

**DOS ASPECTOS DEL EJERCICIO DE LA TUTELA POR LAS  
PERSONAS JURIDICAS: RESPONSABILIDAD EL EJERCICIO DE  
LA FUNCIÓN TUTELAR Y REGULACIÓN LEGAL DE SUS  
RETRIBUCIONES.**

**Cristóbal Fco. Fábrega Ruiz.**

Fiscal coordinador de la Sección Civil y de Protección a las PcD y  
Apoyos.

Fiscalía Provincial de Jaén.

## **A.- LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS INSTITUCIONES TUTELARES**

### **I.- Introducción.-**

Uno de los principales problemas que se nos plantean en nuestro trabajo diario es el de lograr personas que se hagan cargo de la tutela lo que no siempre es fácil. En esta dificultad pesa mucho la preocupación de los padres y tutores por la responsabilidad que pudiera derivar para sus propios patrimonios de los hechos realizados por el incapaz, sobre todo cuando las posibilidades de control sobre él son limitadas. Esto alcanza también a las instituciones tutelares. En muchas ocasiones nos manifiestan dicha preocupación y he de reconocer que es difícil darles una explicación clara que solvete las dudas al respecto ya que la materia, aunque parece resuelta.

La tarea de acercarnos a este problema no es fácil. Son pocos los pronunciamientos jurisprudenciales, existiendo, además, posturas contradictorias<sup>1</sup>. Los planteamientos jurisprudenciales, como veremos, chocan en más de una ocasión con la regulación general de la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico. Todo ello hace que el aproximarse a esta materia no deje de tener algo de reto y de dificultad. Por ello, no podemos considerar nada de lo aquí expuesto como un planteamiento cerrado, sino como el punto de partida de una reflexión colectiva.

### **II.- Breves nociones generales sobre la responsabilidad civil en nombre de otro.-**

Aunque no pretendemos tratar todos los aspectos que afectan a la responsabilidad civil en general y a la particular en nombre de otro, si queremos esbozar unas líneas generales que nos sirvan de punto de partida a la problemática planteada.

Debemos partir del principio general de que nadie debe causar daño a otro y, si esto ocurre efectivamente la persona causante del mismo deberá reparar el perjuicio causado, lo que se hará de distinta forma dependiendo de la esfera, civil o penal, en que el daño se cause. Así en el campo de los ilícitos penales la reacción será fundamentalmente sancionadora – y ello sin perjuicio de que den lugar también a la reparación del daño causado-, mientras que en el de los ilícitos civiles la misma será eminentemente reparadora.

El fundamento esencial de esta responsabilidad civil puede encontrarse en tres explicaciones distintas:

1.- En primer lugar, y siguiendo la llamada teoría clásica de la culpa, podemos decir que el autor del daño ha de responder porque lo causo, bien de forma intencionada o por descuido o negligencia. Es la base de los sistemas de responsabilidad *subjetiva* o por

---

<sup>1</sup> Ver Parra Lucán, M.A.<< Comentario a la sentencia de 5 de marzo de 1997>>, p. 780. Lo que contrasta con la abundante jurisprudencia sobre daños causados por menores, que, además, no es aplicable aquí de forma automática pues la llamada culpa *in educando* es de difícil aplicación en el caso de deficientes – en muchos casos, no educables-, enfermos mentales – en cuyos actos la educación o no del mismo tiene poco que ver- o seniles – de cuya educación es imposible responsabilizar a su tutor o guardadores-.

culpa en los que la víctima debe probar para ser satisfecha la culpa, al menos por un actuar negligente, del autor del daño.

2.- Otra opción sería el hacer descansar la obligación del resarcimiento en el mero hecho de haberlo causado con independencia de que haya existido por su parte algún tipo de culpabilidad. Se busca una compensación del daño por la persona que lo causo, sin que el damnificado haya de probar ninguna culpa en el agente, sino tan solo que fue este el causante del daño que efectivamente existe. Estaríamos, entonces, ante los sistemas de responsabilidad *objetiva*, en los que se deriva la obligación de resarcimiento de la relación de causalidad entre el acto del agente y el daño producido, independientemente de todo elemento intencional o falta de diligencia, según la gráfica descripción del maestro Castán<sup>2</sup>.

3.- Actualmente se está abriendo paso un tercer sistema de responsabilidad debido a la crisis de los sistemas de carácter subjetivo al implantarse el maquinismo y que determina la obligatoriedad del resarcimiento cuando se produce un daño por el uso de actividades que, en sí, generan un riesgo para los demás. El hecho de que el artículo 1903 CC no mencione el dato de la culpabilidad ha hecho que surja en la doctrina y la jurisprudencia una nueva teoría al respecto<sup>3</sup>. Es la llamada responsabilidad *por riesgo*, que dirigida a proteger ante todo a la víctima, se basa en que quien obtiene un determinado beneficio de una actividad debe asumir, también, los perjuicios que la misma cause a terceros, siguiendo el aforismo latino *Ubi emolumentum, ibi onus*. En este caso el causante del daño deberá reparar el mismo, a no ser que pruebe que aquel se causo por una causa totalmente independiente de su actuar. Surge a finales del siglo XIX como respuesta a la crisis que se dio en la teoría subjetivista como consecuencia de la revolución industrial y la producción en masa<sup>4</sup>.

En nuestro ordenamiento la responsabilidad civil extracontractual se basa en la existencia de culpa o negligencia en la persona que provoca el hecho dañoso, siguiendo la tradición del Derecho romano y de los Códigos Europeos del siglo XIX. Así lo indica el artículo 1902 del Código Civil: << *El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*>>. Se sigue, pues, un planteamiento subjetivo de la responsabilidad. A pesar de ello, nuestra jurisprudencia tiende cada vez más a una objetivación de la culpa, basándose fundamentalmente en el mantenimiento de una presunción de culpa que provoca una inversión de la carga de la prueba o extremando el grado de diligencia exigible lo que nos lleva a una auténtica implantación de la teoría del riesgo<sup>5</sup>. Este nuevo planteamiento ha sido resultado de una lógica evolución provocada por el desarrollo del maquinismo como fuente inagotable de riesgos y siniestros y por sentido social, que ha llevado a la mentalidad colectiva la idea de la necesidad de indemnizar a la víctima por los daños que padece con independencia de la culpabilidad de la persona que los produce.

---

<sup>2</sup> Castán Tobeñas, J. << *Derecho Civil Español, común y foral*>>, Tomo 4, Reus S.A., Madrid 1986, p. 940.

<sup>3</sup> Díaz Alabart, S. << Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad>>, p. 136.

<sup>4</sup> Sobre las variantes justificativas de la teoría del riesgo puede verse Piqueras Valls, J << Responsabilidad Civil>> en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número XIX-1993, CGPJ, Madrid 1993, pp. 14 y ss.

<sup>5</sup> SsTS de 30-6-1959, 30-9-1986 y 24-5-1996, entre muchas otras. Ver Castan Tobeñas, J. << *Derecho Civil Español, común y foral*>>, Tomo 4, Reus S.A., Madrid 1986, pag. 942.

Siguiendo el planteamiento subjetivo para que exista la obligación de reparar se exige:

1.- Un *comportamiento humano*. Bien activo u omisivo, no siendo necesario que el comportamiento sea ilícito. Solo se excluyen los casos de exención penal de la responsabilidad civil o de la existencia de culpa exclusiva de la víctima y, en el caso de daños a los bienes, de consentimiento de la misma. Aunque el artículo 1902 no lo recoge el hecho debe ser ilícito ( STS 6-7-1956)<sup>6</sup>. Esto supone que, en principio, todo acto que cause un daño es antijurídico a no ser que concurra a su favor una causa de exclusión de la antijuricidad<sup>7</sup>. Como indica la STS de 24-2-1993 << (...) dicho tipo de responsabilidad que establece el artículo 1902 CC viene condicionada por la exigencia de que el acto dañoso sea antijurídico, vulneración de la norma, aun la mas genérica ( alter non laedere), protectora del agraviado (...)>>. Ahora bien, esta ilicitud no puede circunscribirse a la infracción de una disposición legal, sino que será ilícito todo acto que viole los deberes generales de corrección social, así << todo acto positivo que cause daño, salvo que esté justificado o permitido por el derecho, está prohibido o bien concretamente por disposición especial o bien generalmente por el principio alterum non laedere del artículo 1902>><sup>8</sup>.

2.- *Producción de un daño*. El mismo puede ser corporal, patrimonial o moral. En el patrimonial incluirá no solo los daños directamente causados en el patrimonio de la víctima – daño emergente-, sino también los beneficios que la víctima pudo percibir y que no llego a hacerlo por el comportamiento del causante -lucro cesante-. La jurisprudencia exige la existencia y prueba del daño para la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios.

3.- *Nexo causal* entre la acción y el daño causado. Existencia de relación causa-efecto entre uno y otro, de forma que el daño haya sido consecuencia del comportamiento.

4.- *Culpabilidad*. Como hemos visto anteriormente, en nuestro ordenamiento jurídico hemos de considerar asimismo la existencia de una actitud culposa o negligente por el agente productor del daño. Dentro del concepto de culpa debemos entender tanto la voluntad o el propósito de dañar ( el dolo), como el simple descuido, la impericia o la negligencia ( la culpa propiamente dicha). Este requisito es consecuencia de la concepción subjetivista de la responsabilidad civil. Ahora bien, esto no significa que la responsabilidad deba suponer culpa en el incapaz, lo que si debe observarse es que el acto realizado por el incapaz sea lo que se ha venido en llamar << acto objetivamente ilícito>> u << acto objetivamente negligente>><sup>9</sup>. Y ello porque es claro que no sería justo que los padres respondieran por actos de sus hijos por mas de lo que responderían por ellos mismos.

---

<sup>6</sup> En contra de la exigencia de antijuricidad se manifiesta Pantaleón Prieto en << Enciclopedia Jurídica Básica>>, CIVITAS, Tomo IV, p. 5946. Considera este autor que nuestro derecho contempla un sistema de cláusula general en que todo daño puede ser indemnizable, con la sola excepción de que el interés lesionado no sea digno de tutela o contrario a la moral social.

<sup>7</sup> Castán Tobeñas, J. << Derecho Civil Español, común y foral>>, Tomo 4, Reus S.A., Madrid 1986, p. 943.

<sup>8</sup> Castán Tobeñas, J. << Derecho Civil Español, común y foral>>, Tomo 4, Reus S.A., Madrid 1986, p. 944.

<sup>9</sup> Según Pantaleón Prieto, citado por García Vicente, F., << Responsabilidad de los padres y tutores por actos del hijo menor>>, ponencia presentada en el curso sobre Filiación y Patria Potestad organizado por la FGE en Jaén y noviembre de 1996. Inédito. P. 29.

De todo lo anterior se deduce que la responsabilidad civil tiene un carácter puramente personal. Así, en principio, una persona responde única y exclusivamente por los hechos que ella misma ha realizado de forma dolosa o culposa<sup>10</sup>. Ahora bien, nuestro Código Civil recoge otros supuestos en los que no responde el autor del hecho generador del daño, sino otra persona distinta, como consecuencia de la especial situación en la que se encuentra en relación con el verdadero autor del evento dañoso. Son las que el artículo 1903 CC denomina << ... *personas de quien se deba responder*>>. En estos casos, la responsabilidad surge cuando entre el autor material del hecho y el que queda responsable hay un vínculo tal que la ley puede presumir fundadamente que si hubo daño, éste debe atribuirse más que al autor material, al descuido o defecto de vigilancia de la otra persona. El guardador no responde por la realización del daño por otro, sino de la negligencia que permitió que el menor o el incapaz causaran el daño.

