

TUTELA DEL MENOR: ASPECTOS PATRIMONIALES

JUAN CADARSO PALAU

Catedrático de Derecho Civil. Abogado*

Tutela del menor: aspectos patrimoniales

En el artículo se exponen las principales cuestiones jurídico-patrimoniales relacionadas con la tutela del menor. Se presentan los distintos intereses que concurren en las relaciones jurídico-patrimoniales a que da lugar la tutela del menor y las funciones que corresponde desarrollar al tutor. Se describen las figuras de la administración de los bienes del menor y de la representación legal del menor. Se opera una delimitación objetiva de los bienes sustraídos a la administración del tutor. Se describe cómo debe ser la actuación del tutor y se presenta el régimen de vigilancia y prohibiciones sobre esa actuación. Seguidamente se desarrollan las restricciones a la actuación del tutor y se detallan los actos del tutor que están sujetos a autorización judicial. Se concluye mediante una reflexión acerca del difícil equilibrio que existe entre la autonomía del tutor y el necesario control judicial.

Guardianship of minors: asset-related rights

This article focuses on the fundamental legal and ownership-related issues on the guardianship of minors, beginning with an examination of the diverse interests implicated in connection with ownership, guardianship of minors, and the legal responsibilities of guardians. The article examines the legal concepts of the administration of minors' assets and their legal representation and offers an objective definition of assets falling outside the legal scope of the guardian's administration. The discussion turns to an explanation of the manner in which guardians should act and it describes the supervisory framework and prohibitions in connection with such actions. The article then presents the legal restrictions on the action of the tutor and it features the actions of the tutor that are subject to judicial authorization. The article concludes by reflecting on the problematic balance between the autonomy of the guardian and the necessity of judicial control.

1 · INTRODUCCIÓN

En contraste con la más genérica regulación de los aspectos personales, la vertiente procesal de la tutela recibe en el Código Civil un tratamiento más articulado, concreto y específico: la mera comparación de los tres primeros números del artículo 269 con el contenido de los artículos 270 y siguientes permite apreciar a simple vista esa mayor intensidad regulatoria.

Si la exégesis doctrinal de los enunciados normativos puede considerarse completamente trillada, por su parte la experiencia jurisprudencial resulta muy escuálida, y escasamente significativa sobre el alcance práctico de la disciplina legal en su momento aplicativo. Tal vez no sea inútil, entre las alturas del discurso doctrinal y el suelo de una casuística apenas fecunda, esbozar otra aproximación a la materia desde una precisa perspectiva: el punto de vista eminente, a ese propósito, ha de ser el del interés¹.

2 · PLURALIDAD DE INTERESES CONCURRENTES. DIVERSIDAD DE FUNCIONES

Cabe anotar una primera observación, a propósito de la acostumbrada delimitación que, en el ámbito de la tutela, acota una materia o un aspecto patrimonial frente a la vertiente personal: se trata de una diversificación puramente instrumental o utilitaria, de dos puntos de vista de los que el legislador, primero, y el intérprete después, han de servirse para la ordenación y el estudio de una materia en el fondo inescindible, de una realidad unitaria cuya clave de arco y principio rector reside en el interés integral del menor.

Situado legislativa y formalmente en primer plano (L.O. 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, en seguimiento de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 sobre Derechos del Niño), no sin algún escepticismo o reticencia, es verdad que no se puede precisar muy bien, más allá de la abstracta enunciación, en qué consiste ese interés; pero no es menos cierto que de él se reclaman intérpretes y valedoras diferentes y competidoras instancias (familia/autoridad).

