

Las Instituciones Tutelares

Capítulo 19 — Derecho Civil: Protección de menores y personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español

DERECHO DE FAMILIA

LEY 8/2021

CÓDIGO CIVIL



Índice del Capítulo

01	02	03
Fórmulas tuitivas	La tutela	Medidas de apoyo y curatela
Panorama general de las instituciones de protección de menores y personas con discapacidad tras la LAPCD.	Concepto, constitución, nombramiento del tutor, funciones, remoción y extinción.	Medidas voluntarias, poderes preventivos, curatela y defensor judicial.
04	05	
Guarda y acogimiento	Supuestos prácticos	
Situación de desamparo, tipos de acogimiento familiar y guarda de hecho.	Casos de aplicación: tutela, designación testamentaria, acogimiento y adopción.	

Fórmulas Tutivas a Favor de Menores y Personas con Discapacidad

Históricamente, las instituciones tutelares reconocidas en el artículo 215 CC (redacción dada por la Ley 13/1983) eran la **tutela stricto sensu**, la **curatela** y el **defensor judicial**. Tras la entrada en vigor de la **Ley 8/2021, de 2 de junio** (LAPCD), la frontera teórica entre estas instituciones se redefine con claridad:

Tutela

Queda limitada al ámbito de los **menores de edad no emancipados** o en situación de desamparo. Ya no se aplica a personas con discapacidad mayores de edad.

Curatela

Se integra en el concepto de «**medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica**» y limita su ámbito a las personas mayores de edad con discapacidad.

Guarda de hecho

Se configura como institución **común** a la tutela y curatela, con regulación propia en cada caso, adquiriendo rango de institución jurídica autónoma.

Defensor judicial

Mantiene su carácter **ocasional** (arts. 235 y 295 CC), siendo compatible con los restantes mecanismos tutelares.

La Tutela: Concepto y Fundamento

Relación con la patria potestad

El paralelismo entre tutela y patria potestad es evidente en cualquier época histórica. En situaciones normales, la patria potestad es suficiente para procurar la formación integral de los hijos menores. La inexistencia de patria potestad —por cualquier causa— requiere que otros órganos garanticen la atención del menor y el cuidado de sus intereses morales y patrimoniales.

La tutela, al igual que la patria potestad, consiste en una **función técnica**: el titular ostenta derechos y facultades en relación con la persona y/o bienes del menor, atribuidos en contemplación y beneficio del tutelado.

Debate sistemático

Tradicionalmente la tutela se estudia en el Derecho de familia. No obstante, en las últimas décadas del siglo pasado, autores muy autorizados defendieron su integración en el Derecho de la persona, dado que el régimen jurídico de la curatela (arts. 268 a 294 CC) es aplicable **supletoriamente** a la tutela (art. 224), y al defensor judicial del menor se aplican supletoriamente las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad (art. 236 CC).

Naturaleza funcional

La tutela no confiere derechos subjetivos al tutor en beneficio propio, sino que le impone una **función** orientada exclusivamente al interés del tutelado, con plena supervisión judicial.

La Constitución de la Tutela

El Código civil parte de la idea de que la constitución de la tutela puede ser consecuencia de que los propios parientes o personas relacionadas con el futuro tutelado pongan los hechos en conocimiento de la autoridad judicial. Sin embargo, no solo pueden promoverla: **están obligados a hacerlo**.

Art. 206 CC — Obligación de promover la tutela

«Estarán obligados a promover la constitución de la tutela, desde el momento en que conocieran el hecho que la motivare, los parientes llamados a ella y la persona física o jurídica bajo cuya guarda se encuentre el menor y, si no lo hicieren, serán responsables solidarios de la indemnización de los daños y perjuicios causados.» La inactividad puede generar responsabilidad indemnizatoria a favor del tutelado o de terceros.

Art. 207 CC — Denuncia por cualquier persona

«Cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o de la autoridad judicial el hecho determinante de la tutela, a fin de que se dé inicio al expediente.» A partir de ese momento, la eventual responsabilidad del poder judicial exonera a los obligados del art. 206.

Arts. 208–210 CC — Constitución judicial

La autoridad judicial constituye la tutela mediante **expediente de jurisdicción voluntaria** (art. 208). El Ministerio Fiscal ejerce la vigilancia de oficio o a instancia del menor o cualquier interesado, pudiendo exigir al tutor información sobre la situación del menor en cualquier momento (art. 209). La autoridad judicial puede establecer medidas de vigilancia y control adicionales (art. 210).

