículo el que establecía todos los casos de aprobación judicial y les pareció muy extenso y lo partieron y lo dividieron entre dos, pero eso es una razón puramente práctica. Los problemas que pueden plantearse de esta doble autorización pues son:

-primero, saber si esa autorización judicial es igual que la aprobación judicial, pues el artículo utiliza dos términos distintos.

-segundo, qué ocurre si en el primer caso se autoriza y la primera autorización se otorga y la segunda no. Puede darse este caso.

Entonces, yo creo que una de las dos sobra, bastaría con que se aprobase a posteriori, pero en todo caso es de difícil solución porque tendríamos que eliminar un apartado del artículo. En todo caso habrá que poner de relieve la mala técnica del legislador.

José Ramón San Román Moreno. Presidente del T.S.J. de Aragón.

Reitero las palabras que ha dirigido a la ponencia el notario Honorio Romero y por eso quiero expresar mi felicitación a sus palabras. Me parece recordar que en este tema de la exigencia de subasta pública y autorización judicial y la venta de los bienes en subasta pública, yo he dictado una resolución sin posibilidad de recursos en un recurso gubernativo que en materia de tutela y con intervención en este caso de la Junta de Parientes pedía la revocación de la nota denegatoria del Registrador de la Propiedad de la inscripción de la escritura de venta de los bienes del incapacitado que se había otorgado voluntariamente con intervención de la Junta de Parientes. Entonces se suscitaba el problema de si era precisa la autorización judicial para la venta y si además de la autorización judicial se requería la venta en subasta pública. En esa Resolución, me parece recordar que hacía un estudio comparativo de las reformas del Código Civil en materia de autorización judicial y con intervención del tutor para la venta de bienes y yo entendía que no era precisa la exigencia de la venta en subasta pública; bastaba con la autorización judicial, basándome en las sucesivas reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Código Civil. No lo puedo decir con exactitud pero me parece que la resolución judicial iba en ese sentido.

Alfredo Sánchez-Rubio. Abogado.

En la tutela, tal y como se ha expuesto, me parece que había que hacer quizás una diferenciación que podría ser conveniente entre la tutela de los menores, en la que incide la intervención de Doña Rocío Pala y la tutela de los incapacitados. Y ello respecto del Derecho aragonés porque quizás existe un resorte que hace más subsidiaria la tutela de los menores en Aragón, cual es el ejercicio de la autoridad familiar por otras personas, es decir, el artículo 10 que en caso de fallecimiento de los progenitores o de privación judicial de la autoridad familiar, dispone que la Junta de Parientes o el juez, en el primero de los casos, o sólo el juez en el segundo, pueden atribuir no ya la función tutelar, sino precisamente la propia autoridad familiar para que la ejerzan otras personas, las más próximas, los abuelos, los hermanos mayores... Quiero decir, en relación con los menores, aprovecho la intervención para preguntar si alguien puede arrojar alguna luz sobre en qué medida se está utilizando la atribución de la autoridad familiar, es decir, la posibilidad que brinda el artículo 10. En relación con el mismo quería hacer también una pregunta al Profesor García Cantero; creo no haber anotado mal que, cuando habla de las personas que pueden deferir la tutela, ha citado entre ellas al denominado cónyuge no progenitor del "bínubo premuerto"; a mí y no creo que sea al único desde luego, nos parece que es excesivo que éste se encuentre ahí para poder ejercer la autoridad familiar, quizás que pueda llegar hasta perpetuar estas facultades designando el tutor, y que el profesor García Cantero entienda que es absolutamente indispensable el tener que pasar por el tutor designado en su caso por esta persona.

Gabriel García Cantero. Ponente.

A mí me parece que puede responder a situaciones de verdadera integración, por ejemplo, se ha quedado viudo muy joven con niños pequeños y se ha casado con una cuñada y entonces ahí puede haber una verdadera integración.

Alfredo Sánchez-Rubio. Abogado.

¿Por qué no ha adoptado entonces? Si ha quedado viudo, si no existe el otro progenitor, ¿por qué no adopta?. Perdón por la interrupción, era únicamente por completar si es que se debe a la situación de viudedad, es decir, si es que falta el otro progenitor.