De acuerdo con ese último señalamiento, no ha de sorprender el carácter polifacético, diversificado y fragmentario que presenta la disciplina vigente, en la que asoman intereses diversos:

- a) el representado por la autoridad judicial: justamente, el seleccionado como estructurador del

* Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

¹ La indicada perspectiva, de cuya utilidad da testimonio un sugestivo trabajo del profesor italiano F. Bocchini («L'interesse del minore nei rapporti patrimoniali», *Rivista di Diritto Civile*, 2000, págs. 277 ss.), resulta por cierto conforme con la pauta marcada en nuestro Derecho por la L.O. 1/1996, cuyo artículo 2.º prima el «interés superior» de los menores sobre «cualquier otro interés legítimo» que pudiera concurrir.

modelo actual de tutela (tutela de autoridad). De evidente vertiente pública, penetra toda la regulación (art. 216);

- b) el interés familiar: no solo por ser la familia el normal escenario de desenvolvimiento de la tutela del menor (escenario en el que, por cierto, ese interés familiar se muestra a veces dividido y encontrado); también, en cuanto instancia en cierta medida ordenadora (posibilidad de designación de tutor y establecimiento de las pautas de actuación, en el doble orden personal y patrimonial: art. 223);
- c) el del disponente a título gratuito del artículo 227, a quien se reconoce un poder regulador, y que raramente será extraño al círculo familiar que se encuentra más allá del núcleo parental;
- d) cerrando el círculo, y por encima de todos los anteriores, el interés del menor: presente en los artículos 216 (las funciones tutelares se ejercerán «en beneficio del tutelado») y 224 (donde el beneficio del menor puede fundar una desviación judicial de las disposiciones paternas; previsión que cabe considerar asimismo aplicable al caso del benefactor del art. 227);
- e) en el exterior de ese círculo, en posición tangente cuando no parcialmente secante, tenemos, en fin, el interés de los terceros, o del tráfico, de innegable relevancia en la actuación sustitutiva que se produce en la esfera patrimonial de la tutela, y que se encuentra especialmente comprometido en dos momentos: el de la delimitación de los bordes de la actuación autónoma del tutor (círculo de las autorizaciones), y el de la determinación del régimen de invalidez o ineficacia de las extralimitaciones.

Pero esa situación de coexistencia, y eventual competencia, no se da solo en el plano material de los intereses. Se produce también en el plano funcional: ahí, la tensión surge entre la autonomía del tutor y la vigilancia judicial: lo que está en cuestión es el grado de control oportuno o conveniente.

El tutor, por cierto, no es meramente sujeto que «reclama» una función, sino que aparece también como portador de un interés propio, aunque a primera vista la regla de proscripción del conflicto de intereses (art. 221-2.º) incline a descartar su presencia. El interés propio del tutor emerge allí donde tiene derecho a una retribución (art. 274), y allí donde tiene derecho a una indemnización (art. 220), como casos más sobresalientes.

En otro nivel, pero también dentro de la perspectiva funcional, se puede identificar otro ámbito de tensión competencial, como es la derivada de la diversificación especializadora que introdujo la Ley 13/1983, rompiendo el principio de unidad jurídica de la tutela: tal es el caso de la tutela plural, dividida en tutela de la persona y tutela de los bienes, cuyo momento de compromiso se encuentra en la preceptiva adopción conjunta de las decisiones concernientes a ambos aspectos (art. 236-1.º). La complicación de este entramado funcional puede todavía aumentar de manera considerable si se piensa en la eventual concurrencia de un administrador de designación paterna (como parece posible sobre la base del art. 223), o del que pudiera designar el disponente a título gratuito (art. 227).

3 · LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL MENOR. EL TUTOR COMO ADMINISTRADOR LEGAL

Conforme al artículo 270 CC, el tutor único y, en su caso, el de los bienes, es el administrador legal del patrimonio del menor, y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia.

La diversificada previsión subjetiva es consecuente con la admisión de la tutela plural que previene el artículo 236.1 para el caso de que, por circunstancias especiales de orden personal o patrimonial, convenga discernir como cargos distintos un tutor de la persona y un tutor de los bienes. Para este supuesto, la norma últimamente citada dispone un criterio de actuación independiente, como regla, salvo cuando las decisiones a adoptar conciernan a ambos, en cuyo caso tales decisiones deberán ser adoptadas conjuntamente. Fácilmente se comprende que las zonas de contacto no serán raras o infrecuentes: decisiones de cierta trascendencia en el orden personal (en materia de salud, de educación, etc.) han de tener repercusión necesaria en el orden patrimonial, comprometiendo gastos o expensas que exigirán una actuación conjunta de tutor de la persona y tutor de los bienes. Con razón se ha advertido, por ello, que el tutor de la persona, sin la colaboración del tutor de bienes, mal podría cumplir con otro cometido que no fuera el del núm. 4.º del art. 269 (informar al Juez), de modo que el tutor de bienes vendrá obligado a poner a disposición de la persona los recursos precisos para el atendimiento de las necesidades personales.