El Nombramiento del Tutor

Orden de preferencia para tutor individual (art. 213 CC)

El juez debe atender al siguiente orden de preferencia, reformado por la LAPCD:

1

Designación parental

La persona o personas designadas por los progenitores en **testamento o documento público notarial** (art. 201 CC). Los padres pueden designar tutores, establecer órganos de fiscalización y ordenar disposiciones sobre la persona o bienes de sus hijos menores.

2

Ascendiente o hermano

El ascendiente o hermano que designe la **autoridad judicial**, en defecto de designación parental o cuando el interés superior del menor así lo exija.

📌 **Límite judicial:** Las designaciones parentales vinculan al juez (art. 202), salvo que el **interés superior del menor** exija otra cosa, en cuyo caso dictará resolución motivada. Excepcionalmente, el art. 213.2 permite alterar el orden o prescindir de todas las personas mencionadas. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor. El autor considera este resultado legislativo «desafortunado y excesivo» cuando contradice la voluntad expresa de los progenitores en documento público.

Tutela Conjunta o Plural

El artículo 218 CC establece que la tutela se ejercerá por un solo tutor, salvo en los siguientes supuestos:

1

Separación persona/bienes

Cuando convenga separar el cargo de **tutor de la persona** y el de **tutor de los bienes**, actuando cada uno independientemente en su ámbito, aunque las decisiones que conciernan a ambos deberán tomarse conjuntamente.

2

Cónyuge del tutor

Si se designa tutor a alguien respecto de los hijos de su hermano y se considera conveniente que también ejerza la tutela el **cónyuge del tutor** o persona en análoga relación de afectividad.

3

Designación plural parental

Cuando los progenitores hayan designado en testamento o documento público notarial **más de un tutor** para que ejerzan la tutela conjuntamente.

Ejercicio solidario

Cualquiera de los tutores designados puede llevar a cabo, de forma **individual**, los actos propios del desempeño de la tutela como si los restantes no existieran. Solo procede si los progenitores lo hubieren dispuesto expresamente (art. 219).

Ejercicio conjunto

Todos los tutores deben participar en la adopción de decisiones conforme al principio de **mayoría simple**. A falta de acuerdo, el juez resuelve sin ulterior recurso. Si los desacuerdos son reiterados y entorpecen gravemente la tutela, el juez puede reorganizarla o proveer nuevo tutor (art. 219). El cese de alguno de los tutores no extingue la tutela, que subsiste con los restantes (art. 221).

Requisitos del Tutor: Causas de Inhabilidad

Personas jurídicas (art. 212)

Pueden ser tutores las **fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro**, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la protección y asistencia de menores.

Personas físicas (art. 211)

Podrán ser tutores todas las personas físicas que, a juicio de la autoridad judicial, cumplan las **condiciones de aptitud suficientes** y en ellas no concurra causa de inhabilidad.

Inhabilidades absolutas (art. 216)

- Los privados o suspendidos judicialmente en el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda y protección.
- Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior.

Prohibiciones judiciales (art. 217)

La autoridad judicial no podrá nombrar a:

- Quien haya sido excluido por los progenitores del tutelado.
- Quien haya sido condenado en sentencia firme por delito que haga suponer que no desempeñará bien la tutela.
- Al administrador sustituido en sus facultades durante procedimiento concursal.
- A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso (salvo tutela solo de la persona).
- A quien tenga conflicto de intereses con el tutelado.

La excusa del cargo (art. 200 y 279)

Las funciones tutelares constituyen un **deber**. No obstante, existen motivos de excusa, regulados en el art. 279 (aplicable por remisión del art. 223), que se estudiarán al tratar la curatela.

Funciones y Obligaciones del Tutor



Inventario y fianza (arts. 284–286)

Aunque desaparecidas de la nueva redacción del Capítulo I del Título IX, su vigencia resulta indudable por la remisión del art. 224 a las normas de la curatela. El tutor con facultades representativas debe hacer inventario del patrimonio del tutelado en el plazo de **60 días** desde la toma de posesión.