Debemos preguntarnos cuál es el fundamento de esta responsabilidad derivada de los hechos dañosos causados por otro. Se parte de la base de que entre el que responde y el causante del daño debe existir una relación de guarda, dependencia, custodia, etc. Al establecer esta responsabilidad se busca asegurar al perjudicado la posibilidad de ser resarcido por los daños causados y, por otro lado, se presume la existencia de cierta culpabilidad en la persona encargada de otra, bien porque no observo la debida diligencia en el control y vigilancia a la legalmente viene obligado respecto al causante directo del daño (*culpa in vigilando*), al proceder a la formación del mismo (*culpa in educando*) o al elegir a la persona que va a realizar determinada actividad (*culpa in eligendo*), tal como expresa la STS de 2-7-1993. Según esto el daño tiene lugar por la culpa de la persona que no supo vigilar o seleccionar<sup>11</sup>.

Por vigilancia debemos entender no solo la observación directa del incapaz, sino una actividad de prevención de los daños causados que abarque todas las actividades precisas para tal fin. Como dice la STS de 15-2-1975 este deber << *se extiende a la vigilancia preventiva del daño específico luego producido*>>.

Es necesario destacar la concurrencia de dos principios<sup>12</sup>:

- 1.- El denominado *pro damnato* en virtud del cual el perjudicado no debe quedar sin indemnizar por la probable insolvencia del incapaz.
- 2.- La incapacidad, que hace que, en nuestro derecho de obligaciones, el autor solo deba responder en la medida de su enriquecimiento.

De acuerdo con lo dicho el artículo 1903 CC no es más que una prolongación del artículo 1902 – no una mera excepción al mismo-<sup>13</sup> y, por ello, exige igualmente el requisito subjetivo de la culpabilidad. Se diferencian uno y otro en sobre quien recae la carga de la prueba, ya que en la dicción del precepto ( otra cosa es la practica

---

<sup>10</sup> Por eso tradicionalmente se le ha denominado responsabilidad por culpa o negligencia.

<sup>11</sup> Por ello no nos encontramos ante un caso de responsabilidad indirecta << *en nombre de otro*>>, sino ante una responsabilidad directa << *en nombre propio*>>, derivada del incumplimiento por el propio responsable de los deberes de vigilancia o elección que le competen, considerando ese incumplimiento como la causa que produjo el daño. SsTS 22-9-1992 y 30-6-1995.

<sup>12</sup> Morales- Sancho, << *Manual Practico de Responsabilidad Civil*>>, Comares, Granada 1995, p. 576.

<sup>13</sup> Ver Santos Briz, J. en Albaladejo, M. << *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*>>, Tomo XXIV, EDERSA, p. 562.

jurisprudencial que ha ido objetivando esta responsabilidad<sup>14</sup>), en el caso del artículo 1902, el perjudicado deberá demostrar que hubo culpa o negligencia en el hecho dañoso, mientras que en el del 1903 es el obligado a resarcir el que podrá liberarse de la responsabilidad probando que empleo toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño ( según dicción del último párrafo de dicho artículo). Esto supone la existencia, en este último caso, de una presunción legal *iuris tantum* de culpa del llamado a responder, siendo el mismo el que debe probar que actuó empleando la diligencia debida para quedar exento de responsabilidad. Pero es que, además, la tendencia de los Tribunales a buscar la satisfacción y reparación del perjudicado, provoca que estos exijan una prueba tan rigurosa y completa de este actuar diligente, que hace casi imposible la prueba de que existió ausencia de culpa ( STS 10-3-1983)<sup>15</sup>, lo que ha provocado que un sector de la doctrina considere que estamos ante una verdadera responsabilidad de carácter objetivo, ya que *de facto* se prescinde de la culpa. Añadamos que el concepto de << diligencia de un buen padre de familia >>, es un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance depende de lo que los Tribunales entiendan por el mismo, lo que da un importante matiz objetivo a esta responsabilidad que distorsiona el sistema de responsabilidad civil extracontractual establecido en nuestro Código, con graves consecuencias para los representantes legales de menores e incapaces, a los que coloca en una difícil situación por cumplir los deberes que el mismo ordenamiento jurídico les impone. Esto ha provocado la objetivización de la responsabilidad estudiada tal como indica la STS de 10-3-1983 que textualmente expone

*<< ... la responsabilidad civil de los padres dimanante de los actos ilícitos realizados por los hijos constituidos in potestate, a tenor del citado precepto, se justifica tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe, omisión de la obligada diligencia in custodiando o in vigilando que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inversión consiguiente de la carga probatoria, de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso, según lo dispuesto en el último párrafo del precepto, ha sido entendida en tonos de una marcada severidad, exigiendo una rigurosa prueba de la diligencia empleada, atemperándose a las circunstancias de lugar y tiempo del caso concreto (...), lo que comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgos en no menor proporción que las subjetivas de culpabilidad, y es claro que no viene permitido oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre, madre o tutor por omisión de aquel deber de vigilancia.>>*

A tenor de esta postura jurisprudencial se exige a padres y tutores lo que los mismos no pueden realizar. A saber, una vigilancia y educación que supondría excederse en las potestades que padres y tutores tienen sobre los incapacitados, negándoles a éstos el ámbito de la libertad personal que les corresponde de acuerdo con

---

<sup>14</sup> Osorio Serrano, J.M. y otros, Moreno Quesada, B. << Curso de Derecho Civil >> Tomo II-2º, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. pp. 479 y ss. También Santos Briz, J. en Albaladejo, M. << Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales >>, Tomo XXIV, EDERSA, p. 564.

<sup>15</sup> Osorio Serrano, J.M. y otros, Moreno Quesada, B. << Curso de Derecho Civil >> Tomo II-2º, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. pp. 497 y ss. Da la impresión de que la jurisprudencia, en aras de una mayor protección de la víctima, aumenta la presión sobre los padres con el fin de que estos vigilen y eduquen mejor a sus hijos con lo que se producirán menos beneficios.

el sentir social, en contra de la evolución al respecto de nuestra legislación y de nuestra sociedad<sup>16</sup>.

La jurisprudencia ( SsTS de 16-4-1963, 10-3-1983, 22-9-1984 , 22-1-1991, 7-1-1992 y 30-6-1995) considera que estamos ante una responsabilidad directa y no subsidiaria << ya que se establece por incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social, de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de determinadas personas y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos>>( STS 15-2-1975). De igual manera es solidaria con la responsabilidad del causante inmediato del daño, si bien la falta de demanda de este no afecta a la constitución de la relación jurídico-procesal.

Para el establecimiento de esta responsabilidad es indiferente que la actuación de la persona incapaz se haya realizado por dolo o por culpa, siendo por ello civilmente responsable, basta con que la conducta inmediatamente dañosa haya sido objetivamente intencional o negligente, apta para generar responsabilidad civil, si fuere realizada por una persona media, capaz de culpa civil. Y ello porque sería irrazonable obligar a una persona a responder por un hecho de otro que, si el mismo hubiere realizado, no le obligaría a responder.

El establecimiento de esta responsabilidad en el artículo 1903 CC ha hecho pensar a un importante sector de la doctrina que los supuestos establecidos en este artículo son tasados, sin que pueda aplicarse dicha responsabilidad en otros casos<sup>17</sup>. Para esta corriente doctrinal esto no quiere decir que las personas no citadas en el mismo no deban responder en aquellos casos en que el daño se derive del hecho propio de existir culpa *in vigilando* o *in eligendo*, pero haciéndolo en estos casos en virtud del precepto 1902 y no del 1903, con las distintas consecuencias que esto puede comportar<sup>18</sup>. Ahora bien, esta tendencia restrictiva del artículo 1903 no es unánime ni en la jurisprudencia<sup>19</sup>, ni en la doctrina<sup>20</sup>, tal como veremos mas adelante al hablar de la responsabilidad de los guardadores de hecho.

### **III.- Aspectos generales de la responsabilidad civil derivada de ilícitos penales.-**

Nuestro derecho civil se caracteriza por regular de distinto modo la responsabilidad civil nacida del delito y la nacida de ilícito meramente civil, lo que no ha dejado de ser criticado por la doctrina. Debemos partir de que el delito, además de constituir un ilícito penal, constituye también un ilícito civil<sup>21</sup>. Por ello, el admirado Ruiz Vadillo indicaba que la ordenación sustantiva de las responsabilidades civiles

---

<sup>16</sup> Díaz Alabart, S., << La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela>>, p. 804.

<sup>17</sup> Ver Castán Tobeñas, J. << Derecho Civil Español, común y foral>>, Tomo 4, Reus S.A., Madrid 1986, p. 962.

<sup>18</sup> Así, como hemos visto, será el perjudicado el que deberá probar la culpa, mientras que en el caso del 1903 esta se presume.

<sup>19</sup> Ver por ejemplo las SsTS de 23-2-1976 y de 29-9-1964.

<sup>20</sup> En contra de la taxatividad se manifiesta, por ejemplo, Santos Briz, J. en Albaladejo, M. << Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales>>, Tomo XXIV, EDERSA, p. 562.

<sup>21</sup> Martínez-Pereda Rodríguez, J.M. << La responsabilidad civil “ ex delicto” de padres, tutores y maestros>>, p. 89.

precedentes de delito o falta y de los actos u omisiones no delictivos, en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, debiera ser idéntica, independientemente del texto legal en que la misma se regulase<sup>22</sup>, ya que la responsabilidad civil derivada de delito no pierde su naturaleza civil por ser ejercitada en un proceso penal. Esta doble regulación provoca el que nuestro ordenamiento presente en esta materia una gran cantidad de problemas, sin que exista una razón válida que determine la necesidad de esta doble regulación, como no sea la propia dinámica histórica de la codificación española<sup>23</sup>.

El CP de 1995 en su artículo 118 establece que, en los casos de alteración o anomalía psíquica << son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los inimputables. Los Jueces o Tribunales graduaran de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.>>

El artículo 120-1º CP expone que << son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente (...) los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.>>

La doble regulación de la responsabilidad civil afecta a la exigencia del requisito de la convivencia, la inversión de la carga de la prueba<sup>24</sup> o a la posibilidad de responsabilidad civil directa por parte del incapaz. Se critica el que es más rigurosa la responsabilidad civil para el padre en el campo civil que en el campo penal, cuando este es el que regula los casos más graves<sup>25</sup>. En el campo penal, por ejemplo, se establece la posibilidad de valorar la el que el incapaz responda directamente, lo que no se recoge de manera expresa en el ordenamiento civil como luego veremos.

Digamos, no obstante, que esta materia tiene un carácter civil incluso en este campo penal y, por ello, sus normas pueden interpretarse de forma extensiva ( SsTS 6-5-1994 y 5-3-1993).

¿Cuándo se aplicará una u otra regulación? Dependerá de los supuestos ante los que nos encontremos. Así:

a.- Si se reconoce la responsabilidad civil en un proceso penal debe aplicarse la normativa penal (artículo 1092 CC).

b.- Existe una importante controversia doctrinal sobre cual es la regulación aplicable en el caso de que hubiera sentencia penal contradictoria habiéndose reservado el perjudicado la acción civil. Nosotros creemos que debe aplicarse la legislación civil ya

---

<sup>22</sup> Citado por Martínez-Pereda Rodríguez, J.M. << La responsabilidad civil “ ex delicto” de padres, tutores y maestros>>, p. 90. En contra parece manifestarse la mayor parte de la jurisprudencia que parece opinar que ambas responsabilidades civiles son distintas.

<sup>23</sup> Sobre esta razón histórica de la doble regulación puede verse Díaz Alabart, S., << La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela>>, p. 798 y ss.

<sup>24</sup> En la regulación civil es el responsable el que debe probar que obro con la diligencia debida, en el campo penal debe probarse por el perjudicado, con una demostración cumplida de la misma, la existencia de culpa o negligencia por parte de los padres.