3.1 · Administración y representación

Representación y gestión son, en principio, conceptos diferentes. La representación es legitimación para actuar por sustitución en la esfera jurídica ajena. El poder de decisión es previo, e independiente, respecto del estricto mecanismo de actuación jurídica en que tal decisión puede —y no necesariamente— desembocar. Pero, cuando se trata de representación legal, ambos aspectos se presentan íntimamente relacionados: el representante legal no ejecuta, en su actuar, decisiones ajenas, ni sigue instrucciones que otro le pueda impartir. Ni se concibe una actuación representativa desconectada (salvo, tal vez, en el caso de los actos jurídicos debidos) de la previa decisión sobre el interés que se actúa.

Aunque en la disciplina legal de la tutela ambas funciones se enuncien por separado, como disgregadas (por un lado, el art. 267 CC. se refiere a la condición del tutor como representante del menor; por otro, el art. 270 atribuye al tutor la administración legal del patrimonio del pupilo), debe afirmarse su complementariedad: si no necesariamente y siempre representativa, la administración es también actuación sustitutoria. Por eso, en aquellos casos en que haya nombrado un administrador especial (ya designado por los padres *ex* art. 223, ya por el disponente de bienes a título gratuito conforme al 227), podrá considerársele investido, pese al silencio de la ley, de la correspondiente representación para el ámbito de su administración, aunque sea cuestionable si se trata de una propia representación legal y, sobre todo, cómo se instrumentará en el tráfico.

3.2 · Delimitación objetiva: bienes sustraídos a la administración del tutor

En los casos que se acaban de mencionar, se sustraen a la gestión del tutor, sea único o solo de patrimonio, aquellos bienes que los padres puedan haber encomendado a un administrador distinto, al amparo del artículo 223 CC, o aquellos sobre los que el disponente a título gratuito a que se refiere el artículo 227 haya podido atribuir a la gestión de otra u otras personas. Cabe preguntar si, a diferencia del primero de tales casos (para el que ya previene el art. 224 que la autoridad judicial, motivadamente y en beneficio del menor, decida cosa diferente de lo dispuesto por los padres), en el segundo estaríamos ante un ámbito gestorio entera-

mente entregado a las instrucciones trazadas por el disponente y exento, fuera de ellas, de toda intervención. Una total inmunidad de ningún modo puede ser admitida. Lo impide, ante todo, la defensa del prevalente interés del menor: proclamada por la L.O. 1/1996 la superioridad de ese interés «sobre cualquier otro interés legítimo» que pudiera concurrir, y pese a que tal enunciado lo circunscribe el artículo 2.º a la aplicación de dicha Ley, no se ve obstáculo insuperable para la traslación de tal principio al ámbito de la tutela. En cualquier caso, con la actuación del administrador dativo concurre la tutela a la que el menor beneficiario está sometido, debiendo el tutor que la desempeñe ejercer sus funciones, que están bajo la salvaguarda de los Tribunales, en beneficio del menor (art. 216 CC): inevitablemente, pues, y al menos en todo aquello que concierna al interés personal del menor, o por tal interés resulte concernido, el administrador dativo tendrá que actuar conjunta o coordinadamente con el tutor, no menos que como lo exige el artículo 236-1.º para el caso de coexistir tutor de la persona y tutor de los bienes.

Tampoco se extenderá la administración del tutor a los bienes que con su trabajo o industria pueda adquirir el menor cumplidos los 16 años, debiendo entenderse aplicable aquí por analogía lo dispuesto en el artículo 164.3: la administración ordinaria corresponderá, pues, al propio menor; los actos que excedan de ella deberán contar con el consentimiento del tutor, y este con la autorización judicial en los casos en que sea necesaria.

