

La tutela ejercida por persona jurídica. Algunas ideas para su reforma*

*Guardianship by a legal entity.
Some guidelines for its reform*

por

ANTONIO LEGERÉN MOLINA

*Profesor contratado Doctor en el área de Derecho Civil
de la Universidad de A Coruña*

RESUMEN: La actual normativa relativa a la tutela ejercida por persona jurídica ha de ser completada para dar respuesta a los problemas que la creciente aplicación práctica de tal figura ha generado. A la vez precisa ser adaptada al contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Ante tal necesidad de reforma, el presente artículo pretende dar una serie de orientaciones o propuestas que pueden servir de guía para llevar a cabo tal tarea.

ABSTRACT: *The current rules on guardianship exercised by a legal entity must be completed to address the problems its increasing practical application has generated. At the same time needs to be adapted to the content of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006). Given this need for reform, this paper aims to provide a set of guidelines or proposals that may be a guidance to carry out that task.*

* Este artículo se enmarca en el Proyecto de Investigación del MICINN titulado «La tensión entre la promoción de la autonomía personal y la necesidad de instrumentos de salvaguardia de la persona con discapacidad: a la búsqueda del equilibrio necesario» (DER2010-17383 JURI), cuyo investigador principal es el doctor Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ.

PALABRAS CLAVE: Tutela. Persona jurídica. Reforma.

KEY WORS: *Guardianship. Legal entity. Reform.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN COMPLETA: EN PARTICULAR, EL DESARROLLO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 239.3 DEL CÓDIGO CIVIL.—3. MANTENIMIENTO DE LA «TUTELA DE AUTORIDAD» PERO CON UNA MAYOR DELIMITACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ.—4. INTRODUCCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA ENTRE LAS PREFERIDAS PARA EL CARGO DE TUTOR Y EL TRASPASO DEL CARGO POR EL JUEZ.—5. REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LAS CAUSAS DE EXCUSA E INHABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA.—6. LOS DELEGADOS TUTELARES.—7. INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DE LA PRETUTELA.—8. CONVENIENCIA DE LA DECLARACIÓN EXPRESA DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA TUTELA EJERCIDA POR LA ENTIDAD PÚBLICA.—9. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA ENTIDAD TUTELAR.—10. OTRAS CUESTIONES.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de la tutela ordinaria ejercida por persona jurídica, tres momentos han revestido una especial relevancia: la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, la Consulta 2/1998, de 3 de abril, de la Fiscalía General del Estado sobre la asunción de la tutela por personas jurídico-públicas y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006.

La importancia del primero de los tres momentos señalados reside en que por medio de la Ley 13/1983 se dio entrada en el ordenamiento jurídico español a la posibilidad de que la tutela se ejerza por una persona jurídica¹. De este modo, el Derecho español se aproximó a otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que ya permitían nombrar como tutor a entes de tal clase². Hasta entonces el cargo de tutor únicamente podía recaer sobre las personas físicas³. El artículo 242 del Código Civil fue el precepto que introdujo la, entonces, novedosa posibilidad, a cuyo tenor: «también podrán ser tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre sus fines estén la protección de los menores e incapacitados». Al margen de las variadas cuestiones que se derivan de dicho precepto —cuyo examen excede del presente trabajo—, ha de señalarse que, quizás por falta de previsión, el legislador únicamente hizo referencia expresa a la posibilidad que acababa de introducir en otros tres pre-

ceptos del Código Civil. Es decir, toda la regulación que el legislador dedicó a la tutela por persona jurídica venía constituida por el ya transcritº artículo 242 del Código Civil, por el artículo 251 del Código Civil, que recoge la excusa que se puede presentar para eludir el surgimiento o la continuación en el ejercicio del cargo de tutor⁴, el confuso artículo 254 del Código Civil⁵ y la referencia contenida en el artículo 260 del mismo cuerpo legal, que releva a la persona jurídica de carácter público de la obligación de prestar fianza⁶. Según se advierte, se trataba de una normativa muy escasa para regular un fenómeno que con el paso del tiempo ha ido cobrando mayor importancia.