<sup>25</sup> García Vicente, F., << Responsabilidad de los padres y tutores por actos del hijo menor>>, ponencia presentada en el curso sobre Filiación y Patria Potestad organizado por la FGE en Jaén y noviembre de 1996. Inédito. p. 5.



que los delitos no son sino un tipo de actos ilícitos y con ella es como mejor se ampara a la víctima. También debe tenerse en cuenta la decisión del perjudicado de reservarse la acción para ejercitarla en la vía civil, lo que supone una aceptación tácita del régimen civil de responsabilidad<sup>26</sup>.

c.- Casos en que se inicia un juicio penal no dictándose sentencia por muerte del presunto autor o rebeldía de éste. El TS ( Ss. 24-12-1980 y 13-7-1984) considera que debe aplicarse la regulación civil ya que no se ha constatado fehacientemente la existencia de infracción penal.

d.- Si el perjudicado en una falta perseguible a instancia de parte o mediante denuncia no acude a la jurisdicción penal sino a la civil debe aplicarse la regulación civil.

Tras la reforma de 1995 se incluyen como responsables no solo los que tienen la guarda legal, sino también los que tienen la guarda de hecho, es decir, las personas o entidades que se encargan, aunque sea temporalmente, del incapaz. El que el fundamento de la culpa sea la falta de vigilancia provoca que sea el que asume la misma el que deba responder. Si el tutor no puede tener al incapaz en su compañía y encomienda su guarda a un centro donde el incapaz recibe tratamiento y que asume la guarda con suficientes garantías no se darían los presupuestos necesarios para responsabilizar al tutor, pero si se darían los mismos en el caso del guardador de hecho.

En la nueva regulación penal los artículos 118-1º y 120 se corresponden a supuestos que pueden ser claramente diferenciados:

- El artículo 118 fija una responsabilidad directa de padres y tutores, siendo la misma solidaria con la responsabilidad civil directa de los incapacitados exentos de responsabilidad criminal. Otros autores<sup>27</sup> entienden, por el contrario, que esta responsabilidad es subsidiaria para el caso de que los guardadores carezcan de culpa o sean insolventes.

- El artículo 120 CP exige, en los casos de patria potestad prorrogada o rehabilitada y tutela de mayor de edad, que el mismo viva en compañía del padre o tutor como *conditio iuris* de exigibilidad de la responsabilidad civil a los mismos. Esto supone que el que alega la responsabilidad de los guardadores debe probarlo, sin que le sea aplicable la inversión de la carga de la prueba que se da en el artículo 1903 CC. Añadamos que una mera ausencia temporal no justificaría la exoneración de responsabilidad<sup>28</sup>. Para que dicha exoneración se de la falta de convivencia debe ser legítima y convertir en imposible la vigilancia. Este sería el caso del internamiento autorizado del incapaz en interés del mismo. Este artículo sería el que debemos aplicar en el caso de que el exento de responsabilidad penal sea mayor de edad. En este caso no estamos ante una responsabilidad directa como en el anterior, sino ante una responsabilidad de carácter subsidiario. Frente al artículo 118, que afecta también a menores de edad, este afecta solo a mayores incapacitados, únicos a los que puede afectar la patria potestad prorrogada o rehabilitada. Esto amplía la aplicación del

---

<sup>26</sup> En contra se manifiesta Lacruz basándose en el artículo 1092 CC.

<sup>27</sup> Vázquez González, C. << La responsabilidad civil derivada del delito>>, p. 15.

<sup>28</sup> García Vicente, F., << Responsabilidad de los padres y tutores por actos del hijo menor>>, ponencia presentada en el curso sobre Filiación y Patria Potestad organizado por la FGE en Jaén y noviembre de 1996. Inédito. Pag. 32. STS 22-1-1991, 7-2-1991 y 7-1-1992.

precepto puesto que incluiría a la persona que careciera de autogobierno por una enfermedad física, tal como dispone el artículo 200 CC. Otros autores<sup>29</sup> entienden incluso que este artículo 120 se refiere al incapacitado imputable penalmente, frente al anterior que contempla el caso del inimputable. Así, en este caso, la responsabilidad es meramente subsidiaria para el caso de que el incapaz carezca de bienes, mientras que en el anterior la responsabilidad es directa, aunque puede ser también declarada sobre los bienes propios del autor por modelación judicial. En el 120 CP estaríamos en el caso de eximentes incompletas, atenuantes o responsabilidad total de un incapaz civil – lo que es conceptualmente posible- sin perjuicio de que en el cumplimiento de la pena se le da el tratamiento específico más adecuado.

#### **IV.- Responsabilidad civil de los incapaces por sus propios actos. la cuestión de la repetición de la responsabilidad pagada sobre el patrimonio del incapaz.-**

Aunque el Código Civil no diga nada podemos afirmar que puede establecerse la responsabilidad directa de los incapaces en aquellos casos en que tengan capacidad natural<sup>30</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico los menores y los incapaces tienen restringida la capacidad de obrar, pero no carecen de personalidad jurídica por lo que son susceptibles de ser titulares de derechos y obligaciones. Podemos decir que existe una diferencia entre la capacidad para el consentimiento contractual y la responsabilidad extracontractual, ya que para contraer obligaciones voluntariamente se requiere una madurez mental que no se necesita para discernir entre la conducta lícita e ilícita base de la imputabilidad<sup>31</sup>. Los incapaces pueden quedar, por ello, obligados frente a terceros<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Parra Lucán, M.A. << Comentario a la sentencia de 5 de marzo de 1997 >>, p. 788.

<sup>30</sup> García Vicente, F., << Responsabilidad de los padres y tutores por actos del hijo menor >>, ponencia presentada en el curso sobre Filiación y Patria Potestad organizado por la FGE en Jaén y noviembre de 1996. Inédito. p. 17. Esta tesis era ya defendida por De Castro y es admitida por la mayoría de nuestra doctrina como afirma Díaz Alabart, S. << Responsabilidad civil por hechos realizados por menores de edad >>, p. 140.

<sup>31</sup> García- Ripoll Montijano, M. << Protección civil del enfermo mental no incapacitado >>, p. 280 y 283. Precisamente por ello, la incapacitación civil no vincula al juez penal y los conceptos de incapacitación e imputabilidad, aunque evidentemente relacionados, no contemplan un mismo supuesto de hecho. La entrada en vigor del nuevo Código Penal de 1995 y, en concreto, su disposición adicional primera, provocaron algunas dudas con respecto a la forma de realizar la obligación que dicha disposición impone a los Fiscales de instar la incapacitación e internamiento de las personas a las que se les ha aplicado una eximente completa de anomalía o alteración psíquica - numero 1 del artículo 20- o alteraciones en la percepción - numero 3-, en el ámbito de una sentencia penal.

Nosotros creemos que la remisión que el precepto hace a la regulación civil debe entenderse en el sentido de que solo, en los casos y por los procedimientos establecidos en el Código Civil puede acordarse la incapacitación o internamiento. Esto, en cuanto a la incapacitación, lleva a dos consecuencias:

- En ningún caso, puede el Tribunal o Juzgado por si mismo, instar la incapacitación sino que debe poner, de acuerdo con el artículo 757-3º LEC, los hechos en conocimiento del Fiscal para que este inste lo que estime conveniente. Será el Fiscal el que valore o no la pertinencia de instar la incapacitación, que solo se hará si esta procede de acuerdo con la legislación civil.

- En cuanto a los internamientos deben seguirse los criterios civiles y no penales. Esto significa que solo cuando se precise por necesidades medico-terapéuticas podrá decretarse. Si no es así, debe o

Por ello, cuando se constate la comisión de un ilícito civil cometido por una persona incapaz y que provoque un daño, deberá determinarse si el autor se encontraba dotado de la suficiente capacidad de discernimiento<sup>33</sup> y bajo que guarda se encuentra cuando ha provocado el daño. Si el incapaz puede considerarse imputable – si es capaz de culpa civil, o lo que es lo mismo si posee madurez de juicio suficiente para captar el significado social de dañar a otro<sup>34</sup> - deberá responder del daño que cause a otro – solidariamente, en su caso, con su guardador-, reservándose la responsabilidad directa y exclusiva de los guardadores para los supuestos de falta de discernimiento en el causante<sup>35</sup>. Esta valoración del discernimiento es un puro dato fáctico, independiente de que exista o no sentencia de incapacidad<sup>36</sup>. La incapacitación va dirigida a valorar su capacidad para cuidar de sus propios intereses, pero no su capacidad o aptitud para causar daño a otros. Es perfectamente posible que el incapacitado necesite una persona

---

decretarse la prisión o ponerse en libertad al presunto incapaz. De acuerdo con los artículos 762 y 763 de la LEC, el Juez puede decretar el internamiento como medida urgente. La anterior regulación establecía un plazo de 15 días para que el Ministerio Fiscal, al que, de acuerdo con el actual artículo 762-1º LEC que reproduce la regulación anterior, debe ponerse por el Juez el conocimiento del internamiento, interesara la continuación del mismo, suprimiéndolo en otro caso. Hoy no se establece plazo alguno. Pero eso, a nuestro entender, no quiere decir que no exista. Deben existir razones de urgencia y ello quiere decir que habrá de darse la tramitación preceptiva para los internamientos urgentes, que dispone de un plazo de 72 horas. En este caso, el Fiscal puede informar en contra, debiendo levantarse el mismo y, de mantenerse, entrar en el sistema de recursos de las resoluciones judiciales. Lógicamente, en todo caso debe existir informe forense que considere conveniente dicho internamiento. Tan solo cuando el internamiento se decreta como medida de seguridad de acuerdo con el CP será la regulación de este la aplicable. Una vez terminada la misma, si el internamiento continua siendo necesario deberá regularizarse de acuerdo con la regulación civil.

Cuando los Tribunales de la jurisdicción penal dicten sentencia absolutoria firme por causa de enfermedad mental del inculgado, y se decreta su internamiento en uno de los establecimientos dedicados a enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin autorización del Tribunal, lo que no puede considerarse equivalente a una plena declaración de incapacidad con efectos en vía civil.

Algunas enfermedades o deficiencias psíquicas no tienen la misma valoración en las jurisdicciones penal y civil, como ocurre con las esquizofrenias, que en la primera y por lo general se consideran aptas para una declaración de inimputabilidad y exención de responsabilidad criminal, y en cambio, en la segunda solo en muy contadas ocasiones podrán servir de base para declarar la incapacitación.

Por ello, a nuestro entender están completamente desencaminadas, y parten de un desconocimiento de la materia (sorprendente por haber demostrado en multitud ocasiones lo contrario) las recomendaciones del Defensor del Pueblo en su expediente F0000043 ( que fueron acogidas en gran parte por la FGE) sobre la necesaria incapacitación de los internados en los psiquiátricos penitenciarios.

<sup>32</sup> López Sánchez, C. << La responsabilidad civil del menor >>, pp. 176 y ss.

<sup>33</sup> Y no de la suficiente capacidad negocial, ya que el hecho de discernir el bien del mal no es idéntico al de entender las circunstancias en que se realiza un negocio jurídico.

<sup>34</sup> Parra Lucán, M.A.<< Comentario a la sentencia de 5 de marzo de 1997 >>, p. 784.

<sup>35</sup> López Sánchez, C. << La responsabilidad civil del menor >>, pp. 147 y ss.

<sup>36</sup> Parra Lucán, M.A.<< Comentario a la sentencia de 5 de marzo de 1997 >>, p. 785.

que le represente para determinados actos, pero que su deficiencia o enfermedad mental no afecte a su capacidad de discernimiento para comprender el alcance de sus actos y prever sus consecuencias.

Debemos tener en cuenta, además, que la incapacidad puede producirse por enfermedad o defecto físico persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma pero que no afecte a su capacidad de discernimiento<sup>37</sup>.

La posibilidad de esta responsabilidad se ha basado por un sector doctrinal en el hecho de que el artículo 1902, que no distingue entre capaces e incapaces, es la norma general, siendo la del artículo 1903 una norma especial y, por ello, si el daño no puede resarcirse por esta vía – porque no existan guardadores responsables o estos sean insolventes- deberá acudir a la regulación general<sup>38</sup>. Esta teoría no deja de plantear problemas. En primer lugar, como ya hemos indicado, el 1903 no es una excepción del 1902, sino, en todo caso, una prolongación o extensión del mismo<sup>39</sup>. Por otro lado, nuestro sistema se basa en la responsabilidad por culpa y no es lógico hacer responder a quien carece de capacidad volitiva.