Representación y autorización judicial (art. 225)

El tutor es representante del menor, salvo para actos que este pueda realizar por sí solo. Para actos patrimoniales relevantes (arts. 287–290, aplicables por remisión del art. 224) se requiere **autorización judicial previa**: enajenación de inmuebles, disposición gratuita de bienes, renuncia de derechos, aceptación de herencias sin beneficio de inventario, entre otros.



Contenido personal (arts. 227–228)

El tutor ejerce su cargo en interés del menor, con respeto a su personalidad y derechos. Está obligado a: velar por él y procurarle alimentos; educarlo y procurarle formación integral; promover su inserción social; administrar su patrimonio con diligencia; informar anualmente a la autoridad judicial; y oír al menor antes de adoptar decisiones que le afecten.



Remuneración del tutor (art. 229)

El tutor tiene derecho a retribución siempre que el patrimonio del menor lo permita, así como al reembolso de gastos justificados, con cargo al patrimonio del tutelado. La autoridad judicial fija el importe y modo de percepción, teniendo en cuenta el trabajo a realizar y el valor y rentabilidad de los bienes. Los progenitores pueden establecer previsiones al respecto, modificables judicialmente.

Remoción del Tutor y Extinción de la Tutela

Remoción del tutor (art. 223)

La remoción equivale a la **destitución del tutor** sin extinción de la tutela, que subsiste con la necesidad de nombrar uno nuevo. Las causas y procedimientos son los mismos que para la curatela (art. 278). El menor con suficiente madurez tiene legitimación activa para iniciar el procedimiento; si es mayor de 12 años, su madurez se presupone y es preceptiva su audiencia.

Extinción de la tutela (art. 231)

La tutela se extingue por:

- Mayoría de edad, emancipación o concesión del beneficio de la mayoría de edad.
- Adopción del menor.
- Muerte o declaración de fallecimiento del menor.
- Recuperación de la patria potestad por su titular o desaparición de la causa que impedía ejercerla.

También cesa por fallecimiento del tutor (en cuyo caso sus herederos quedan obligados a rendir cuentas) o, en el caso de menor extranjero no acompañado, por abandono voluntario del centro y paradero desconocido (SAP Cáceres, 29/2015).

Rendición de cuentas y responsabilidad (arts. 232–234)

→ **Cuenta general justificada** ante la autoridad judicial en el plazo de **3 meses** desde el cese (prorrogables por justa causa). La acción para exigirla prescribe a los **5 años** desde la terminación del plazo (art. 232).

→ El **saldo de la cuenta** devenga el interés legal a favor o en contra del tutor, según corresponda (art. 233). Los gastos de rendición son a cargo del patrimonio del tutelado.

→ **Responsabilidad por daños** causados al menor por culpa o negligencia del tutor. La acción prescribe a los **3 años** desde la rendición final de cuentas (art. 234).

Las Medidas de Apoyo a las Personas con Discapacidad

Concepto y principios (art. 249 CC)

La idea central de la LAPCD es el **apoyo** a la persona que lo precise, abarcando desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación, el consejo, hasta — solo de forma excepcional— la representación en la toma de decisiones. Las medidas deben ajustarse a los principios de **necesidad y proporcionalidad**, respetando la dignidad y los derechos fundamentales de la persona. Las de origen legal o judicial solo proceden en defecto o insuficiencia de la voluntad de la propia persona.

Medidas voluntarias

Establecidas por la propia persona con discapacidad, que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance, pudiendo incluir salvaguardas necesarias.

Guarda de hecho

Medida **informal** de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

Curatela

Medida **formal** de apoyo para quienes precisen apoyo de modo continuado. Su extensión se determina en resolución judicial.

Defensor judicial

Medida formal de apoyo para necesidades de apoyo **ocasionales**, aunque sean recurrentes.

- ❏ **Prohibiciones comunes (art. 251):** Quienes desempeñen medidas de apoyo no podrán recibir liberalidades del apoyado (salvo regalos de costumbre), actuar con conflicto de intereses, ni adquirir bienes del apoyado por título oneroso. Tampoco podrán ejercer medidas de apoyo quienes, en virtud de relación contractual, presten servicios asistenciales o residenciales a la persona que precisa el apoyo.

Medidas Voluntarias de Apoyo y Poderes Preventivos

Medidas voluntarias (arts. 254–255)

Para menores sujetos a patria potestad o tutela, cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que precisarán apoyo, la autoridad judicial podrá acordar la medida de apoyo correspondiente para cuando concluya la minoría de edad (art. 254). Esta disposición cubre el vacío normativo producido por la desaparición de la patria potestad prorrogada (antiguo art. 171 CC).