En una zona dudosa se encuentran los bienes y valores que, por decisión de la autoridad judicial y conforme al artículo 265, hayan de quedar depositados en establecimiento destinado al efecto. Ciertamente, el depósito no significa, sin más, sustracción de los bienes a la administración del tutor. Pero sí es un condicionamiento o limitación de la administración. Hay ciertas zonas de claridad en cuanto a lo que el tutor puede y no puede hacer respecto de los bienes en esa situación. Parece claro que puede, y debe, velar por el cumplimiento de sus obligaciones por el depositario; que puede exigir a este las responsabilidades pertinentes; y que puede percibir los rendimientos (luego, aun restringidamente, administra). Parece igualmente claro que no podrá desbloquear el depósito: lo que no quiere decir, claro es, que no pueda promover tal medida —pero por intermedio de la autoridad judicial— si así lo aconseja la defensa de los intereses del menor. Ya no es tan claro, en cambio, que pueda el tutor dar órdenes o impartir instrucciones

al depositario. En pro de la afirmativa cabe tener en cuenta que, de otro modo, quedaría en el vacío la administración de esos bienes, sin que se halle expresamente prevista su atribución judicial a un administrador especial ni, menos aún, su asunción por la propia autoridad judicial.

3.3 · La actuación del tutor. Vigilancia. Prohibiciones

El artículo 270 CC marca al tutor el canon de la diligencia media, esto es, la de un buen padre de familia. Punto de referencia evidente para la vigilancia y el control a que ha de estar sometida la actuación del tutor, y medida también de su eventual responsabilidad, la diligencia a desplegar está específicamente funcionalizada por el fin a que sirve el cargo: el beneficio del menor, como dispone en todo caso el artículo 216 I.

La función del tutor es personal, y por tanto no delegable, lo que no excluye la posibilidad de utilizar colaboradores, que pueden muy bien ser personas o entidades dedicadas profesionalmente a la administración de patrimonios. No parece que la utilización de estos servicios precise autorización judicial (circunscrita a las previsiones de los arts. 271 y 272), ni aun cuando tenga caracteres de estabilidad o permanencia: más que de autorización, la cuestión es aquí de diligente ejercicio del cargo por el tutor, y del correspondiente control o vigilancia a que su actuación se encuentra sometida.

Vigilancia que, por cierto, desde la reforma de 1987 viene atribuida al Ministerio Fiscal (art. 232), que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado. No es difícil suponer que lo ordinario no será precisamente la actuación de oficio, sino a instancia de persona o personas interesadas, pertenecientes estas al círculo de los allegados.

El artículo 221 CC prohíbe al tutor del menor: 1) recibir liberalidades de él o de sus causahabientes mientras no se haya aprobado definitivamente su gestión; 2) representarle cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y exista conflicto de intereses; y 3) adquirir por título oneroso bienes del pupilo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Consideradas todas ellas prohibiciones absolutas, se conviene al margen de las reservas que alguna de ellas ha merecido, en su base o en su formulación desde el punto de vista de la política legislativa, en que la sanción correspondiente es la de la nulidad

absoluta e insanable del artículo 6.3 CC, aunque respecto de la tercera (adquisiciones y transmisiones onerosas) se hayan propuesto algunos temperamentos en atención al carácter eventualmente beneficioso de tales actos para el pupilo.

A propósito de la prohibición del número 2.º (representación en caso de conflicto de intereses), cabe preguntarse por el problema de las omisiones (el supuesto de la prohibición requiere «actos» representativos). No es difícil imaginar que una eventual situación de conflicto inspire una abstención del tutor, omitiendo la realización de un acto que sería necesario, oportuno o conveniente para el interés del menor. Siendo claro que no estamos aquí ante una actuación representativa que se pudiera suspender o prohibir, la omisión perjudicial en situación de conflicto no parece tener otro tratamiento posible que el propio de una cuestión de responsabilidad o remoción del tutor.