Gabriel García Cantero. Ponente.

O de divorcio.

Alfredo Sánchez-Rubio. Abogado.

Pero, ahí ya hay otro progenitor y ya no puedes adoptar porque hay otro progenitor cuyo consentimiento lo impide.

Gabriel García Cantero. Ponente.

No sé si he entendido bien la pregunta.

Alfredo Sánchez-Rubio. Abogado.

Si debe o no admitirse la designación de tutor por el cónyuge no progenitor del "bíbulo premuerto".

Gabriel García Cantero. Ponente.

Yo, en principio, diría que sí, aunque es una situación anómala. Ahora, no me consta si esto es un invento de la Reforma de 1985 o existía antes.

Rafael Martínez Díe. Coponente.

Yo, aquí, podría añadir lo siguiente: me parece que no se puede distinguir con base en el artículo 10 de la Compilación entre menores de edad o incapacitados porque la doctrina más autorizada, en general, admite la posibilidad de aplicar supletoriamente los artículos que existen en el Código Civil sobre prórroga de patria potestad, léase autoridad familiar, y también de rehabilitación de la autoridad familiar, es decir, que el Código Civil no impide nunca que una persona que sea menor de edad sea susceptible de incapacitación, cuando existan razonables circunstancias que permitan tal resolución, es decir, en la circunstancia básica de que tal deficiencia va a persistir una vez que se alcance la mayor edad, sencillamente. El artículo 10 se aplica tanto a menores de edad como a personas incapacitadas, perfectamente; si ha habido rehabilitación o prórroga de la autoridad familiar puede recaer tal autoridad familiar sobre las personas del artículo 10, sean menores de edad o incapacitados, vuelvo a repetir.

Luego, por otra parte, el artículo 10 dice Merino Hernández que ha sido objeto de crítica, pero a mi juicio es un artículo enormemente interesante. Yo querría romper una lanza por tal precepto porque en definitiva es enormemente progresivo, reconoce una realidad existente en nuestra sociedad y también viene a fortalecer la situación de la sociedad civil frente a otro tipo de intromisiones del poder público en la vida de las personas. Desde ese punto de vista hay que tener en cuenta lo siguiente: se pueden distinguir dos tipos de familia; la familia agnaticia o la familia cognaticia. Si para nosotros la familia es solamente aquel grupo de personas que están ligadas por vínculos de sangre, entonces creo que estaremos desconociendo cuál es la realidad social de este momento; si para nosotros la familia es aquel grupo de personas que colaboran intensamente, que tienen una vida común y que intentan sencillamente y auxiliándose, salir adelante en las dificultades de la vida, entonces ahora habrá que admitir que hay personas que no estando ligadas por vínculo de parentesco, es decir, por vínculos consanguíneos o incluso por vínculos de adopción se pueden interpretar como miembros de una unidad familiar. Desde este punto de vista la introducción en el artículo 10 de personas que no tienen esa relación consanguínea, lo único que hace es reflejar una realidad, admitir una realidad, y desde ese punto de vista creo que es enormemente positivo, defendible y progresivo. Con eso

terminaría y también volvería a repetir que no solamente es aplicable a los menores de edad, sino también a personas que han sido declaradas incapaces por los Tribunales de Justicia. Y por último que la doctrina, aquí sí que nadie discute, con rara unanimidad, viene a admitir que los titulares de la autoridad familiar, bien sean los padres conjunta o separadamente o bien sean los titulares de la autoridad familiar del artículo 10, puedan designar tutor; lo que se cuestiona es que puedan estar legitimadas para designar tutor personas que no tengan esa titularidad de la autoridad familiar; posibilidad que a mi juicio es descartable pero existen razones de enorme peso a favor de la misma. Con eso ya concluyo esta intervención.

Galo Oria de Rueda y Elía. Notario.