La persona mayor de edad o menor emancipada puede prever en **escritura pública** medidas de apoyo relativas a su persona o bienes, establecer el régimen de actuación, salvaguardas contra abusos y mecanismos de revisión (art. 255). El Notario comunicará de oficio el documento al Registro Civil.

Poderes y mandatos preventivos (arts. 256–261)

El poderdante puede incluir una cláusula de **subsistencia** del poder para el caso de que en el futuro precise apoyo (art. 256), o bien otorgarlo solo para ese supuesto. Para acreditar la situación de necesidad se estará a las previsiones del poderdante, pudiendo otorgarse acta notarial con informe pericial (art. 257).

El cese de la convivencia con el cónyuge o pareja de hecho produce la **extinción automática** del poder, salvo voluntad contraria del otorgante. Cualquier persona legitimada puede solicitar judicialmente la extinción si concurre causa de remoción del curador (art. 258). Los poderes han de otorgarse en **escritura pública** y comunicarse al Registro Civil (art. 260). El ejercicio de las facultades representativas es personal; las relativas a la protección de la persona no son delegables (art. 261).

Publicidad de las Medidas Tutelares

Registro Civil (art. 300 CC)

Las resoluciones judiciales y los documentos públicos notariales sobre los **cargos tutelares y medidas de apoyo** a personas con discapacidad habrán de inscribirse en el Registro Civil. Esta inscripción garantiza la publicidad y oponibilidad frente a terceros de las medidas adoptadas, tanto de origen judicial como voluntario.

Comunicación notarial de oficio

El Notario autorizante está obligado a comunicar **de oficio y sin dilación** al Registro Civil:

- Los documentos públicos que contengan medidas de apoyo voluntarias (art. 255).
- Los poderes y mandatos preventivos (art. 260).

La constancia en el registro individual del otorgante garantiza la coherencia del sistema y evita la coexistencia de medidas incompatibles o contradictorias.

SECCIÓN 7

La Curatela: Concepto y Fundamento

Conforme a la Exposición de Motivos de la LAPCD, la curatela es «la **principal medida de apoyo de origen judicial** para las personas con discapacidad, cuya finalidad es la asistencia, apoyo y ayuda en el ejercicio de su capacidad jurídica». Como principio de actuación, la curatela será primordialmente de naturaleza **asistencial**; solo de manera excepcional podrá atribuirse al curador funciones representativas.

Al contrario de lo que había sido una constante en nuestro Derecho histórico, la curatela asume en la nueva normativa un papel **principal y preponderante** frente a la tutela —relegada a la minoría de edad—, lo que se corrobora por las constantes remisiones que en sede de tutela se hacen a la normativa reguladora de la curatela.

Constitución de la Curatela

Resolución motivada (art. 269)

La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente.

Determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador, fijándolos de manera **precisa** e indicando cuáles requieren representación. En ningún caso podrá incluir la mera privación de derechos.

Medidas de control (art. 270)

La autoridad judicial establecerá medidas de control para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona apoyada, y para evitar abusos y conflictos de intereses. Las resoluciones deben revisarse periódicamente cada **3 años** (ampliables excepcionalmente a 6). El Ministerio Fiscal puede recabar información en cualquier momento.

La autocuratela (arts. 271–274)

Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada puede proponer en **escritura pública** el nombramiento o exclusión de personas para el ejercicio de la curatela, así como establecer disposiciones sobre su funcionamiento, cuidado personal, administración de bienes, retribución del curador y medidas de vigilancia (art. 271). Estas disposiciones vinculan a la autoridad judicial, salvo que existan circunstancias graves desconocidas por el otorgante o alteración de las causas expresadas (art. 272). Cabe nombrar sustitutos al curador y delegar en el cónyuge la elección del curador entre los relacionados en escritura pública (arts. 273–274).

El Curador: Nombramiento, Excusa y Remoción

Quiénes pueden ser curadores (art. 275.1)

Personas mayores de edad aptas para el adecuado desempeño de su función, y fundaciones y personas jurídicas sin ánimo de lucro entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a personas con discapacidad.