Puede observarse, por lo demás, que la prohibición del número 3.º tiene un enunciado mucho más amplio que el del artículo 1459-1.º CC, de modo que comprende, además de la compraventa, otros contratos que pueden producir también efecto traslativo, como claramente ocurre con la permuta, pero también con la sociedad y la transacción.

4 · LAS RESTRICCIONES: ACTOS SUJETOS A AUTORIZACIÓN JUDICIAL

El artículo 271 CC traza el ámbito de la actuación patrimonial del tutor sometida a autorización judicial, que es requerida para: 2.º) enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción; 3.º) renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado; 4.º) aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o repudiar esta o las liberalidades; 5.º) hacer gastos extraordinarios en los bienes; 6.º) entablar demanda en nombre del pupilo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía; 7.º) ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años; 8.º) dar y tomar dinero a préstamo; 9.º) disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado; 10.º) ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

En cuanto a los actos de enajenación y gravamen que se contemplan en el núm. 2.º, cabe referirse a la exigencia de la pública subasta que el artículo 2015 LEC 1881 (en la redacción dada por la L. de 29 de mayo de 1989) establece como condición de la autorización cuando se trate de venta. Del propio texto del precepto citado se desprende la inexigibilidad de tal condición para negocios distintos de la venta, como la permuta, dación en pago o aportación a sociedad. Con carácter más general, y en atención a la exención del requisito de la subasta que el párrafo segundo del citado artículo 2015 LEC dispensa a las enajenaciones por los padres, se ha propuesto la posibilidad de eximir también al tutor con tal de que este venda en las concretas condiciones y circunstancias marcadas por la autorización judicial: criterio razonable que, sin embargo, no parece compatible con el claro tenor de la regla contenida en el párrafo primero.

Tras la reforma introducida por la L.O. 1/1996, a la susceptibilidad de inscripción se añade la exigencia de que se trate de actos dispositivos. La expresa referencia al carácter dispositivo parece excluir las adquisiciones, por más que estas sean inscribibles. Ahora bien, fuera de este extremo, la formulación de la norma resulta muy defectuosa, y propicia a la duda, pues, por un lado, la enunciación casuística de la primera parte, definida a base de la naturaleza de los actos (enajenación, gravamen), más la de los objetos (inmuebles, etc.), parece ser claramente ajena a todo presupuesto de inscribibilidad. Pero, por otro lado, se añade esa posterior mención genérica que, mientras se circunscribía (antes de 1996) a la susceptibilidad de inscripción, parecía dar cobertura a actos de naturaleza discutible, como los arrendamientos no sujetos a prórroga forzosa. Ahora, el artículo 271-7.º exige específicamente la autorización judicial para los arrendamientos por tiempo superior a 6 años (en congruencia con el art. 1548). Cabe preguntarse por los arrendamientos de duración inferior. Estarían sujetos a autorización, si atendiéramos a su inscribibilidad (art. 2-5.º L.H., tras la reforma de 1994, respecto de cualquier arrendamiento de inmueble con independencia de su duración): pero entonces carecería de sentido propio la previsión del 271-7.º, por estar ya englobado dentro del núm. 2.º. Descartando este resultado interpretativo, hemos de conservar la utilidad del núm. 7.º, del que necesariamente resulta «a contrario» la no exigencia de autorización para arrendamientos por tiempo inferior. En este contexto, tiene pleno sentido la restricción del requi-

sito de la inscribibilidad a los actos de naturaleza dispositiva. Se trata, pues, de requisitos acumulativos. Obvio es decir que la susceptibilidad de inscripción no implica la exigencia de inscripción efectiva.

La referencia del núm. 5.º a los «gastos extraordinarios en los bienes» parece excluir, sin razón aparente que lo justifique, los que se refieran a la persona. En cualquier caso, parece oportuno advertir que, en la esfera externa, la disposición de dinero que el gasto conlleva no tendrá, ordinariamente, otro control práctico que el de la exigencia de responsabilidad al tutor (art. 285) por omisión de la diligencia exigible (art. 270). La técnica de la autorización propicia inevitables incertidumbres, perturbadoras para el tráfico, cuando el gasto se compromete mediante la celebración de un contrato cuya validez se encuentra a expensas de la verificación de un requisito construido sobre un concepto jurídico indeterminado.