Junto con el hecho de que la regulación sea escueta, también se advierte con facilidad que el resto del articulado dedicado a la tutela está centrado y vascula sobre las personas físicas⁷. Con todo, y a la espera del detallado análisis que en cada caso habrá de efectuarse, parece que el uso genérico del término *persona*, que se incluye en la normativa tutelar, permitiría su aplicación o adaptación a la tutela ejercida por una persona jurídica. No tanto, pues, por un deseo explícito del legislador, sino por la posibilidad material que concede el referido concepto⁸.

Lo hasta ahora expuesto nos lleva a una primera conclusión: la normativa específica relativa a la tutela ejercida por persona jurídica es escasa e incompleta, de manera que necesita ser reformada para dar respuesta a los problemas que su ejercicio genera y a otros no previstos por la Ley 13/1983, que introdujo esta posibilidad en el ordenamiento jurídico⁹.

El segundo de los momentos aludidos más arriba fue la Consulta 2/1998 de la Fiscalía General del Estado. La trascendencia de dicha Consulta reside en que, tras su aprobación, comenzó a atribuirse un mayor número de tutelas a las personas jurídico-públicas. La legislación de 1983, que respondió en gran parte al interés manifestado por familiares de personas con capacidad de obrar judicialmente modificada, posibilitó el surgimiento de personas jurídicas para ejercer funciones tutelares, de manera que al poco de su aprobación se constituyó la primera asociación dedicada a tal tarea¹⁰. Pues bien, aun cuando la posibilidad de atribuir la tutela a personas jurídico-públicas ya estuviese implícita en los preceptos introducidos por la reforma de 1983, su aplicación fáctica hubo de esperar unos años¹¹. En tal sentido, la Consulta 2/1998 vino a ser la confirmación que parecía estarse esperando de la viabilidad de tal nombramiento. A consecuencia de ello y ante la eventualidad de ser nombrados como tutores ordinarios, diversos entes públicos fueron creando personas jurídicas —algunas incardinadas en la propia Administración Pública y otras sin tal dependencia orgánica— destinadas específicamente a la asunción de los cargos tutelares¹².

Así las cosas, la reforma operada por la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad dio un paso más e introdujo en el año 2003 el actual artículo 239.3 del Código Civil. En lo que ahora interesa, la referida norma vino a confirmar la posibilidad ya existente en el ordenamiento jurídico de nombrar como tutor a una persona jurídica de carácter público. En efecto, al

margen de las interpretaciones a que dicho precepto ha dado lugar —en parte, favorecido por su carácter confuso e inacabado—, su tenor literal establece 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 este se encuentre en situación de desamparo*»¹³. De este modo, tanto la *entidad pública* a la que se refiere el precepto como otras personas jurídicas de tal carácter podrán ser nombradas como tutores ordinarios por el juez cuando no lo sean los aludidos en el artículo 234 del Código Civil. Lo hasta ahora expuesto nos lleva a la segunda conclusión: desde que se introdujo la posibilidad de que las personas jurídicas pudiesen ejercer el cargo de tutor —y de manera especial en lo que al ámbito público se refiere, desde la Consulta 2/1998 de la Fiscalía General del Estado— ha ido aumentando el número de supuestos donde a estas entidades se les designa judicialmente como tutores¹⁴.