Inhabilidades (art. 275.2 y 275.3)

No podrán ser curadores quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo, los privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, o los removidos de tutela, curatela o guarda anterior. Tampoco, salvo circunstancias excepcionales motivadas, quienes hayan sido condenados por delito relevante, tengan conflicto de intereses, o sean administradores sustituidos en procedimiento concursal.

Orden de nombramiento (art. 276)

En defecto de propuesta de la persona que precisa apoyo: cónyuge conviviente; hijo o descendiente conviviente; progenitor o ascendiente conviviente; persona designada en testamento o documento público; guardador de hecho; hermano, pariente o allegado conviviente; persona jurídica habilitada.

Remoción (art. 278)

Serán removidos los curadores que incurran en causa legal de inhabilidad sobrevenida, se conduzcan mal en su desempeño, sean notoriamente ineptos o cuando surjan problemas de convivencia graves y continuados. La autoridad judicial puede suspender al curador durante la tramitación del expediente y nombrar un defensor judicial provisional.

Excusa (art. 279)

Es excusable el desempeño si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad. El interesado debe alegar la excusa en el plazo de **15 días** desde el conocimiento del nombramiento. Mientras se resuelve, el nombrado está obligado a ejercer su función. Las personas jurídicas privadas pueden excusarse cuando carezcan de medios suficientes o las condiciones no sean acordes con sus fines estatutarios (art. 279).

Retribución (art. 281)

El curador tiene derecho a retribución si el patrimonio de la persona con discapacidad lo permite, así como al reembolso de gastos justificados y a la indemnización de daños sufridos sin culpa en el ejercicio de su función.

Ejercicio de la Curatela

El curador está obligado a mantener **contacto personal** con la persona apoyada, desempeñar sus funciones con diligencia, asistirle respetando su voluntad, deseos y preferencias, y fomentar que pueda ejercer su capacidad con menos apoyo en el futuro (art. 282).

Actos que requieren autorización judicial (art. 287)

- Actos de trascendencia personal o familiar cuando la persona no pueda realizarlos por sí misma.
- Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles, bienes de especial significado personal o familiar, muebles de extraordinario valor, valores mobiliarios no cotizados; dar inmuebles en arrendamiento por más de 6 años.
- Disponer a título gratuito de bienes o derechos, salvo los de escasa relevancia económica y sin especial significado personal.
- Renunciar derechos, transigir o someter a arbitraje (salvo escasa relevancia económica o arbitraje de consumo).
- Aceptar herencias sin beneficio de inventario o repudiarlas; hacer gastos extraordinarios; interponer demanda (salvo urgencia o escasa cuantía); dar o tomar dinero a préstamo; celebrar contratos de seguro de vida de cuantía extraordinaria.

📄 **Art. 289:** La partición de herencia o división de cosa común realizada por el curador representativo no requiere autorización previa, pero sí **aprobación judicial posterior**. Antes de autorizar o aprobar cualquier acto, la autoridad judicial oirá al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo (art. 290).

Extinción de la Curatela y Rendición de Cuentas

Causas de extinción (art. 291)

La curatela se extingue de pleno derecho por la **muerte o declaración de fallecimiento** de la persona con medidas de apoyo. También por resolución judicial cuando ya no sea precisa esta medida o cuando se adopte una forma de apoyo más adecuada.

Rendición de cuentas (arts. 292–294)

Al cesar, el curador debe rendir la **cuenta general justificada** en el plazo de 3 meses (prorrogables). La acción para exigirla prescribe a los **5 años** desde la terminación del plazo. El saldo devenga el interés legal a favor o en contra del curador. Los gastos de rendición son a cargo del patrimonio de la persona apoyada.

La aprobación judicial de las cuentas no impide el ejercicio de acciones recíprocas entre curador y persona con discapacidad o sus causahabientes. El curador responde de los daños causados por culpa o negligencia; la acción prescribe a los **3 años** desde la rendición final de cuentas (art. 294).

El Defensor Judicial

Defensor judicial de personas con discapacidad (arts. 295–298)

Se caracteriza por ser un cargo tuitivo **ocasional o esporádico**, compatible con los restantes mecanismos tutelares. Procede su nombramiento cuando:

- Quien deba prestar apoyo no pueda hacerlo temporalmente.
- Exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y quien deba prestarle apoyo.
- Durante la tramitación de la excusa del curador, si la autoridad judicial lo considera necesario.
- Se haya promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo y sea necesario administrar los bienes hasta la resolución.
- La persona con discapacidad requiera apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

La autoridad judicial nombrará al más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona (art. 295). Se le aplican las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador (art. 297). Una vez realizada su gestión, debe rendir cuentas (art. 298).