En cuanto a la interposición de demanda judicial en nombre del menor, el núm. 6.º solo salva de la autorización los asuntos urgentes o de escasa cuantía, y de nuevo nos encontramos aquí con un criterio de incierta verificación y generador de inseguridad. Téngase en cuenta que, en el régimen de la LEC de 2000, la suficiencia de la representación procesal se discute y sustancia en la audiencia previa del juicio ordinario, con solo 10 días, en su caso, para subsanar, a riesgo de auto de archivo (art. 418 LEC). Téngase también en cuenta, por otro lado, que si, como oportunamente se ha advertido, la referencia a la demanda incluye la que se plantee por vía reconvenicional, la perentoriedad del término para ello justificará la consideración de la demanda reconvenicional como urgente, y exenta por ello de autorización previa, pues de otro modo faltaría tiempo suficiente para recabar y obtener la autorización. Por ello, quizá fuera más aconsejable, en el plano de las opciones de política legislativa, atender a criterios objetivos, tomando como referencia, por ejemplo, la misma frontera de los 6.000 euros que la LEC establece para separar el juicio ordinario del verbal.

En relación con los arrendamientos, a los que se refiere el núm. 7.º, la barrera entre lo obligatorio y lo dispositivo la marca la duración: los 6 años que fija el artículo 1548 CC.

La autorización para dar y tomar dinero a préstamo (art. 271-8.º) se entiende, con acierto, exigible para operaciones que, aun no siendo préstamo de dinero *stricto sensu*, impliquen sin embargo crédi-

to, como la apertura de crédito. Ahora bien, la diversidad de formas de posible manifestación del crédito, subrogado representativo de un capital real, requiere alguna precisión. Desde luego, cabe considerar exentas de autorización las operaciones bancarias que supongan disponibilidad inmediata, como los depósitos a la vista. Tratándose de imposiciones a plazo fijo, por más que en la doctrina mercantilista sea discutida su naturaleza de préstamo genuino, la jurisprudencia viene aproximando esta modalidad al mutuo, lo que sería razón para entender exigible la autorización judicial. Pero la misma operación se puede documentar en los llamados «certificados de depósito», que son título-valor: entonces, en esta forma de colocación del dinero, como en aquellas otras en que la inversión se realiza en títulos de empréstito (obligaciones, cédulas, bonos hipotecarios, etc.), prima el carácter de valor mobiliario del bien al que el derecho se incorpora; su relieve es el de «adquisiciones» de valores mobiliarios que, como tales, se sustraen al régimen de autorizaciones prevenido en el artículo 271 CC. Si la autorización no es exigible en estos supuestos, no se ve razón para que haya de serlo en el caso de una imposición a plazo fijo, por más que esta no se documente en «certificado» o título similar.

Para la partición hereditaria y la división de cosa común, el artículo 272, reformado por la L.O. 1/1996, exime de la autorización previa, pero exige la aprobación judicial posterior. Antes de 1996, el artículo 271-4.º imponía un control reduplicado, pues además de la autorización previa se exigía la aprobación posterior, lo que resultaba llamativo no solo por su redundancia, sino por su palmaria contradicción con lo dispuesto por el artículo 1060 en materia de partición hereditaria («cuando los menores o incapacitados estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la aprobación judicial»), antinomia que se optó por resolver a favor de la aplicación del artículo 271-4.º como norma posterior. Tras la reforma de 1996, quedó subsanado el sinsentido del doble control, pero no la contradicción, que subsiste, con el artículo 1060. Frente a la propuesta de inaplicar simplemente lo prevenido en el artículo 272, parece que la insistencia del legislador de 1996 en mantener la exigencia de aprobación refuerza indiscutiblemente la preferente aplicación de la norma tutelar como *lex posterior*. Hay, pues, un decidido criterio legal de reserva frente a la institución tutelar, a la que, con ocasión de los actos particionales y divisorios (no ha de pasar inadvertido que la partición de una herencia

será, en la mayoría de los casos, el episodio patrimonial más importante durante la tutela del menor), se impone un control que no juega en el caso de la representación legal paterna.