No obstante, podemos decir que no parece lógico ni justo que la víctima se empobrezca y que el incapaz teniendo bienes no sufra las consecuencias de sus propios actos. Debemos elegir entre el patrimonio del incapaz, autor del daño, y el patrimonio de la víctima para ver sobre cual ha de recaer el daño causado. Estaríamos, mas que ante una responsabilidad por culpa, ante una responsabilidad basada en la equidad, o lo que otros autores han denominado responsabilidad por justicia social<sup>40</sup>. En este caso el incapaz sería responsable cuando, atendiendo a las circunstancias del hecho y en particular las circunstancias económicas de cada una de las partes implicadas, fuese aconsejable que la víctima no tuviera que soportar el perjuicio. Esta responsabilidad se basa en la misma razón por la que la indemnización se modera en el caso de participación del incapaz en el evento dañoso en el que el mismo sale perjudicado. La responsabilidad del incapaz es especialmente necesaria si el guardador se ve exento de su responsabilidad si logra demostrar que empleo toda la diligencia debida para evitar el daño o si, simplemente, este no existe. El Código Civil no regula la solución a dar en estos casos y la práctica contempla esta responsabilidad como una responsabilidad subsidiaria, objetiva y discrecional, siendo el Juez el que debe pronunciarse sobre el

---

<sup>37</sup> En contra de esta posibilidad se manifiesta Díaz Alabart, << La responsabilidad por los actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad o tutela>>, p. 843, por entender que todos los defectos o enfermedades que impiden a una persona gobernarse por sí misma afectan normalmente a esa posibilidad de discernimiento.

<sup>38</sup> Conde-Pumpido Ferreiro, C. << Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces>>, pp. 82 y ss. En igual sentido se manifiesta Latour Brotóns, J. << Responsabilidad civil de los incapaces>>, p. 149 apoyándose en la opinión de Manresa.

<sup>39</sup> López Sánchez, C. << La responsabilidad civil del menor>>, p. 173.

<sup>40</sup> Como indicaba Mazeaud-Tunc ( citado por García- Ripoll Montijano, M. << Protección civil del enfermo mental no incapacitado>>, p. 275) está en culpa aquél que no se conduce de una manera social y que la culpa civil es una noción puramente social y no moral.

reparto de responsabilidades en atención a las condiciones económicas de los sujetos concretos. La mayoría de la doctrina ha admitido esta tesis entendiendo que, cometido un acto dañoso por un incapaz, se genera en su patrimonio una obligación, ya que el mismo continua siendo susceptible de derechos y obligaciones, puesto que la capacidad jurídica no admite graduación alguna y solo requiere el requisito de ser persona<sup>41</sup>.

Conde-Pumpido<sup>42</sup> entiende que esta falta de regulación ha de ser salvada obligando al menor o incapaz a reparar el daño causado, ya que esta falta de culpa del guardador hace más patente la peligrosidad del incapaz.

Como indica Parra Lucán<sup>43</sup> el análisis de la responsabilidad civil de los incapaces no puede prescindir de los siguientes principios:

a.- para determinar la propia responsabilidad del enfermo de la imputabilidad del mismo.

b.- de la exigencia de que los daños causados sean objetivamente imputables a la omisión de los padres, tutores o guardadores, si estos existen, para que pueda apreciarse su responsabilidad.

c.- de la exigencia de culpa o negligencia por parte de los padres, tutores o guardadores como fundamento de su responsabilidad.

Ahora bien, todo este planteamiento choca con la configuración de la responsabilidad como derivada de la culpa, ya que la misma exige un determinado grado de discernimiento. El hombre posee una responsabilidad por existir, de la que no se puede sustraer por estar enfermo. En esta materia no deben existir incapacitados o no incapacitados, sino personas que actúan culposamente y personas que no lo hacen, lo que deberá contemplarse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias de la persona, del tiempo y del lugar pero sin excluir *a priori* su obligación de responder<sup>44</sup>. Debe darse al enfermo el mismo trato que al sano, analizando si actuó o no culposamente, lo que, además, contribuirá mejor a su reinserción social y cura, uno de los objetivos fundamentales de los organismos tutelares.

Debemos preguntarnos, ahora, si la persona que paga puede luego repetir sobre aquel que realizó el acto dañoso. En principio, si una persona responde por otra tiene la posibilidad de repetir contra ella. Ahora bien, ya hemos dicho que nos encontramos ante una responsabilidad por acto propio y no por acto ajeno y ello es un obstáculo para

---

<sup>41</sup> Yzquierdo Tolsada, M. << Responsabilidad civil y guarda legal>>, en *Documentación Jurídica*, numero 41, pp. 80 y ss.

<sup>42</sup> << Los problemas de la responsabilidad civil por los hechos ilícitos de los incapaces>>, p. 107.

<sup>43</sup> Parra Lucán, M.A.<< Comentario a la sentencia de 5 de marzo de 1997>>, p. 779.

<sup>44</sup> García- Ripoll Montijano, M. << Protección civil del enfermo mental no incapacitado>>, pp. 279 y ss.

permitir la posibilidad de repetición. Otros autores consideran que ello es posible cuando el incapaz posee bienes<sup>45</sup>.

En cuanto al derecho de repetición sobre los bienes del incapaz cuando su guardador haya abonado la responsabilidad derivada de daños provocados por estos, debemos indicar que el artículo 1904 CC alude solo a la misma en cuanto a los daños causados por los dependientes y no a los demás casos contemplados en el artículo 1903 del mismo cuerpo legal. Aunque el TS no ha tenido ocasión de manifestarse sobre esta cuestión, es abundante la doctrina que entiende aplicable en estos casos el artículo 1904 CC<sup>46</sup>. Así algún sector doctrinal entendió que esta repetición es posible también en el caso de los incapaces basándose en la aplicación del antiguo artículo 32-2º CC que declaraba susceptible de obligaciones a los incapaces, cuando las mismas nacían de los hechos o de las relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero, entendiendo que ésta expresión abarcaba el resarcimiento de los daños que causen estas personas<sup>47</sup>. Este párrafo fue suprimido en la reforma de 1983, si bien, tal como hemos indicado anteriormente, su enunciado era estéril ya que la incapacitación no tiene porque suponer una total falta de responsabilidad. En este sentido Pantaleón Prieto<sup>48</sup>, considera que el artículo 1904 CC es aplicable por analogía a todos los supuestos del artículo 1903.

Podemos plantearnos, en último lugar, si este derecho de repetición puede reconducirse a lo dispuesto en el artículo 220 CC que dispone la posibilidad de que los bienes del tutelado respondan por los daños causados al tutor en el ejercicio de la función tutelar si estos no pueden ser resarcidos de otro modo. Este artículo busca disminuir en lo posible los inconvenientes que el ejercicio de la tutela pueden suponer para la persona que la ostenta. Ahora bien, entendemos que a los supuestos que estamos contemplando no le es de aplicación este artículo ya que el mencionado artículo exige que los daños al tutor se hayan causado sin culpa por su parte, y como hemos visto anteriormente, la responsabilidad no es objetiva, sino basada en la culpa de la persona titular de la institución de guarda.

---

<sup>45</sup> Ver Latour Brotóns, J. << Responsabilidad civil de los incapaces>>, p. 143. Así lo ha entendido igualmente la STS (1ª) de 28 de noviembre de 1960.

<sup>46</sup> Morales- Sancho, << Manual Practico de Responsabilidad Civil>>, Comares, Granada 1995, p. 592.

<sup>47</sup> En contra de la taxatividad se manifiesta, por ejemplo, Santos Briz, J. en Albaladejo, M. << Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales>>, Tomo XXIV, EDERSA, p. 569.

<sup>48</sup> Ver << Enciclopedia Jurídica Básica>>, CIVITAS, Tomo IV, p. 5957.

## **V.- La responsabilidad de las personas jurídicas titulares de instituciones de protección.-**

Tanto en el ámbito doctrinal como jurisprudencial se admite que las personas jurídicas se encuentran sujetas a responsabilidad<sup>49</sup>. En este trabajo nos interesa la responsabilidad de la persona jurídica tutora basada en el artículo 1903 CC, esto es en los daños que a terceros causen los pupilos que estén bajo su autoridad y habiten en su compañía. Para que esta responsabilidad tenga lugar se requiere:

1.- Existencia de un incapacitado bajo autoridad.

2.- Que este habite en compañía del tutor. Este requisito tiene una especial complejidad en el caso de personas jurídicas, fundamentalmente cuando esta encomienda al pupilo a otras personas, como por ejemplo, en un acogimiento. Podemos decir<sup>50</sup>:

-La persona jurídica solo responderá por los actos de tutelados acogidos dentro de la entidad y respecto a los cuales posee la guarda. No responde si el tutelado vive en compañía de unos acogedores, ya que, en este caso, son los acogedores los que ejercen la guarda y tienen al menor en su compañía. Otra solución haría inoperantes los deberes de los acogedores.

-En el caso de que el pupilo se halle acogido serán los acogedores los que deberán responder, ya que viven en compañía del pupilo y ejercen sobre el una autoridad, siquiera delegada. Esto no significa la total falta de responsabilidad de la persona jurídica, ya que esta deberá verificar y vigilar el ejercicio de la guarda, y si no lo hace deberá asumir su responsabilidad.

## **VI.- Seguros y responsabilidad civil derivada de los actos de los incapaces.-**

La objetivización de la que se está impregnando la materia relativa a la responsabilidad civil de los guardadores por los hechos ilícitos realizados por sus pupilos, ha provocado que se alcen voces en la doctrina defendiendo la necesidad del establecimiento de un seguro que evite, manteniendo la protección del perjudicado, los nefastos efectos que la misma puede tener. Esto es especialmente conveniente en el caso de las personas jurídicas, ya que estos seguros evitarían su descapitalización, con el perjuicio que esto puede suponer para los incapaces a su cargo, ya que el hacer frente a determinadas indemnizaciones podría dejarlas sin medios para atender la labor de protección de los tutelados a su cargo<sup>51</sup>. No supone esto, en ningún caso, que los patronos de las Fundaciones deban contratar estos seguros ya que la responsable, en su caso, será la Fundación como persona jurídica.

---

<sup>49</sup> Ver Ossorio Serrano, J.M. y otros, Moreno Quesada, B. << *Curso de Derecho Civil*>> Tomo II-2º, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. p. 501.

<sup>50</sup> Ver Muñiz Espada, E., << *Las personas jurídico-privadas tutoras*>>, pp. 333 y ss.

<sup>51</sup> Ver Muñiz Espada, E., << *Las personas jurídico-privadas tutoras*>>, pp. 325 y ss.

En cuanto a los particulares estos seguros también serían muy útiles pues dejarían a salvo sus bienes de las eventualidades derivadas del ejercicio de la tutela por actos realizados por su pupilo. Ciertamente que, en muchos casos, el pago de estos seguros podrían estar por encima de las posibilidades económicas del nombrado tutor. Por ello, creemos que debía buscarse la forma de ayudar a los mismos bien abonándose por el Estado una parte de la prima proporcional a los medios económicos del tutor, bien permitiendo el descuento de la misma en la Declaración de la Renta. Esta ayuda estatal se basaría en la idea de que la constitución de una guarda formal es uno de los medios fundamentales de protección e integración de estos sectores lo que constituye uno de los principios rectores de la política social de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución.

## **VII.- breve referencia a la STS de 20-1-2015.-**

El 20 de enero de 2015 la Sala 2ª del Tribunal Supremo dictó una paradójica sentencia afectante a esta materia que, si bien al ser una sola no crea jurisprudencia, no podemos dejar de comentar por su interés. Los hechos probados de la misma son los siguientes:

<< Entre las 14.30 y las 15.10 horas del día 27 de septiembre del 2007, el acusado Tomás , mayor de edad y sin antecedentes penales, prendió tres focos de fuego en la zona conocida como Balcón del Rey sita en Montecarrasco, Darbo de la localidad de Cangas de Morrazo, provocando un incendio que afectó a 2,5 hectáreas de monte raso con tojo y helecho.