Defensor judicial del menor (arts. 235–236)

Procede su nombramiento en los siguientes casos:

- Cuando exista conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales.
- Cuando el tutor no desempeñe sus funciones, hasta que cese la causa o se designe otra persona.
- Cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los arts. 247 y 248 y quienes deban prestarlo no puedan hacerlo o exista conflicto de intereses.

Le son aplicables las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad (art. 236). Ejerce su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos.

SECCIÓN 9

Guarda y Acogimiento de Menores

La protección del menor en situación de desamparo ha merecido reiterada atención del legislador. La **Ley 21/1987** introdujo el acogimiento de menores; la **LO 1/1996** reformó profundamente la materia; y la **Ley 26/2015 (LPIA)** y la **LO 8/2015** constituyen la regulación actualmente vigente.



La Situación de Desamparo

Según el artículo 172.1.2 CC, «se considera como situación de desamparo la 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».

A) La guarda del menor (art. 172 bis)

Los progenitores o tutores que, por **circunstancias graves y transitorias** debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar a la Entidad Pública que asuma su guarda durante el tiempo necesario, con un plazo máximo de **2 años** (prorrogable excepcionalmente). Transcurrido el plazo, el menor debe regresar con sus progenitores o ser declarado en situación legal de desamparo. La entrega voluntaria se hará por escrito, dejando constancia de que los progenitores han sido informados de las responsabilidades que mantienen. La Entidad Pública también asumirá la guarda cuando lo acuerde el juez o en casos de necesidad de atención inmediata.

B) La tutela automática (art. 172.1)

Cuando la Entidad Pública constate que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por **ministerio de la ley** la tutela del mismo y debe adoptar las medidas de protección necesarias, notificándolo al Ministerio Fiscal y, en su caso, al juez. La resolución se notificará a los progenitores y al menor (si tiene suficiente madurez o es mayor de 12 años) en el plazo máximo de **48 horas**. Su efecto fundamental es la **suspensión de la patria potestad o tutela ordinaria**. Durante los 2 años siguientes a la notificación, los padres pueden oponerse a las decisiones adoptadas y solicitar la revocación del desamparo; transcurrido ese plazo, pierden este derecho, aunque siempre pueden informar al Ministerio Fiscal de cambios en las circunstancias (art. 172.2).

El Acogimiento de Menores y sus Tipos

Conforme al artículo 172 ter CC, la guarda se realizará mediante **acogimiento familiar** y, no siendo posible o conveniente para el interés del menor, mediante **acogimiento residencial**. Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma persona o institución. La situación del menor en relación con su familia de origen será revisada al menos cada **6 meses**.

Acogimiento de urgencia

Principalmente para menores de **6 años**. Duración no superior a **6 meses**, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.

Acogimiento temporal

Carácter transitorio: bien porque se prevea la reintegración del menor en su familia, bien en tanto se adopta una medida más estable. Duración máxima de **2 años**, salvo prórroga por previsible e inmediata reintegración familiar.

Acogimiento permanente

Se constituye al finalizar el plazo de 2 años de acogimiento temporal cuando no sea posible la reintegración, o directamente en casos de menores con necesidades especiales. La Entidad Pública puede solicitar al juez que atribuya a los acogedores permanentes facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades.

Acogimiento residencial

Integración del menor en un **centro público o privado** de protección de menores, ejercido por el Director o responsable del centro conforme a la legislación de protección de menores.

Efectos y Cese del Acogimiento Familiar

Efectos del acogimiento (art. 173)

El acogimiento familiar produce la **plena participación del menor en la vida de familia** e impone al acogedor las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo. En el caso de menor con discapacidad, deberá continuar con los apoyos especializados que viniera recibiendo.

El acogimiento requiere el **consentimiento de los acogedores y del menor** si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de 12 años.

Cese del acogimiento familiar (art. 173.4)

El acogimiento familiar cesa:

- Por resolución judicial.
- Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, progenitores, tutores, acogedores o del propio menor con suficiente madurez.
- Por muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores.
- Por la mayoría de edad del menor.

Si surgieren problemas graves de convivencia, cualquiera de los interesados puede solicitar a la Entidad Pública la remoción de la guarda. Todas las actuaciones de formalización y cesación del acogimiento se practicarán con la obligada **reserva**.