Yo lo que quería intervenir era sobre dos cuestiones que antes había apuntado mi maestro Honorio Romero. En cuanto a la primera, la partición de herencia, decía Rafael Martínez Die que a la hora de determinar el inventario de la herencia, el significado que tiene precisamente la autorización previa en cuanto a los bienes muebles, dado que la titularidad jurídica se transmite de acuerdo con el artículo 464 por la posesión, es evitar que pueda resultar dañado, y también esta idea de evitar el daño es susceptible de aplicarse a la propiedad inmobiliaria no inscrita. En cuanto a la propiedad inscrita, ya está la protección del Registro que impediría el perjuicio.

Con relación a la segunda cuestión, en cuanto a la subasta, aquí podríamos enlazar el tema de la autorización y de la aprobación a las que se refiere el artículo 271 o 272, no recuerdo muy bien cual de los dos: la exigencia de la subasta en la venta de bienes de los tutelados viene exigida desde las Partidas y allí se hacía constar que se debían vender a quien fuere por mayor precio en la misma moneda pública. Lo cierto es que en la práctica forense anterior a la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, había dos posibilidades: o que el juez autorizara la venta abstractamente y se realizara en subasta o cabía también la posibilidad de que la autorización fuera más concreta, determinara por qué precio, determinara todos los elementos del negocio; en este supuesto se entendía que no era necesaria la práctica de la subasta y quedaba firme. Tampoco la exigencia de la subasta era monolítica con carácter previo por cuanto la Dirección General de los Registros y del Notariado había resuelto ya en repetidas ocasiones que una aprobación judicial ulterior del negocio realizado, la convalidaba; si no se daban estos casos, efectivamente, se exigía una subasta que no debía ser necesariamente judicial, sino que podía ser también de carácter público o privado, realizada en notaría o privada, en cualquier caso era válida. Lo que sí es cierto es que el sistema de las subastas se ha modificado y que ha habido una evolución desde una subasta de porte familiar a una subasta judicial; aparece la figura del juez, investida de unos poderes enormes y además aparece en muchos artículos, no ya un principio de Derecho, sino una mención en beneficio del tutelado o en beneficio del menor y claro, resulta difícil de entender que este beneficio del menor puede conllevar nada menos que el juez no autorice que la persona a la cual está deferida la tutela pueda prescindir de la subasta cuando la subasta se convierte en un elemento perjudicial. Porque la subasta no siempre tiene efectos positivos, la subasta es negativa cuando la venta es de escasa cuantía porque absorbe el producto de la venta, como acertadísimo se señalaba en el Auto de su señoría San Román. Igualmente en aquellos otros supuestos, conocidos en la sociedad de hoy, donde la subasta lo que implica es la obtención de un menor precio, si la autoridad judicial tiene los poderes tan inmensos que le atribuye el Código Civil, no se entiende cómo no ha de poder autorizar el negocio concreto en beneficio del tutelado o sencillamente establecer la exoneración de la obligación de la subasta. Esto implicaría además una crítica, que también la hacía su señoría San Román, en cuanto a que la adaptación en la Ley de Reforma urgente en materia procesal del año 1992

efectivamente adapta una normativa procesal, pero no ha adaptado el contenido sustantivo de la normativa procesal por así llamarlo, sino que ha sido un mero cambio de palabras y entonces resulta que nos encontramos con una regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil que no se puede cuadrar con la nueva regulación del Código Civil porque es incompatible y parece que una norma formal no se puede imponer nada menos que a la ley material sustantiva; en consecuencia parece que el juez deberá ordenar subasta al ser entendido en el sentido de que si él da la autorización, efectivamente ordena la subasta y ha de cumplirse, pero si no la ordena..., lo que dije al principio, "iura novit curia", ésta queda excusada; y si la excusa, formalmente queda excusada. Esto simplemente en cuanto a las dos cuestiones.

Vicente García-Rodeja. Magistrado.