En el momento de cometer los hechos relatados el acusado padecía un trastorno esquizo-afectivo que le provocaba una importante alteración de la capacidad de juicio y una notable dificultad para poder valorar de manera adecuada su conducta. Había sido declarado plenamente incapaz para regir su persona y bienes y sometido a tutela de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid por sentencia firme dictada el 8-06-2007 por el juzgado de Primera Instancia número 78 de Madrid .

La Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid actuó como defensor judicial del presunto incapaz durante el procedimiento de incapacitación y había aceptado el cargo de tutor el 25 de septiembre de 2007. No consta actuación alguna de dicho Ente público anterior a la comisión de los hechos, dirigida a localizar y ejercer control sobre la persona del tutelado para evitar el riesgo que su estado psíquico suponía respecto a sí mismo y a terceros.

El incendio forestal ocasionó a la Comunidad de Montes en Mano Común unos daños y perjuicios por importe de 29.018,02 euros y a la Xunta de Galicia, gastos para proceder a su extinción por importe>>.

El recurso que presentó en casación la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos se basaba en los siguientes argumentos:

<<infracción de ley por indebida aplicación del art. 120.1 CP .

Dado que el motivo elegido obliga a observar los hechos declarados probados, la única discusión versa sobre la adecuada subsunción del artículo 120.1 CP, que establece la responsabilidad civil subsidiaria respecto a los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.



Alega la recurrente, que no concurren los requisitos exigidos por el art. 120.1 CP para condenar a la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos como responsable civil subsidiaria. Argumenta que se atribuye responsabilidad a la Agencia por hechos ajenos a la tutela, por actuaciones y en momentos en que no ostentaba la representación legal del condenado ni asumía responsabilidad alguna por su conducta; así como niega la existencia de la necesaria relación de causalidad entre la eventual acción u omisión culposa o negligente del tutor y el hecho acaecido, lo que debió llevar a declarar la no responsabilidad civil subsidiaria de la Agencia. Señala que el mencionado precepto penal no contempla responsabilidad del defensor judicial y la Agencia en tal condición únicamente asumió la defensa en juicio de la persona sujeta al proceso de incapacitación, no estando obligada a hacerse cargo del cuidado o custodia del presunto incapaz. La AMTA asumió la tutela el 25 de septiembre de 2007 y el tutelado cometió los hechos dos días después, tiempo durante el cual no existían elementos que evidenciaran la urgencia de acometer cualquier decisión sobre el tutelado y además al no existir tiempo material para que cualquier decisión se hubiera ejecutado en ese escaso plazo de dos días. La sentencia de incapacitación no ordenó ninguna medida urgente (ingreso por ejemplo). En definitiva que la conducta de la AMTA no puede calificarse de negligente >>.

Ante estos hechos el Tribunal Supremo desestima el recurso alegando que

<< el Tribunal Superior de Justicia resuelve ya de forma satisfactoria todas las objeciones de la recurrente. Así, señala el Tribunal Superior de Justicia al resolver el recurso de apelación que aunque es cierto, como apunta la recurrente, que el hecho delictivo fue cometido solamente dos días después de que la Agencia para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid hubiera aceptado el cargo de tutor, lo que podría entrañar una dificultad para la adopción de las medidas pertinentes, pero lo cierto es que esa Agencia, como ya reseña la sentencia, había sido designada tutora del incapaz por sentencia de 8 de junio 2007 y había actuado como defensor judicial del presunto incapaz, hoy responsable, en el procedimiento de incapacitación, debiendo por ello haber tenido conocimiento de los informes médicos relativos al acusado y a las eventuales consecuencias que ello pudiera determinar. En la citada sentencia de 8/6/2007 se recogía que el incapaz padece un trastorno de personalidad paranoide y trastorno bipolar con predisposición a descompensaciones periódicas y que desde el año 1996 ha presentado varias descompensaciones psicóticas con ideación delirante de contenido megalománfaco y paranoide, mostrándose reticente a tomar la medicación pautada, estando predispuesto a sufrir descompensaciones periódicas y trastornos de conducta.

Y así el artículo 239 del código Civil precisa que "la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo".

De igual modo, el artículo 4 de la Ley 4/1995, de 21 de marzo, de Creación de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, establece en sus tres primeros apartados que: "Son fines de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos:

a) El ejercicio inexcusable de la tutela y curatela de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente, residentes en la Comunidad de Madrid, en los términos fijados por el Código Civil, cuando así lo determine la autoridad judicial competente.

b) La asunción, en su caso, de la Defensa Judicial de los residentes en la Comunidad de Madrid sobre los que se haya iniciado un proceso de incapacitación, así como el ejercicio de cuantas funciones determine la autoridad judicial en medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces en situación de desamparo.

c) El fomento y realización de acciones encaminadas a la integración y normalización de los tutelados por la Agencia, facilitando recursos sociales, la atención personal del incapacitado, su cuidado, rehabilitación o recuperación y el afecto necesario".

Por todo resulta relevante que ya con anterioridad a la aceptación del nombramiento, conocía la Agencia las circunstancias del presunto incapaz, especialmente su incumplimiento de la toma de medicación con la predisposición a descompensaciones periódicas y trastornos de conducta, conforme fue debatido en el procedimiento de incapacitación; según refiere la sentencia recaída en el mismo de fecha 8/6/2007 . Sin embargo, pese al deber de vigilancia inherente a la tutela, no consta que, desde que tuvo lugar la aceptación de la misma hasta la producción de los hechos, que hubiera realizado actuación alguna para el efectivo ejercicio de sus obligaciones en relación con el tutelado, ni siquiera dirigida a su localización, pese a la situación de riesgo que podría entrañar para sí mismo y para terceros. Tanto más cuando las frecuentes descompensaciones cursaban con rapidez.

Precisamente en ello radica la culpa o negligencia que exige el artículo 120.1º CP para imponer la obligación subsidiaria de responsabilidad del tutor. Y ello teniendo en cuenta la incidencia que en el hecho delictivo producido tuvo el estado psíquico del tutelado. En definitiva, la entidad responsable conocía con suficiente antelación a la aceptación de la tutela el estado del incapacitado y, por consiguiente su necesidad de vigilancia y control propios del ejercicio de la tutela, lo que desde un inicio descuidó sin preocuparse siquiera del lugar donde se encontraba.

De igual modo, conforme argumenta el Tribunal Superior de Justicia, no exime de aquella obligación la circunstancia de que otros organismos, como la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal, se hubieran abstenido de proveer a la adopción de medidas de guarda o custodia del tutelado, en cuanto el primer responsable en ese aspecto es el órgano tutelar a quien, en su caso correspondería dar cuenta a esas autoridades de la situación del incapacitado que primordialmente está bajo su control>>.

En cuanto al requisito de convivencia exigido por el artículo 120.1 CP indica que el que, en este caso, el tutor sea una persona jurídica hace que no pueda

<< ser literalmente interpretado en forma análoga a la que tendría lugar con respecto a personas físicas, tampoco resulta eludible, sino como explicita la sentencia recurrida, en coherencia con los citados preceptos del Código en torno a la custodia y guarda de los tutelados, deberá ser entendida como una situación de residencia bajo el control y cuidado del organismo público competente, que habrá de entenderse concurrente siempre que tal asistencia sea precisada por el incapacitado, pues otra inteligencia llevaría a entender que no existiría, ni tampoco la consiguiente responsabilidad que se establece, si el incapacitado queda por completo al margen de la protección derivada de la tutela en su más amplio contenido.

Especialmente significativa en el caso de autos, donde el incapaz, cuando es encontrado, varios días después de la comisión delictiva, es ingresado en la unidad de agudos del servicio de psiquiatría del Complejo Hospitalario Universitario de Vigo, donde presenta un cuadro delirante de perjuicio, es diagnosticado de esquizofrenia paranoide y no se autoriza el alta para traslado a su Unidad de referencia hospitalaria hasta cinco días después>>.

Varias ideas podemos extraer para fijar el contenido de esta sentencia y el alcance general o no de la misma:

1.- Lo primero, algo que ya hemos indicado. Estamos ante una sola sentencia de carácter penal. No crea jurisprudencia por lo que solo debe concedérsele a la sentencia un alcance limitado.

2.- Contempla un supuesto de entidad de carácter público y por eso lo pone en relación con el artículo 239 CC. No creo que ese planteamiento quepa en el caso de entidades tutelares de carácter privado, incluso en el caso de que las mismas tengan una participación pública.

3.- Creo que parte de una concepción jurídica errónea ya que el defensor judicial del procedimiento salvo que se le concedan en el nombramiento otras atribuciones solamente tiene las de defender al demandado en el procedimiento civil, luego solamente de ello puede derivarse responsabilidad.

4.- Me parece forzada jurídicamente la interpretación que establece de convivencia. Cierto que en el caso de las personas jurídicas esta debe modularse pero no hasta el punto de eliminarlo como entiendo ocurre en esta sentencia donde ni siquiera se conocía el paradero del luego tutelado.

Por todo ello, creo que la sentencia no cambia lo que hemos manifestado en esta ponencia.

#### **VIII.- Conclusiones finales.-**

1.- El establecimiento de la responsabilidad civil de los guardadores de un incapaz, aunque al parecer se encuentra clara en la ley, es tremendamente confusa en la doctrina y carece del suficiente apoyo jurisprudencial que clarifique la aplicación de la misma.

2.- Es preciso distinguir los casos del incapaz imputable, o con conocimiento suficiente para discernir, del que carece del mismo. Dicho de otro modo, la mera existencia de la sentencia de incapacitación y el nombramiento de tutor no debe conllevar, necesariamente, a la responsabilidad civil de los padres o guardadores.

3.- Si el incapaz posee discernimiento será él mismo el que deberá responder de acuerdo con el artículo 1902 CC.

4.- El incapaz no deja de tener la obligación de responder, ya que si posee discernimiento suficiente, deberá responder por sus actos y en el caso de carecer del mismo, responderá si los responsables directos carecen de bienes para ello por un mero principio de equidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 3-2º CC.

5.- Los tutores personas jurídicas o instituciones tutelares poseen la misma responsabilidad con las especialidades que sean necesarias.

6.- En el caso de que el guardador responda por los actos del pupilo podrá repetir sobre los bienes de este, con la salvedad de que los hechos hayan sido realizado por culpa o negligencia de los mismos, y teniendo en cuenta el grado de discernimiento del pupilo.

7.- Sería conveniente que los tutores concertaran seguros de responsabilidad civil, para lo cual deberían contar con el apoyo de los poderes públicos ya que la constitución de

una guarda formal es uno de los medios fundamentales de protección e integración de estos sectores lo que constituye uno de los principios rectores de la política social de acuerdo con el artículo 49 de la Constitución.

## **B.- ¿ ES POSIBLE LA RETRIBUCIÓN POR LA TUTELA EJERCIDA POR PERSONAS JURÍDICAS? ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN.**

### **1.- INTRODUCCIÓN.-**

La actual coyuntura económica crea para todas las personas que se desenvuelven en el terreno de la discapacidad una situación que acrecienta la importancia de los mecanismos de obtención de fondos y ayuda para poder continuar la labor comenzada y subvenir a las necesidades básicas de las personas con discapacidad. Nosotros vamos a tratar en nuestra exposición problema derivado del derecho a remuneración del tutor de acuerdo con las circunstancias sociales actuales, tanto en el caso de personas físicas como jurídicas, públicas o privadas. No se por qué, pero la realidad es que, muchas veces, vemos la retribución con desconfianza. Pero, como mantienen los profesores Castan y Bercovitz, *“ la posibilidad de retribuir al tutor debe ser valorada positivamente. La retribución contribuye a la consecución de una dedicación real del tutor, en tiempo y trabajo, al ejercicio de su función de protección y representación personal y patrimonial del tutor. Ello resulta más importante todavía en una sociedad en la que los vínculos familiares se han debilitado y en un ordenamiento que ha abandonado -justificadamente- el modelo de tutela familiar y se ha acogido a la tutela judicial”*.