La Guarda de Hecho

Guarda de hecho de personas con discapacidad (arts. 263–267)

La EM de la Ley 8/2021 refuerza la guarda de hecho, que deja de ser una situación meramente provisional para convertirse en una **institución jurídica de apoyo** cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad (art. 263).

Para actos representativos, el guardador debe obtener **autorización judicial** mediante expediente de jurisdicción voluntaria (art. 264). No es necesaria para solicitar prestaciones económicas sin cambio significativo en la forma de vida, ni para actos jurídicos de escasa relevancia económica y sin especial significado personal.

La autoridad judicial puede requerir al guardador en cualquier momento para que informe de su actuación y puede exigirle rendición de cuentas (art. 265). El guardador tiene derecho al reembolso de gastos justificados y a la indemnización por daños derivados de la guarda (art. 266).

Extinción (art. 267)

- Cuando la persona apoyada solicite que el apoyo se organice de otro modo.
- Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.
- Cuando el guardador desista, previo aviso a la entidad pública competente.
- Cuando la autoridad judicial lo considere conveniente a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo.

Guarda de hecho de los menores (arts. 237–238)

La LAPCD regula diferenciadamente la guarda de hecho del menor, acentuando la nota de **provisionalidad**. Cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, podrá requerirle para que informe de la situación del menor y sus bienes, y establecer medidas de control y vigilancia.

Cautelarmente, mientras se mantenga la situación de guarda de hecho y hasta que se constituya la medida de protección adecuada, se podrán otorgar judicialmente **facultades tutelares** a los guardadores, o constituir un acogimiento temporal siendo acogedores los guardadores.

Procederá la declaración de situación de desamparo cuando, además de la guarda de hecho, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia del art. 172. En los demás casos, el guardador de hecho podrá promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento de tutor (art. 237).

Con carácter supletorio, se aplican a la guarda de hecho del menor las normas de la guarda de hecho de las personas con discapacidad (art. 238).

Mapa Conceptual: Las Instituciones Tutelares



Supuestos Prácticos

Caso 1: Guarda de hecho de los abuelos

José y Carmen fallecen en accidente de tráfico. Su hijo de 8 años queda ileso. Los abuelos maternos se hacen cargo espontáneamente del menor. ¿Es posible? ¿Ante qué figura tuitiva nos encontramos?

Solución: Sí es posible. Los abuelos maternos están ejerciendo una **guarda de hecho** (art. 237 CC), figura que la LAPCD ha reforzado como institución jurídica de apoyo. Al tener conocimiento de la situación, la autoridad judicial podrá requerirles para que informen sobre la situación del menor y sus bienes, y podrá otorgarles cautelarmente facultades tutelares. Sin embargo, dado que el menor ha quedado sin patria potestad, lo procedente es que los abuelos —o el Ministerio Fiscal— promuevan la constitución de la **tutela** (art. 206 CC), siendo los abuelos ascendientes preferidos en el orden del art. 213.2. La guarda de hecho es una situación provisional hasta que se constituya la medida de protección adecuada.

Supuesto Práctico: Designación Testamentaria de Tutor

Un matrimonio designa en testamento como tutor de su hijo menor a un amigo de toda la vida, no familiar. Ambos fallecen en accidente. ¿Es válida la designación?

Solución: Sí, la designación es **válida**. El artículo 201 CC permite expresamente a los progenitores designar tutor en testamento o documento público notarial, sin restricción de que deba ser familiar. El artículo 213.1 establece que se preferirá «a la persona o personas designadas por los progenitores en testamento o documento público notarial», lo que otorga **preeminencia a la voluntad parental**.

No obstante, esta designación **no es absolutamente vinculante** para el juez: conforme al artículo 202, vinculará a la autoridad judicial al constituir la tutela, «salvo que el interés superior del menor exija otra cosa, en cuyo caso dictará resolución motivada». Excepcionalmente, el art. 213.2 permite alterar el orden o prescindir de las personas designadas si el interés superior del menor así lo exigiere. El autor considera este resultado legislativo desafortunado cuando contradice la voluntad expresa de los progenitores en documento público.

Supuesto Práctico: Suspensión de la Función Tutelar

Petronila es tutora de Francisca, menor de edad. Le detectan una grave enfermedad que le impedirá ejercer sus funciones tutelares durante un largo período. ¿Qué debe hacer?