Bien, no es para criticar, sino para coincidir en lo que se acaba de decir. Voy a poner una experiencia personal. Yo siempre consideré que la subasta estaba derogada por las nuevas normas de la tutela y por las facultades que se concedían al juez en la tutela, entonces, como se dice ahí y es verdad, la venta de los bienes de menores la realidad es que el 90% de las veces viene con el comprador predeterminado, vende las tres cuartas partes de la casa y tienen que vender la otra cuarta parte del menor, cuando se ha vendido la casa por todos los hermanos y no van a estafar al menor; es que hay un momento de venta, si subastamos la cuarta parte de una casa, no tiene valor ninguno. Entonces esa teoría que se da como posible, antes había la posibilidad de afirmar que la Ley de Enjuiciamiento Civil se había quedado allí y que no era aplicable, pero esa última reforma que, después de la reforma del Código Civil, vuelve a redactar la Ley de Enjuiciamiento Civil y regula con más detalle la subasta, nos la hemos cargado; nos la hemos cargado y eso es absurdo, esa subasta es absurda, que la subasta es judicial no sometida a la tercera subasta porque no es ejecutiva, que la parte puede retirarse de la demanda del tutor porque se pierde dinero... Creo que sí, creo incluso que la parte podía decir: esta subasta voluntaria la vamos a celebrar al Notario y después traeremos el acta de adjudicación, creo que también; pero ya el juez, cuando la última reforma vuelve a decir que se hará subasta, realmente se encuentra atado, porque antes había una interpretación: la Ley de Enjuiciamiento Civil no la reformaron y el Código sí y no está vigente la subasta; pero ahora está vigente, creo que mal vigente y el que lo hizo no comprende esos perjuicios que se están haciendo. Es verdad, toda subasta judicial es un desastre. Y una venta de un bien de un menor en subasta judicial es absurda cuando, como estoy diciendo, la experiencia es que el 90% de la gente dice: tenemos el comprador esperando, venimos a pedir autorización; antes se tasaban los bienes y se decía: ¿cuánto vale este bien?, se autoriza a vender esta finca por este dinero en un plazo prudencial, porque dentro de dos años la autorización no sería válida. Entonces se autoriza para vender esta finca en el plazo máximo de 6 meses, en el precio de tanto, que se acreditará. Creo que entonces se garantizaba mucho más, pero hoy el juez creo que no podrá hacerlo, creo que no lo puede hacer, sinceramente.

Antonio López Millán. Magistrado.

Yo quería comentar con respeto a lo que acaban de decir que en alguna ocasión excepcional, sobre todo cuando se establece la venta con tutores el artículo 271 permite de alguna manera, cuando habla de que se autorizarán los contratos, etc, en aquellas ocasiones como acaba de decir el compañero en las que esta venta ya se ha hecho cuando vienen al Juzgado, y se ve que hay una necesidad absoluta de dinero para poder atender, se ve que no hay una defraudación y si la Fiscalía no se opone, normalmente se aprueba y se autoriza a llevar a cabo esa venta, que en realidad ya se ha hecho. En varias ocasiones lo hemos hecho y no ha habido ningún tipo de recurso y la Fiscalía, que es quien debe de velar en

estos casos, lógicamente, ha admitido la misma.

La pregunta mía es: si entonces no se desnaturaliza el requisito de la aprobación judicial, si se hace a posteriori, cuando son hechos consumados, ¿eso no podría de alguna manera facilitarse previamente?; si por ejemplo el solicitante presenta un dictamen o un informe de alguien diciendo: las condiciones en que se ofrece esta venta son óptimas, el mercado está así, y lo hace previamente y entonces el juez aprueba esa venta a esa persona en esas condiciones.

Gabriel García Cantero. Ponente.

Así se ha hecho, justificando previamente que la venta estaba acreditada y avalada por los informes; se ha visto que no había ningún tipo de fraude y la Fiscalía lo ha admitido, no se saca a pública subasta y se ha aprobado esa venta.

Honorio Romero Herrero. Notario.