Un buen ejercicio tutelar puede exigir la compensación del tutor por el trabajo realizado máxime en un régimen de tutela de autoridad y cuando esta se hace de forma casi profesional en el caso de las personas jurídicas. Reflexionaremos sobre los criterios que pueden tenerse en cuenta para la determinación de esta remuneración en los distintos casos.

### **II. ASPECTOS GENERALES DE LA RETRIBUCIÓN AL TUTOR.-**

El derecho a la remuneración del tutor se contempla en al artículo 274 CC que expone:

*“ El tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita. Corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 del rendimiento líquido de los bienes”*.

Frente a los Códigos alemán e italiano, en los que la regla general es la gratuidad de la tutela, el legislador español está anclado en el planteamiento romano de la función tutelar, que, en esencia, atribuye al tutor el cargo propio del administrador de un patrimonio y, por ello, con derecho a ser retribuido. Algún autor considera que este planteamiento romano y que la tutela debe considerarse gratuita, siendo la retribución admisible solo en excepcionales supuestos, **tales como los de tutela desempeñada por personas jurídicas.**

Pero la nota de la gratuidad de la tutela no es pacífica. No puede concluirse con rotundidad del artículo 274 C.c. si la retribución aparece como algo natural o excepcional en el funcionamiento ordinario de la tutela.

Así, por un lado, GIL RODRÍGUEZ, BERCOVITZ y ROCA TRÍAS afirman que, en principio, el ejercicio de la tutela es esencialmente gratuito, la retribución no es de la esencia de esta institución; el tutor sólo tiene derecho a retribución cuando el patrimonio del tutelado lo permita.

Sin embargo, LETE DEL RÍO y ALBÁCAR/MARTÍN GRANIZO parecen formular en contrario el principio general: Aunque la tutela es una función, el cargo de tutor es remunerado. El legislador actual, como el de 1889, parte en los artículos 274 y 275 CC de que la tutela, **como deber u obligación que es, debe ser remunerada bien que con ciertos límites, esto es, el principio se encuentra supeditado a que el patrimonio del tutelado lo permita, salvedad que debe interpretarse en el sentido de que el tutelado no sufra perjuicio.**

En cualquier caso, con independencia de cuál sea el principio general que se tome como punto de partida, corresponde al Juez fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes (artículo 274 CC); trabajo en referencia al cual **el precepto no hace distingos entre el aspecto personal y patrimonial del ejercicio de la tutela**, por lo que parece que la atención a uno y otro ámbito es igualmente merecedora de retribución, razón por la que el tutor de la persona no debe quedar excluido de la misma -la atención personal del menor o incapacitado puede conllevar un volumen muy importante de trabajo y responsabilidad-.

Se puede decir, por ello, que aunque el ejercicio de la tutela constituye un deber para el llamado a ella, se trata, sin embargo, de un deber remunerado.

Este artículo parece consagrar **el arbitrio judicial en todo lo referente a la retribución del tutor**. Así, el Juez no solamente habrá de fijar la cuantía de la misma, sino también su modo de percepción, e, igualmente, corresponde al órgano judicial tomar la fundamental decisión previa de si el patrimonio del tutelado permite o no el pago de una retribución al tutor.

Ante todo, es preciso dejar clara **la naturaleza de la retribución** prevista en el artículo 274 CC como contraprestación por los servicios del tutor, para indemnizarle del trabajo personal a que viene obligado y que frecuentemente puede entorpecer sus propios intereses, y de la estrecha responsabilidad que sobre él pesa, y su diferencia con la indemnización del artículo 220 CC a cargo, asimismo, de los bienes del tutelado, a la que puede tener derecho la persona que en el ejercicio de una función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte y no pueda obtener por otro medio su resarcimiento.

En cuanto a los **criterios para determinar la cuantía de la retribución** el artículo habla del valor y rentabilidad de los bienes del tutelado y del trabajo a realizar por el tutor. La concurrencia de estos requisitos provoca el que por muy grande que sea el rendimiento de los bienes del tutelado, la retribución únicamente ha de pagar el trabajo desarrollado, sin que pueda servir para que aquél se enriquezca a costa de la tutela.

a.- Por último, **el dato de las necesidades del pupilo**, omitido por el artículo 274, es fundamental, y debe ser examinado por el juez previamente a la decisión de si el tutor

tendrá o no una retribución; ya que al valorar si el patrimonio del tutelado permite o no la retribución, **deberá tomar en cuenta si el rendimiento líquido de los bienes es o no suficiente para cubrir las necesidades** de alimentos, vestidos, habitación y educación del pupilo por todo el tiempo que se prevea que haya de durar la tutela; **y únicamente si esto es así, es decir, sólo cuando las necesidades del incapaz queden suficientemente cubiertas, cabrá la retribución al tutor, con lo que pueda sobrar o con lo que se prevea que haya de sobrar.**

b.- El **trabajo del tutor** tiene que medirse tanto por la cualificación profesional que el mismo implique como por la cantidad de tiempo y la intensidad que requiera, lo que determinará por tanto el incremento o no de dicha retribución.

La dificultad en el ejercicio de la tutela no se deriva exclusivamente de la existencia o gestión de un patrimonio importante, sino que deberá ser tenida en cuenta la dedicación personal que requieren en nuestro caso, la mayoría de los tutelados.

Hemos de tener en cuenta que el trabajo debe ponderarse conjuntamente, y que puede proceder tanto del cuidado de la persona del tutelado como de la administración de otros bienes del tutelado que no sean productivos o suficientemente productivos.

c.- El **rendimiento líquido de los bienes o su rentabilidad** constituye el último factor para la determinación de la retribución del tutor.

Se trata de una rentabilidad que no procede de bienes en el sentido vulgar o económico del término, pero que sí que procede de un bien en sentido jurídico, puesto que deriva de un derecho de crédito, que, de acuerdo con el artículo 333 y siguientes del CC, debe ser considerado como un bien mueble y que por consiguiente habrá de fijarse no sólo en función de la rentabilidad, sino **también del valor de los bienes del incapaz.**

Como nos indica Rodrigo Bercovitz: *“Los rendimientos líquidos se calculan detrayendo los gastos de los rendimientos brutos, salvo los gastos que suponen precisamente la retribución del tutor, puesto que éste se fija a partir de aquellos”.*

Esta forma de calcular la retribución del tutor que no atiende a la rentabilidad líquida de los bienes del incapacitado es la forma habitual que algunos juzgados vienen admitiendo.

Así la Audiencia Provincial de Málaga, sección sexta, en los distintos autos que ha dictado en esta materia establece que:

*“Como ya ha sido resuelto por esta Sala (Auto 296/06), aunque la tutela es una función, **el cargo de tutor es remunerado**, determinando expresamente en este sentido el artículo 274 del Código Civil que el tutor tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita, retribución que se hará depender del hecho de que el patrimonio del tutelado lo permita, es decir, **de su fortuna (patrimonio)**, estableciéndose por ley dos posibles formas de retribución, bien mediante un tanto por ciento -indicativo- del rendimiento líquido de los bienes (patrimonio), sin que en ningún caso sea inferior al 4% ni exceder del 20%, bien mediante la asignación de frutos por alimentos cuando concurren las circunstancias a que se refiere el artículo 275 del mismo cuerpo legal sustantivo, disponiendo la primera de las normas comentada como corresponde al juez fijar su importe y el modo de percibir/o, para lo cual tendrá en cuenta **el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes**, procurando en lo posible que la cuantía de la retribución no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100*

*del rendimiento líquido de los bienes, lo que significa que serán las rentas o productos líquidos de los bienes los gravados por la retribución del tutor”.*

Otros juzgados por el contrario entienden que, si el patrimonio del incapaz es mínimo, o tiene una PNC aún cuando tenga un remanente anual por tener cubiertas las necesidades por otras ayudas públicas no se tiene derecho a retribución.

Bercovitz indica *“tampoco existe obstáculo en el tenor literal del nuevo art. 274 del CC para que, en su caso, la retribución se produzca total o parcialmente a costa del propio patrimonio del capital del tutelado. Es obvio que se trata de un resultado en el que no se ha pensado, pero el texto legal lo admite y puede ser adecuado a determinadas circunstancias. Basta con pensar en patrimonios cuya rentabilidad sea pequeña. Es este momento oportuno para recordar que el tercer factor que el art. 274 CC recoge expresamente para fijar la retribución del tutor es **el valor de los bienes** como algo que se diferencia del trabajo que ese mismo valor puede determinar”*.

Según el artículo 274 CC el juez debe procurar *“en lo posible que la **cuantía de la retribución** no baje del 4 por 100 ni exceda del 20 por 100 de ese rendimiento”*, por lo que podrá establecer una retribución por encima o por debajo de dichos porcentajes de forma excepcional. Se trata de una limitación que se relaciona con los incrementos netos que va experimentando el patrimonio del tutelado, una vez deducidos los gastos de producción de esos incrementos.

### **III.-REMUNERACION DE LA PERSONA JURÍDICA TUTORA.-**

Con respecto a esta cuestión se enfrentan dos posturas:

**a.-Tesis negativa.-** Basándose en que el desempeño de la tutela es consustancial a los fines de las mismas, que no deben tener ánimo de lucro, y que estas personas reciben subvenciones que hacen incompatible el cobro del servicio se oponen a la posibilidad de retribución de las mismas.

**b.- Tesis positiva.-** Parte de que en las mismas se dan una cierta profesionalización que justifica la retribución, sin que la ley la excluya en estos casos.

La **inexistencia de ánimo de lucro** lo que supone es no repartir beneficios, pero no el no poder recibir remuneración alguna para ejercer mejor sus funciones, y que no existe inconveniente en el caso de recibir subvenciones si estas no disponen la prohibición de remuneraciones.

Siendo ello así, una persona jurídica puede ser nombrada como tutor si no ha surgido con finalidad de enriquecimiento: de *“partir entre sí las ganancias”*<sup>52</sup>. Lo

---

52

□ Vid., entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1996 y 21 de junio de 1998. En otro orden de cosas, en la doctrina mercantilista actualmente existe una corriente que pretende relativizar el ánimo de lucro con la intención de ampliar el concepto de sociedad. En tal sentido, se indica que no constituye el *fin común esencial* del contrato de sociedad –la causa por la que se origina–, aun cuando sí sea el *fin común usual* de todo contrato de tal categoría. A favor de esta nueva corriente vid. PAZ-ARES, “La sociedades mercantiles” en VVAA., *Lecciones de Derecho mercantil*, tomo I, coord.. AURELIO MENÉNDEZ, 5ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2007, p. 272 y SÁNCHEZ CALERO-SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho mercantil*, tomo I, 30ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pp. 286-288. En contra, VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho mercantil*, 19ª ed., Tirant lo



anterior no empecé entender que el requisito de la ausencia de lucro no se incumple por el hecho de que la persona jurídica maneje dinero e incluso cobre por los servicios prestados. En este ámbito ha de diferenciarse claramente el ánimo de lucro –“*partir entre sí las ganancias*”, o dicho en otros términos, el reparto de dividendos– con la necesidad de manejar y recaudar fondos para el ejercicio de la actividad de que se trate<sup>53</sup>. En tal sentido, una persona jurídica que preste servicios profesionales puede ser retribuida sin que de ello haya de seguirse necesariamente la existencia de *animus lucrandi*.