En la tramitación judicial de la autorización o aprobación exigibles, el artículo 273 CC, además de requerir la audiencia del Ministerio Fiscal, previene la del menor, preceptiva si es mayor de doce años, y facultativa (si el Juez «*lo considera oportuno*») en otro caso. En la regulación de la L.O. 1/1996, el artículo 9 consagra un régimen de audiencia del menor más laxo, en cuanto no restringido por ese límite mínimo de edad, pero por otro lado más limitado, por cuanto en el trazado de su ámbito objetivo aparece llamativamente omitida la esfera patrimonial: «*el menor —dispone el apartado 1— tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier otro procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*». El silencio de este enunciado sobre la esfera patrimonial ha sido interpretado como exclusión. Pero no resulta convincente semejante interpretación, fundada solo en la lectura del texto *a contrario*. Muy probablemente, la referencia expresa de este a la «esfera personal» no lo sea en el sentido estricto de contraposición entre lo personal y lo patrimonial (ángulo bajo el cual el silencio respecto de este último aspecto podría ciertamente suponer exclusión, aunque no dejara de valer lo dicho más arriba sobre el entrecruzamiento de ambas vertientes), sino en el sentido de contraponer o, más bien, contemplar diferenciadamente, las varias «dimensiones» vitales que integran la vida del menor: la personal, la familiar y la social. Desde esta perspectiva integral, la dimensión personal comprendería tanto lo no patrimonial como lo patrimonial, y habría fundamento para tramitar la audiencia del menor, que aquí nos ocupa, conforme a los más amplios términos del artículo 9.º L.O. 1/1996 (donde «*otras personas*» distintas del menor, pero que con él tengan «*relación de especial confianza*» —ordinariamente, de nuevo, el círculo de los familiares—, tendrán intervención posible).

La sanción que corresponde a los actos realizados sin la autorización preceptiva es la de la nulidad radical y absoluta, que es la apropiada para los actos contrarios a normas imperativas, y la adecuada al carácter necesariamente previo de la autorización; es, además, la mejor avenida con la exigencia general de seguridad de las transacciones.

5 · CONTROL JUDICIAL VERSUS AUTONOMÍA DEL TUTOR: UN DIFÍCIL EQUILIBRIO

Por acabada o perfilada que sea la disciplina reguladora del ámbito de gestión patrimonial del tutor y la franja expuesta a la incidencia del control judicial, la insuprimible plasticidad de la experiencia pone a prueba cualquier suposición de que la composición armónica de las contrapuestas exigencias (autonomía de gestión del tutor, control de la autoridad judicial) viene ya dada por el dictado legal.

Dos resoluciones de distintas Audiencias Provinciales pueden ilustrarnos sobre esa relación de tensión, y sobre la diversa manera en que cabe absolverla en el momento aplicativo.