Voy a hablar otra vez de la autorización judicial de la pública subasta. Cuando voy al Juzgado, Antonio, yo no estoy conforme contigo y estoy de acuerdo con el profesor García Cantero en que la intervención judicial es una intervención cautelar, y esto lo hemos estudiado siempre en todos los dictámenes que hacemos, nunca se puede conseguir la autorización judicial con posterioridad, porque se desnaturaliza, tiene que ser siempre cautelar. También estoy de acuerdo con que la Ley de 1989 estaba bien. La interpretación de la norma de forma literal está ahí y saltársela es muy fuerte. La interpretación de la norma es literal y usted dará la autorización judicial. En definitiva, la Ley de 1989 no nos la podemos saltar. Yo difiero de Rafael Martínez Díe y estoy de acuerdo con el profesor García Cantero.

Segundo, en la partición de la herencia en el caso que he puesto, no estoy conforme con la Dirección General ni contigo Rafael. No puede ser y no puede ser. Vamos a ver, el hecho de que el conflicto de intereses termina en el inventario, que es el argumento que damos siempre; no podemos decir por el conflicto de intereses que el tutor en caso de que pase de la comunidad germánica a la comunidad romana está haciendo algo que pueda perjudicar los intereses de la persona incapacitada sujeta a tutela. Es decir, la intervención judicial, en esos dos momentos que ha señalado el profesor García Cantero y que están clarísimos: autorización judicial y aprobación de la partición, parece una tomadura de pelo; mire usted, tráigame al tutor, tráigame la autorización sobre la partición y cuando hagamos la partición vamos a aprobarla otra vez; pero bueno, esto no es serio, porque con la primera aprobación ya era suficiente, esa aprobación o esa autorización ya protege los intereses del tutelado: que en el inventario se han dejado algo, pues ya se sabe... Creo por cierto que, respecto a esa resolución de la Dirección General, alguna resolución posterior o alguna sentencia ha cambiado el criterio; es que eso no se entiende, la prueba está en que las hacemos y nuestros amigos y compañeros Registradores las inscriben.

Hay un fragmento de intervención inaudible para su transcripción

Rafael Martínez Díe. Coponente.

Vamos a distinguir dos posibilidades, la práctica y la teórica. Aplicando rigurosamente el texto está claro que hay que acudir a la doble autorización. Desde un punto de vista práctico y con interpretación finalista, pero desde luego desde una interpretación declarativa y no meramente aplicativa, hay que revisar la letra de la norma; pero, como tu dices muy bien, en la aplicación de la norma primero hay que estar la interpretación literal y, desde luego, no creo que corresponda al Notariado una interpretación como diría

Mezquita del Cacho declarativa ni mucho menos, sino meramente aplicativa; hay que ceñirse a la letra de la ley, nos guste o nos disguste, ese es mi punto de vista.

Fernando Curiel Lorente. Registrador de la Propiedad.

No voy a intervenir por alusiones ni tampoco porque he visto a dos notarios enfrentados, sino lo que quiero es cambiar de tema, porque me parece que a esto le estamos dando muchas vueltas.

A mi lo que me preocupa es la tentación tan frecuente en la actualidad de legislar; es decir, que ante todo lo que se considera que está insuficientemente regulado, lo que hay que hacer enseguida es una nueva ley, a mi me preocupa mucho. Se ha dicho aquí efectivamente, con acierto probablemente, que todas las circunstancias que contiene la Compilación sobre tutela son claramente insuficientes, probablemente porque los compiladores de 1967, que en esto tampoco fueron reformados por los de 1985, pensaban que la Compilación se limitaba a establecer las peculiaridades aragonesas respecto al régimen común; y una de las sugerencias que hacía el profesor García Cantero era hacer una ley general de tutela como la que se ha hecho en Cataluña; a mi me preocupa que esas leyes hechas por Comunidades Autónomas den lugar a tantos problemas de Derecho Interregional, como los que sugería Rocío Palá, de ese menor desamparado al que ninguna Comunidad quiera amparar porque no sabe si está aquí de paso o ha nacido aquí o quién es su padre o qué autoridad familiar tendrá éste o si habrá algún familiar que le escuche. Yo, sin embargo, creo que frente a esas sugerencias, la única peculiaridad que parece que se ha destacado en esas normas, escasas normas, era el carácter familiar del organismo tutelar aragonés. ¿No será más convincente hacer extensivo el capítulo anterior, el de las relaciones personales, también a los incapaces de tal modo que esos incapacitados en vez de entrar en un sistema tutelar, van al sistema de autoridad familiar, de tal modo que siempre que haya una persona capaz de ejercer la autoridad familiar será posible establecer una autoridad familiar como la que establece el artículo 10 y al contrario, no hacer extensiva la tutela para estas situaciones, sino dejarla para el caso de que no haya familiares, en cuyo caso nos da igual que el ordenamiento aragonés piense en la Junta de Parientes, porque si no hay personas capaces de ejercer la autoridad familiar, malamente vamos a formar una Junta de Parientes que eche una mano a un tutor nombrado por el juez?. Probablemente, para esos casos que no hay autoridad familiar habrá que acudir a la tutela pública en la forma que sea, pero como sugerencia, le digo al profesor García Cantero: ¿no será más lógico que en vez de hacer otra ley nueva que, probablemente nos creará otros múltiples problemas que siempre surgen, aplicamos esto que si que es "peculio aragonés": lo de que no hay patria potestad y por tanto esto es una autoridad familiar ejercida en favor de un menor, hacerla extensiva también al incapaz y con eso hacer innecesario el capítulo de la tutela?.