La inexistencia de lucro, por tanto, se arbitra como una garantía para eludir la “mercantilización” del servicio personal que ejerce el tutor. Siendo ello así, la posibilidad de nombrar a una persona jurídica con ánimo de lucro como tutora en el ámbito patrimonial respetaría la intención con que se incluyó tal exigencia. Es más, cabría pensar también que la búsqueda de rentabilidad del patrimonio del tutelado por la persona jurídica con ánimo de lucro constituye el mejor modo de gestionar tal patrimonio: en la medida en que tales servicios se realicen bien, la relación tutelar sería “más beneficiosa para el tutelado”. Y es que en el ámbito patrimonial ¿qué hay más beneficioso para el interés del incapaz que la rentabilidad de su patrimonio?

No ha de olvidarse que la supervisión y control que ejerce la autoridad judicial en el ámbito tutelar constituye una garantía de que la prestación de tales servicios no se efectúa de manera fraudulenta –en beneficio de la persona jurídica– sino en beneficio del tutelado.

Nosotros nos decantamos por esta segunda solución por entenderla más acorde con el interés de los discapacitados, y hacer más efectiva esta clase de tutela. Por tanto, el derecho a una retribución se extiende a cualquier tutor, el que lo sea de la persona y bienes, o sólo de la persona, o sólo del patrimonio, y al caso de pluralidad de tutores, y, por supuesto, es independiente del carácter de persona física o jurídica del tutor nombrado.

En este mismo sentido, analizando **la posibilidad de que una fundación pública sin ánimo de lucro pueda percibir retribución por los servicios prestados**, se viene pronunciado de forma favorable la Audiencia Provincial de Málaga, sección sexta cuando en distintos autos (Auto 310/2006 de fecha 18 de octubre de 2006; Auto 311/2006, de fecha 18 de octubre de 2006; Auto 327/2006, de fecha 31 de octubre de 2006) nos indica que:

*“ Por lo que se refiere a la posibilidad discutida en la litis de que una persona jurídica, carente de ánimo de lucro, pueda percibir alguna retribución por los servicios que presta a la persona tutelada por ella, esta Sala considera, que existe dicha posibilidad por cuanto en el caso de los sometidos a tutela, el Código Civil no discrimina a las personas jurídicas para que no puedan solicitar el derecho a una retribución del cargo que ejercen. Sin embargo, cuando la persona jurídica que ejerce la tutela, es una fundación, resulta particularmente extraño el empeño en solicitar una retribución con cargo al patrimonio de la persona tutelada, sobre todo*

---

Blanch, Valencia, 2006, p. 263 y LOJENDIO OSBORNE, “Las sociedades mercantiles” en VVAA., *Derecho mercantil*, coord. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, 11ª ed., Ariel, Barcelona, 2006, p. 206.

<sup>53</sup>

□ Cfr. HEREDIA PUENTE y FÁBREGA RUIZ, *Protección legal de incapaces*, cit., pp. 72 y 73.

*cuando, como ocurre en autos, se pretende en casos de personas con escasos ingresos, en los que precisamente la llamada al cargo de la fundación suele venir motivada por la imposibilidad de otros familiares para soportar las cargas, siempre onerosas, para quien la ejerce, de la función tutelar. Ahora bien, el hecho de que la fundación tenga un patrimonio, que ha de ser suficiente para el cumplimiento de sus fines fundacionales con arreglo al artículo 10 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la participación privada de Actividades de Interés General, afecto a la realización de fines de interés general, no supone un obstáculo a que el mismo esté constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica y, en concreto, a que pueda obtener ingresos de sus actividades, según el artículo 24 de la citada ley, siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles benefactores, dada la dificultad de los poderes públicos de atender plenamente ese interés general y el protagonismo que la sociedad reclama y entrega a las fundaciones sin ánimo de lucro.*

*De ello cabe colegir que la retribución del cargo, será posible siempre que el patrimonio del tutelado lo permita y se ha de determinar teniendo en cuenta el trabajo a realizar y el valor y rentabilidad de los bienes”.*

No obstante, cuando la tutela esté a cargo de **una entidad administrativa o fundación pública**, al ser un servicio público, puede dudarse de que el órgano tutelar tenga derecho a una remuneración, mostrándose la mayor parte de la doctrina contraria a esta posibilidad.

Nosotros no tenemos ello tan claro y ello porque existen multitud de casos de copago y de cobro de tasas por servicios públicos esenciales por lo que no es desconocido esto en el caso de entidades públicas.

#### **IV.- UN EJEMPLO: EL MODELO ADOPTADO POR LAS FUNDACIONES GRANADINAS Y JIENENSE DE TUTELA.**

Queremos traer como ejemplo un protocolo de retribución pactado en Granada y Jaén por las Fundaciones Granadinas y Jiennenses de Tutela y el Ministerio Fiscal para facilitar unas retribuciones lógicas a estas entidades.

Debemos tener en cuenta que estas entidades son de carácter mixto, no públicas, si no privadas con parte de sus fundadores entidades públicas y viven de subvenciones hoy cuando menos congeladas por la crisis lo que está perjudicando de forma importante a su viabilidad.

Tras varios años de experiencia en la actividad tutelar, y debido a la crisis económica, han entrado en una situación de falta de recursos que ha hecho que se plantee la necesidad de obtener remuneraciones en lo posible de los tutelados a los que asiste. Ciertamente el trabajo que viene desarrollando con sus tutelados permite que estos, a pesar de tener un perfil socioeconómico bajo, puedan disponer de recursos económicos suficientes para que, cubiertas prioritaria y primordialmente sus necesidades y quedando atendidas las obligaciones adquiridas, puedan colaborar en el sostenimiento de los fines fundacionales. Esta colaboración puede hacerse desde la retribución por el servicio que reciben por parte de esta entidad tutelar.

El patrimonio del tutelado puede permitir la retribución al tutor (artículo 274 Código Civil) precisamente por la eficiente administración que estas entidades están llamadas a ejercer en beneficio de quien está limitado a realizarlo por sí mismo.

El ejercicio de sus funciones tutelares (administración de los bienes, cuidado de los ingresos de las pensiones u otros que perciba el tutelado, efectuar los pagos de los servicios que recibe y cuidar de la calidad y adecuación de estos, atender a sus necesidades, conocer y adoptar decisiones -consensuadas en la medida de sus capacidades- respecto de su situación personal, mantener contactos con ellos o con el centro o servicio que le presta apoyo, etc) obliga al tutor a contar con una infraestructura de recursos materiales y de personal absolutamente imprescindible tanto en el ámbito administrativo como social y jurídico. Constituye, pues, una obviedad recordar que el desempeño de la tutela genera unos gastos; gastos que, dada la actual coyuntura económica, la administración competente tiene más dificultades en financiar; y, de todos modos, el acceso a fondos públicos para el desempeño de tales funciones no tiene por qué excluir que el propio tutelado colabore en sufragar tales gastos en proporción a su patrimonio o medios.

Existiendo un riesgo real de falta de financiación y liquidez que pudiera abocar a la extinción de la entidad creemos que la retribución puede ser un medio para, de alguna manera y aunque en pequeña medida, mantener la labor social que justifica la existencia de una entidad tutelar que asume cargos de personas que no tienen familia o que teniéndola ésta no es idónea para el ejercicio del cargo tutelar.

Por otra parte entendemos que, con la remuneración por el ejercicio del cargo no se contraviene ninguna normativa para entidades fundacionales sin ánimo de lucro dado que la retribución no tiene, en ningún caso y bajo ningún concepto, finalidad lucrativa. Ni se debe entender como cobrar por los servicios prestados, ni mucho menos como si se tratase de repartir beneficios, ni una actividad económica propia de las sociedades mercantiles. Es más, el patrimonio afecto a la realización de fines de interés general está constituido por toda clase de bienes y derechos susceptibles de valoración económica y en concreto se pueden obtener ingresos de las actividades siempre que ello no implique una limitación injustificada del ámbito de sus posibles benefactores, es decir, que los ingresos que las fundaciones puedan percibir de sus beneficiarios no se convierta en motivo determinante de que la actividad fundacional se dirija únicamente al beneficio de estos y no de los demás sujetos a quienes la actividad benéfica de la fundación puede alcanzar.

Como consecuencia de ello se hizo la siguiente propuesta para detraer su retribución de los remanentes o saldos positivos que tengan los tutelados en base a los siguientes criterios:

- 1.- Que, en su caso, dichas cantidades se detraerán de los saldos positivos que tenga el tutelado siempre que estos existan y los mismos superen la cantidad de 1.000'00 € si son titulares de una póliza de decesos o de 3.000'00 € si no lo son, ya que 3000 es la cantidad necesaria para los gastos funerarios en su caso.

2.- El porcentaje a solicitar vendrá dado por el siguiente baremo:

<b>INGRESOS MENSUALES</b>	<b>PORCENTAJE A DETRAER</b>
357,70 a 480 €mensuales	4%
481'00 a 600 €mensuales	8%
601'00 a 800 €mensuales	12%
801'00 a 1000 €mensuales	16%
Mas de 1.000'00 €mensuales	20%

Las cuantías que delimitan cada tramo de ingresos serán revisados anualmente en función a la revalorización de pensiones u otros ingresos, tanto al alza como a la baja.

3.- Dado que las necesidades del incapaz serán atendidas primordialmente no siendo determinante la liquidación de la retribución, el porcentaje de retribución a aplicar ha de ser analizado año a año (en el momento de la rendición de cuentas) estudiando si es viable deducir el máximo autorizado o, por diferentes circunstancias, ha de ser menor o, incluso, no deducir nada en ese año concreto, de ahí que la cuestión fundamental sea asegurarse de que ese año sí se dan las condiciones de poder aportar ese porcentaje.

La cuantía del porcentaje que dejara de ser deducido en ese año se contemplará como una deuda a la Fundación que deducirá en el momento que el patrimonio del tutelado lo vuelva a permitir o a su defunción.

4.- En caso de fallecimiento del incapaz se liquidarán las retribuciones a fecha del deceso sobre el remanente que existiera en ese momento.

5.- La deducción de la retribución autorizada al tutor se realizaría, en su caso, trimestralmente dando cuenta de la misma en la siguiente rendición de cuentas.

Este sistema ya está dando sus frutos siendo ejemplo de ello los Autos de los Juzgados de 1ª instancia de Jaén número 4 de 16-11-2012 o el del Jaén 3 de 4 de julio de 2013 que fijan un 20%. También del Juzgado de La Carolina número 1 en su auto de 5-12-12 que establece un 12% habiéndose recurrido por la FJT para lograr el 20% por entender que lo permite el patrimonio del tutelado, o el de este mismo Juzgado de 29 de julio de 2013 que fija un 20%. Los del número 1 de Alcalá la Real de 16 de mayo de 2013, Villacarrillo 2 de 15 de mayo de 2013, o Martos 1 de 21 de febrero de 2013 que fijan un 20% y muchos otros que fijan cantidades menores. En la provincia de Almería se establece la remuneración de la Fundación Almeriense de Tutela por el Juzgado de Purchena ( Sentencias de 13-10 y 7-11 del 2011), a la Fundación Granadina de Tutela Juzgado de Huescar ( auto de 3-9-2012).

La solicitud de remuneración personalizada supone un cierto esfuerzo de gestión pero sus resultados son muy satisfactorios Así la Fundación Jienense de Tutela ha ingresado ya este año 21000 € estando previsto terminar el año con cerca de 42000 lo que está suponiendo un importante respiro en la complicada situación que atraviesa como consecuencia de los recortes<sup>54</sup>.

## **V.- ALGUNA JURISPRUDENCIA.-**

<sup>54</sup> Como ejemplo podemos decir que un auxiliar administrativo a tiempo completo viene a salir por 15800 €anuales.