Por un lado, la SAP. de Valencia de 22 de abril de 1997 (AC 1997/1002), que confirmó la que había dictado un Juzgado de Paterna en el extremo relativo a la remoción de los dos tutores del menor (del que eran tíos, hermanos de cada uno de los progenitores fallecidos), a causa de un hecho, reputado «grave», consistente en la realización de una importante inversión con omisión de la autorización judicial. De los poco más de 31 millones de pesetas que, recibidas en concepto de indemnizaciones por muerte y seguros de vida, integraban el caudal del menor, los tutores habían destinado 25 millones a la compra de una subparticipación en una opción de compra inmobiliaria documentada privadamente. No constan otros pormenores significativos de la operación, pero la Audiencia, rechazando el recurso en este punto, consideró «grave infracción» de los deberes de los tutores haber prescindido de la autorización judicial que el artículo 271 CC exige para «celebrar contratos o realizar actos susceptibles de inscripción». Sin entrar ahora en las reservas posibles sobre la correcta subsunción del caso, es interesante el criterio de fondo que con ocasión de ella expresa la Audiencia: «La exigencia de autorización judicial pormenorizada en los artículos 271 y 272 del CC, por una parte, entronca con el principio de salvaguarda judicial del artículo 216 del CC y, por otro, traduce el carácter ordinario y casi continuo de ese control al tutor. Las actuaciones sujetas a control entrañan una especial incidencia, actual o futura, en la vertiente patrimonial, de ahí que, aun siendo el tutor quien ostenta el deber de tomar la iniciativa y, en su caso, materializar la actuación o negocio jurídico de que se trate, será la autoridad judicial la encargada de ponderar en el procedimiento y con los auxilios que prevé el artículo 273, la necesidad, conveniencia u oportunidad de realizarlos, otorgando la autorización si

el beneficio del tutelado lo aconseja». No parece preciso subrayar de qué lado se cargan las tintas en el pasaje transcrito.

Como contraste (al menos, contraste en el plano de las declaraciones generales, omisión hecha de las singulares razones de justicia del caso), podemos ver expresado un criterio más ponderado y matizado en el auto de la A.P. de Toledo de 15 de marzo de 1999 (AC 1999/4163). Se cuestionaba la posible imputación a las tutoras (había tutela plural: tutora de persona y tutora de bienes de los menores, huérfanos por fallecimiento de los padres en accidente) de un incumplimiento de los deberes propios del cargo, por omisión de la autorización judicial para realizar ciertos gastos o pagos reputados extraordinarios (curiosamente, se trataba aquí del pago de los honorarios del abogado que había sido contratado... para promover el expediente de constitución de la tutela, así como para emprender la acusación particular y obtener el resarcimiento de daños en el procedimiento penal seguido como consecuencia del accidente que causara el fallecimiento de los padres de los menores). Dejando expresamente al margen posibles «disquisiciones» en torno a la distinción entre los conceptos de «gastos» y de «pagos», y precisando también que toda censura sobre «hipotéticos excesos» en el montante de las minutas de los profesionales (probable *punctum dolens* motivador del procedimiento) tenía otros cauces por los que sustanciarse, la Audiencia rechazó de manera contundente que tales actuaciones justificaran reprochar a las tutoras incumplimiento de los deberes del cargo o ineptitud para desempeñarlo, sin perjuicio de los controles aplicables al cumplirse con los deberes de información y la rendición de cuentas anuales. Con ocasión de ello, el tribunal hace más interesantes consideraciones acerca del principio del control judicial, y la deseable ponderación en su ejercicio práctico. Después de proclamar (fundamento jurídico primero) que es «posible, aconsejable o, incluso, necesaria, la actividad jurisdiccional (de control) posterior a la delación de la tutela, sin que, en ningún caso —puntualiza—, la adopción de tales prevenciones y cautelas deba ser recibida en sentido peyorativo, o como expresión de desconfianza sobre la honradez de quien, o quienes, ejercen el cargo tuitivo», inmediatamente después (fundamento jurídico segundo) advierte: «Pero, dicho lo anterior, una exacerbación de las medidas de control o vigilancia pugnaría (casi paradójicamente) con el interés de los tutelados. Porque el mantenimiento, en su cargo, del tutor (o de los tutores, en su caso) sería ostensiblemente perjudicial para ellos.»

He ahí la pauta. El legislador ha dispuesto, desde luego, una *tutela de autoridad*, cuyo significado primero y evidente es la sumisión del tutor a control. Como casi nunca sucede, tampoco aquí la regulación legal exime del ejercicio de la prudencia y de la ponderación: dispuesto el principio del control, la cuestión es

luego, en la práctica, de intensidad. Demasiada intensidad puede hacer demasiado oneroso o enojoso el desempeño de lo que, para el tutor, es un *deber*, y puede también propiciar una gestión patrimonial tendencialmente estática, cautelosa y retraída: y eso puede no convenir al interés del menor.