Gabriel García Cantero. Ponente.

Si, por supuesto mi sugerencia era de "lege ferenda", casi un íviva Cartagena! en el sentido de sentar aquí una conclusión práctica: vamos a ser tanto como los catalanes o más que los catalanes, sólo que en Cataluña por ejemplo, no en materia de tutela, pero sí en materia de protección de menores han promulgado varias leyes, las han reformado y están constantemente reformando las leyes y eso tampoco es bueno. Me parece que la sugerencia de sacar del derecho vigente actualmente el máximo de virtualidades tiene pleno acierto, yo estoy completamente de acuerdo con esto. Pensar entre todos: de lo que ya hay, qué es lo que se puede hacer en beneficio de menores e incapacitados.

Pilar Palazón. Registradora de la Propiedad.

No quiero hablar tampoco de un tema de Registros, sino un tema que es más bien sociológico, que me preocupa porque a veces se plantea en la oficina. Yo creo que cuando pensamos en la tutela siempre pensamos en menores o menores incapacitados; parece que estemos siempre pensando en personas menores, gente joven que tiene problemas y estamos pensando siempre en la figura de padres, tíos, abuelos, etc. Yo quería darle la vuelta al problema, todos vemos muy bien la tutela con gente joven, pero ¿cómo se ve el fenómeno sociológicamente cuando se trata de personas mayores? A mi me llega un supuesto de una entidad bancaria en la que unos padres tienen el usufructo, y el hijo la propiedad, los padres son muy mayores - es la típica donación con reserva de usufructo - y en la que el padre, por desgracia, pues estaba con demencia senil. Los hijos llevan a los padres a un procedimiento judicial para que los declaren incapaces y entonces de hecho se está produciendo una situación de imposibilidad de disposición de esos bienes; a mi el representante de la entidad me llegó a decir: ¿me valdría con un certificado médico de que el señor no estaba muy en sus cabales? Que tenía problema, claro, pero, lo siento, eso registralmente no podemos admitirlo. De hecho, la tutela la estamos hablando muy fríamente, en la práctica hay muchas personas mayores con problemas que podían entrar dentro de una tutela graduada o lo que prevé el Código Civil de una situación especial; hoy por hoy a los hijos respecto a los padres nos parece muy duro; es un procedimiento que no parece duro respecto a los hijos, pero sí que resulta muy duro respecto a los padres y creo que en muchos casos se está produciendo una indisponibilidad de los bienes. Quiero apuntar el fenómeno como cosa sociológica aunque no jurídica.

Gabriel García Cantero. Ponente.

Dentro del Código Civil hay una tendencia jurisprudencial a aplicar la curatela a estas situaciones de demencia senil, de trastornos de edad, pero evidentemente exige una previa declaración de incapacidad, si no hay previa declaración de incapacidad no hay posibilidad de actuar, es decir, el supuesto de práctica indisponibilidad es real.