Solución: Petronila se encuentra ante una causa de **excusa sobrevenida** del cargo tutelar. Conforme al artículo 279 CC (aplicable a la tutela por remisión del art. 223), podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela cuando le sobrevengan motivos de excusa durante su desempeño. Deberá comunicarlo a la autoridad judicial en cuanto tenga conocimiento de la causa sobrevenida.

Mientras la autoridad judicial resuelve sobre la excusa, Petronila está obligada a continuar ejerciendo su función. Si no pudiera hacerlo y fuera necesaria una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un **defensor judicial** que la sustituya temporalmente (art. 279). Si la excusa es admitida, se procederá al nombramiento de un **nuevo tutor** conforme al orden de preferencia del art. 213 CC. Petronila deberá rendir cuentas de su administración al cesar en sus funciones (art. 232).

Supuesto Práctico: Acogimiento y Adopción

Marc Ostarvic, 25 años, lleva mucho tiempo acogido por Marisa, 56 años, que lo cuida como un hijo propio. Marisa quiere adoptarlo. ¿Es posible?

Solución: La adopción de Marc por Marisa **no es posible** en las circunstancias descritas, por las siguientes razones:

- **Mayoría de edad del adoptando:** Marc tiene 25 años. La adopción de mayores de edad o menores emancipados solo es posible si, durante la minoría de edad del adoptando, hubiera existido una situación de acogimiento o convivencia estable con el adoptante (art. 175.2 CC).
- **Diferencia de edad:** El artículo 175.1 CC exige que el adoptante tenga, como mínimo, 25 años y que sea al menos **16 años mayor** que el adoptado. Marisa tiene 56 años y Marc 25, lo que supone una diferencia de 31 años, cumpliendo este requisito.
- **Condición de acogimiento previo:** Si Marc estuvo acogido por Marisa durante su minoría de edad, la adopción sería posible. Si el acogimiento comenzó cuando Marc ya era mayor de edad, no concurre el presupuesto legal.

En definitiva, la viabilidad depende de si el acogimiento se inició durante la minoría de edad de Marc. Si así fue, la adopción es posible; en caso contrario, no lo es.

Supuesto Práctico: Legatario Menor de Edad e Institución Tutelar

Juan Enríquez instituye heredero a su hijo Eugenio y lega la mitad del tercio de mejora a su nieto Alberto, de 5 años. ¿Quién representa a Alberto en la partición de la herencia?

Solución: Alberto, de 5 años, es menor de edad y carece de capacidad de obrar plena, por lo que necesita representación legal en la partición hereditaria. La representación corresponde, en principio, a quien ostente la **patria potestad** sobre él, que normalmente será su madre Esperanza (o ambos progenitores si conviven).

Sin embargo, existe un **conflicto de intereses** relevante: Esperanza es también legataria de la tercera parte del tercio de libre disposición, lo que la sitúa en una posición potencialmente contraria a los intereses de Alberto en la partición. Conforme al artículo 235.1 CC, cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre el menor y sus representantes legales, procede el nombramiento de un **defensor judicial del menor**.

Por tanto, deberá nombrarse un defensor judicial que represente a Alberto en la partición de la herencia, protegiendo sus intereses frente al posible conflicto con su madre Esperanza. El defensor judicial ejercerá su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos (art. 236 CC).

Síntesis y Conclusiones del Capítulo

1

Reforma estructural (LAPCD 2021)

La Ley 8/2021 redefine el sistema tutelar: la tutela queda para menores, la curatela asistencial se convierte en la medida principal para personas con discapacidad, y la guarda de hecho adquiere rango de institución jurídica autónoma.

2

Principio de apoyo y autonomía

El nuevo sistema se basa en el apoyo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona, con carácter representativo solo de forma excepcional. Las medidas deben ser necesarias y proporcionales.

3

Interés superior del menor

En toda la regulación de la tutela, el acogimiento y la guarda de menores, el interés superior del menor actúa como criterio rector que puede incluso prevalecer sobre la voluntad expresa de los progenitores.

4

Control judicial y fiscal

Todas las instituciones tutelares quedan bajo la salvaguardia de la autoridad judicial y la vigilancia del Ministerio Fiscal, garantizando la protección efectiva de los intereses de los tutelados y personas apoyadas.