**AP Barcelona, sec. 18ª, A 16-4-2010, nº 106/2010, rec. 435/2009**

Resumen

Estima la AP el recurso de apelación interpuesto por la entidad tutelar contra el Auto de instancia, que desestimó la pretensión. Revoca la Sala el pronunciamiento, y acuerda establecer el derecho de la actora a percibir retribución a cargo del patrimonio del tutelado, que se fija en el porcentaje del 10% del patrimonio líquido del incapaz, al entender **que la retribución que se reconoce no constituye un beneficio económico de las personas que integran la sociedad, sino un ingreso que ha de revertir en el cumplimiento de la finalidad fundacional, no siendo la retribución contraria a la exigencia de ausencia de ánimo de lucro de la Fundación, ni desnaturaliza tal finalidad.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Tutela Fundació Catalana Tutelar de Discapacitats Psíquics de Barcelona solicita en base al trabajo, el patrimonio de la persona tutelada y que la retribución servirá para mejorar su atención y protección y la de otros tutelados sin medios, el porcentaje máximo del 20% de la diferencia de sus ingresos y gastos corrientes, aunque dejando en consideración del juzgador el porcentaje o importe a establecer.

**SEGUNDO.- En anteriores resoluciones de esta Sala, Rollo nº434/2009 de 3 de diciembre de 2009, y Sentencia de 22 de julio de 2008 y Rollo núm. 309/2009 de 18 de febrero ya dijo que el Artículo 177 del Codi de Família que regula la remuneración del tutor no distingue entre persona física y jurídica, exigiendo sólo que el patrimonio de la persona tutelada permita la fijación de la retribución, sin perjuicio del derecho de reembolso de los gastos realizados como consecuencia del ejercicio de la tutela. Al no hacer distinción alguna entre la naturaleza jurídica de la persona de tutor, viene a permitir que pueda recibir retribución tanto una persona física como una jurídica y, dentro de éstas, tanto las públicas como las privadas.**

La fijación de una remuneración a cargo del patrimonio de una persona incapaz, **cuyo patrimonio es suficiente**, a favor del tutor, persona jurídica que tiene como finalidad el cuidado y atención de personas incapaces, que debe destinar todos sus recursos económicos a la consecuencia de dicho fin, se entiende que **va a redundar en el beneficio solidario de otros incapaces con insuficiencia de medios, de manera que la finalidad pública exigida por la ley se mantiene.** La retribución que se reconoce no constituye un beneficio económico de las personas que integran la sociedad, sino un ingreso que ha de revertir en el cumplimiento de la finalidad fundacional, tal como establece la Disposición Adicional Segunda, apartado b/ de la Ley 4/2008 y por tanto la retribución no es contraria a la exigencia de ausencia de ánimo de lucro de la Fundación, ni desnaturaliza tal finalidad.

**AP Barcelona, sec. 1ª, A 27-7-1999, rec. 1545/1997**

se llega a la conclusión, clara, de que **los cargos de la tutela pueden ser remunerados**, es decir se puede establecer para ellos una remuneración, remuneración que es global, por el desempeño mismo de tal función, **e independiente de los trabajos profesionales que sea preciso realizar en su ejercicio**, trabajos éstos que, precisamente por ser necesarios, igualmente se tendrían que realizar en el caso de no se instara una incapacitación judicial y el Juzgado no tuviera que intervenir, los cuales, y al realizarse en calidad de profesional y no de órgano tutelar, se cobran separadamente y con arreglo a lo que por los mismos corresponda en el ámbito profesional en que se desarrollen.

**AP Barcelona, sec. 18ª, S 28-10-2010, nº 602/2010, rec. 487/2010**

Se fija a favor del tutor una retribución mensual de 120 euros. Dicha cantidad se actualizará anualmente conforme al I.P.C.".

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**SEGUNDO.-** Sentadas así las bases del recurso, antes de nada hemos de señalar que el incapaz, si tiene medios, debe sostenerse con la holgura que su cuantía permita, tanto por razón de su propia dignidad, de modo que no dependa de nadie en lo económico si no lo necesita, **como por razón del tutor, que tiene derecho -art. 177 del Codi de família-- a ver remunerada su función, si los medios del incapaz lo permiten. Así la tutela de un incapaz no debe ser gravosa para el tutor o su familia, so pena de ahuyentar a quienes están dispuestos a ejercerla, y si bien debe velarse porque no existan abusos respecto de la economía del incapaz, ésta debe ponerla íntegramente al servicio del tutor sin que se le castigue, que bastante carga tiene con los aspectos personales de la tutela, siempre fatigosos y a menudo desagradables y conflictivos, no habiendo motivo alguno para convertir al tutelado en una carga --cuando tiene medios suficientes--ni a la tutela en un cargo gravoso del que todos quieren escapar.**

**AP Barcelona, sec. 18ª, S 15-2-2007, nº 91/2007, rec. 839/2006**

FUNDAMENTOS DE DERECHO . PRIMERO.- Se alza la apelante contra la resolución recurrida en cuanto le deniega la retribución por el ejercicio del cargo de tutora que había solicitado en su día, pretendiendo se revoque dicho pronunciamiento y se le conceda la misma en la cantidad 132,22 €/mes. El Ministerio Fiscal se opuso a tal pretensión.

**SEGUNDO.-** Sentadas así las bases del recurso, antes de nada hemos de señalar que el incapaz, si tiene medios, debe sostenerse con la holgura que su cuantía permita, tanto por razón de su propia dignidad, de modo que no dependa de nadie en lo económico si no lo necesita, **como por razón del tutor, que tiene derecho según el art. 177 del Codi de Família, a ver remunerada su función, si los medios del incapaz lo permiten -art. 182 CF --.**

**AP Las Palmas, sec. 3ª, S 23-1-2012, nº 13/2012, rec. 774/2011**

2.- SE NOMBRA TUTOR DEL INCAPAZ A como tutor de los bienes a la fundación FUTUPES, es decir para el ejercicio de las funciones del 1 al 6 de la Parte Dispositiva de la sentencia que declaró la incapacidad de Justiniano de este juzgado de 29 de febrero de 2008 y como tutor de la persona, es decir la función 7a de la Parte Dispositiva de la sentencia que declaró la incapacidad de Justiniano de este juzgado de 29 de febrero de 2008 a Fermín., con todas las facultades y deberes inherentes a esta declaración, debiendo comparecer ante este Juzgado en el término de siete días, a partir de al notificación de esta resolución para aceptar y jurar el cargo. Debiendo FUTUPES presentar un inventario de bienes, derechos y obligaciones del incapaz, en el plazo de sesenta días desde que acepte y jure el cargo. Instrúyasele de los derechos y obligaciones inherentes al cargo de tutor y especialmente, que deberá rendir cuenta anual de su gestión, para su aprobación judicial; **de la misma manera y una vez aprobado el inventario se proceda a remunerar el cargo de tutor con un 10% de los beneficios del rendimiento líquido de los bienes del incapaz anualmente tras ser presentada la rendición de cuentas anual.**

AP Valencia, sec. 10ª, S 19-10-2010, nº 675/2010, rec. 783/2010

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Queda circunscrito el presente recurso de apelación respecto a la remuneración interesada por la recurrente y acerca de ello debe decirse que no hay acuerdo doctrinal acerca de si la remuneración debe obtenerse de los rendimientos del patrimonio o puede extraerse del propio patrimonio; siendo defendibles ambos criterios, parece que debe atenderse a cada caso en particular, y fundamentalmente debe estarse a la cuantía del patrimonio del sujeto a tutela. De todos modos, entendemos que primeramente debe extraerse la remuneración de los rendimientos y frutos si el patrimonio efectivamente los produce; pero no hay inconveniente para que en algunos casos pueda también remunerarse a costa del propio patrimonio, en todo o en parte.

AP Pontevedra, sec. 6ª, S 30-12-2009, nº 683/2009, rec. 4246/2006

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**SEGUNDO.-** El segundo motivo del recurso es el de la improcedencia del establecimiento de una retribución mensual de 1.800 euros a favor del tutor. **No hay acuerdo doctrinal acerca de si la remuneración debe obtenerse de los rendimientos del patrimonio o puede extraerse del propio patrimonio; siendo defendibles ambos criterios, parece que debe atenderse a cada caso en particular, y fundamentalmente debe estarse a la cuantía del patrimonio del sujeto a tutela.** De todos modos, entendemos que primeramente debe extraerse la remuneración de los rendimientos y frutos si el patrimonio efectivamente los produce; pero no hay inconveniente para que en algunos casos pueda también remunerarse a costa del propio patrimonio, en todo o en parte.

AP Lugo, sec. 1ª, S 22-12-2006, nº 432/2006, rec. 412/2006.

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por Fundación Galega para a Tutela de Adultos, teniéndose por preparado el mismo y cumplidos los trámites del art. 458 y siguientes de la LEC. 1/2000 EDL 2000/77463 se elevaron los autos a la Audiencia Provincial para la resolución procedente, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección Primera.

**SEGUNDO.-** Ya ha tenido ocasión esta Sala de manifestarse sobre la presente cuestión, debiendo señalar que **el artículo 274 no discrimina la naturaleza jurídica de la figura del tutor, lo que permite que sea acreedor de tal título tanto una persona física como una jurídica y, dentro de estas, tanto las públicas como las privadas.** La cuestión es determinar si una Fundación, entidad de Derecho Público sin ánimo de lucro, constituida para hacer frente a la realidad social del abandono de incapaces puede o no serle reconocido el derecho a percibir una remuneración . **La fijación de una remuneración va a redundar en el beneficio solidario de otros incapaces con insuficiencia de medios al efectuarse su imputación a la entidad y no a ninguna persona física con lo que el fin público se conserva intacto sirviendo de apoyo al mejor funcionamiento del servicio que preste y al mismo tiempo se evita, aunque sea en pequeña parte, que el integro patrimonio de la incapacitada vaya a recaer en personas que no prestaron la debida atención a la misma, por lo que, en**

**conclusión, debe declararse que la entidad recurrente tiene derecho a una retribución y que dicha retribución será fijada por el Juzgado** ateniéndose a lo establecido legalmente en el artículo 274 del Código Civil EDL 1889/1 ,

**AP Burgos, sec. 3ª, A 4-4-2000, nº 210/2000, rec. 50/2000.** Resumen. La AP estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandado, Fundación Tutelar Castellano Leonesa de Deficientes Mentales, contra la resolución de instancia, que confirmaba la resolución recurrida en la que denegaba retribución alguna como consecuencia de la tutela que le había sido otorgada a la institución demandada. **Entiende la Sala que el art. 274 CC permite retribuir la tutela sin distinguir si el cargo de tutor es atribuido a una persona física o jurídica, aunque ésta última sea una fundación sin ánimo de lucro. Dicha retribución será a cargo del patrimonio del tutelado, siempre que sea posible, y se determinará teniendo en cuenta el trabajo a realizar.**

**AP Burgos, sec. 3ª, A 5-5-2000, nº 275/2000, rec. 61/2000** Resumen

Una vez más se plantea la cuestión del derecho del tutor a percibir la retribución que establece el art. 274 CC, cuando la tutela es ejercida por una Fundación Tutelar, que es la misma que en otras ocasiones la ha solicitado, habiéndole sido reconocido el derecho en resoluciones anteriores de esta Audiencia, sin más requisito que el previsto en el citado precepto, de que el patrimonio del tutelado lo permita. **Aún aceptando la retribución solicitada, la Sala preconiza un futuro cambio de criterio en relación a la retribución del cargo de tutor por parte de una fundación tutelar, que parece conveniente dilatar para no condicionar lo que puede ser una fijación definitiva de la cuestión y hasta tanto el Ministerio Público, bajo cuya vigilancia se ejerce la tutela, adopte una posición clara al respecto, de si procede la exclusión de cualquier clase de retribución cuando la tutela se ejerce por una fundación o si la misma ha de venir condicionada por otro tipo de circunstancias, como puede ser la capacidad económica de los beneficiarios de las actividades fundacionales.**

**TERCERO.-** Por lo que se refiere a la posibilidad discutida de que una persona jurídica carente de ánimo de lucro pueda percibir alguna retribución por los servicios que presta, esta Sala ha venido sosteniendo que puede hacerlo en la medida en que, en el caso de los sometidos a tutela, el Código Civil no discrimina a las personas jurídicas para que no puedan solicitar el derecho a una retribución del cargo que ejercen.