Tendría aplicación aquí y nadie ha comentado, en fin, la autotutela o la autocuratela, la posibilidad de que alguien, en plena lucidez, calculando que dentro de unos años, va a estar tutelado, decide nombrar él mismo a su tutor; esto, ciertamente, no es problema exclusivo de la Compilación Aragonesa sino también del Derecho Civil Español.

Hay que decir que en el derecho extranjero hay algunas posibilidades legales de esta autotutela muy aplicables a personas mayores de edad, e incluso, en el derecho francés, hay una situación de protección de mayores que no llega a ser una incapacitación y que permite solventar este caso; yo creo que este tema que se ha suscitado acerca de cuál es la mejor manera de proteger y de no impedir u obstaculizar los negocios jurídicos que hagan los hijos, que afecten al propio tutelado, merece la atención de los estudiosos y de los prácticos para buscarle soluciones.

Vicente García-Rodeja. Magistrado.

No sólo son los casos que se acaban de decir por la compañera registradora, sino que yo lo llevaría más allá. El internamiento de los mayores de edad que no están declarados incapaces en determinados momentos bordea, cuando no cae plenamente, en las situaciones protegidas por el "habeas corpus", de detenciones ilegales. Quizás el tutor pueda ordenar, dar el consentimiento para internar a un incapaz, pero internar a una persona como incapaz cuando no lo es con la privación de libertad, movimiento y condicionamiento de su vida son situaciones que rozan problemas mucho más graves que

los que se acaban de apuntar. Y por otro lado, ahí sí que deben surgir las instituciones públicas cuyo auxilio es nulo. El juez que se encuentra con un señor de 70 años que hay que encontrarle un tutor o el subnormal que lleva internado equis años en un manicomio y hay que buscarle un tutor: hay gente que lo ampara, gente que lo atiende, pero gente que no quiere ser tutor. Falla el sistema, un servicio de tutoría establecido por los entes públicos que en estos casos deben ser las Comunidades Autónomas. Igual que hay un servicio de asistencia al anciano en su casa, tener un servicio de asistencia dependiente de un tutor, un tutor público. Esto es un problema que está ahí como el de los toxicómanos; todos hablamos y nadie resuelve nada. Y el de los menores se resuelve algo, pero poco.

Gabriel García Cantero. Ponente.

Gracias por la sugerencia. Yo sugeriría el voluntariado social a cargo, por ejemplo, de los propios mayores que están jubilados y que no tienen otra cosa que hacer y que están en plena forma, entonces, que ellos fuesen los que ayudasen o tutelasen a esas personas. El problema es ciertamente real e incluso me dan un poco de miedo esas situaciones que ha invocado de internamiento, de auténtico secuestro, en residencias de ancianos, que yo no sé si son reales.

Vicente García-Rodeja. Magistrado.

Es verdad.

Gabriel García Cantero. Ponente.

Por un lado hemos modificado el Código Civil en el sentido de que todo internamiento de enfermos mentales requiere la aprobación judicial, pero quizás por otro lado se están escapando algunas situaciones.

Bien, yo no sé quien tiene que poner punto final. Yo personalmente es la primera vez que asisto a un Foro de Derecho Aragonés. He aprendido mucho, he recibido muchas sugerencias de ustedes, y es hasta posible que si algún doctorando me viene pidiendo un tema de derecho de familia, yo le plantee alguno de los que aquí se han sugerido que considero extraordinariamente importante. Muchas gracias a todos y hasta otra ocasión.

Nota aclaratoria: Veáanse las RR.D.G.R.N. de 10 de enero de 1994, 14 de marzo de 1991, 23 de julio de 1990 y 27 de enero de 1987.

Por lo que se refiere al régimen de autorización-aprobación de la partición hereditaria que prevé el art. 271.4 del C.C. me remito a lo por mí expresado, haciendo constar mi coincidencia con el análisis que realizan D. Honorio Romero y D. Galo Oria de Rueda y Elía, significando que no existe discrepancia de fondo entre la opinión vertida por tales compañeros y la mía propia (**Rafael Martínez Díe**).