El tercer momento de relevancia, en lo que a la normativa relativa a la tutela se refiere, viene constituido por la aprobación por las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En lo que ahora importa y junto con otras novedades introducidas en la referida Convención, este texto normativo ha supuesto un cambio de paradigma en materia tutelar: se aboga por un sistema de apoyos puntuales —limitados en el tiempo y en la intensidad— antes que por un mecanismo tendente a la representación y sustitución global de la voluntad de la persona con discapacidad¹⁵. La adaptación de toda la normativa española a la Convención aun no se ha realizado, siendo pequeñas las reformas operadas en materia civil¹⁶. Así pues —tercera conclusión— es preciso proceder a la adaptación del Código Civil a la normativa de la Convención. Y es que aun cuando la actual regulación sea acorde y respete el contenido de la Convención, ha de potenciarse el denominado «sistema de apoyos» para la toma de decisiones que garanticen la validez de los actos jurídicos realizados por las personas con discapacidad, así como su derecho de autonomía¹⁷. Lo anterior, en modo alguno elimina, a nuestro juicio, la necesidad de seguir manteniendo una figura que suponga la sustitución de la voluntad del sujeto. En efecto, aun cuando lógicamente deba potenciarse el «sistema de apoyos» de manera que se reduzcan al mínimo los supuestos en que haya de modificarse judicialmente la capacidad de obrar de una persona estableciendo un mecanismo que sustituya su voluntad, la experiencia práctica evidencia que siempre habrá casos donde sea necesaria tal representación, aun cuando pueda ser limitada en el tiempo y en el contenido¹⁸. Así pues, y al margen de la denominación que se le dé —apoyo intenso, tutela, etc.— sí parece conveniente que siga existiendo una figura parcialmente similar a la actual tutela, siendo también posible, por tanto, que sea ejercida por una persona jurídica¹⁹.

Según hemos visto, en la actualidad disponemos de una normativa de la tutela ejercida por persona jurídica de carácter incompleto que precisa ser adap-

tada al contenido de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y que ha de ser completada para dar respuesta a los problemas que la creciente aplicación práctica de tal figura ha generado. Ante la necesidad de la reforma, las páginas que siguen pretenden dar una serie de orientaciones o propuestas que pueden servir de guía para llevar a cabo tal tarea.

2. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN COMPLETA: EN PARTICULAR, EL DESARROLLO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 239.3 DEL CÓDIGO CIVIL

Una primera idea que, a nuestro juicio, ha de presidir la regulación que en el futuro se elabore sobre la tutela ejercida por personas jurídicas es su carácter acabado: la normativa que se introduzca ha de resolver todos los problemas y cuestiones relativos a tal modalidad de ejercicio de la tutela evitando reproducir la actual situación. En lo que ahora interesa y de manera específica, ha de procederse al desarrollo de la figura tuitiva a que alude el actual artículo 239.3 del Código Civil, anteriormente transcrita. A nuestro juicio, dicha norma hace referencia a una figura de naturaleza administrativa antes que a una tutela judicial ordinaria²⁰. De acuerdo con ello, la función temporal de protección en que consiste tal «tutela» surgirá a cargo de la *«entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces»* —esto es, la Comunidad Autónoma— cuando se den los dos supuestos de hecho que contempla el precepto: la inexistencia de tutor y en caso de desamparo²¹. En el primer caso —«cuando ninguna de las personas recogidas en el art. 234 sea nombrado tutor»— la citada función transitoria de protección que asumirá de manera automática la entidad pública —«por ministerio de la ley»— habrá de culminar en la constitución de una tutela judicial ordinaria que bien puede recaer sobre la misma *«entidad pública»* que ejerció la figura tuitiva señalada, o bien sobre otra persona jurídica. Y en el segundo supuesto de hecho —«cuando este se encuentre en situación de desamparo»—, la función de protección surgirá a fin de poner remedio a tal desprotección.

En lo que ahora importa, la posibilidad de que sobre una persona jurídica —en este caso, de carácter público— pueda recaer tanto el cargo de tutor ordinario (cfr. arts. 239.3, 242 y 260 CC) como el ejercicio de la «tutela administrativa» a que nos referimos (cfr. art. 239.3 CC), reafirma la necesidad de que la futura regulación de la tutela por persona jurídica sea completa y dé respuesta a los interrogantes que plantean ambas. Entre otros que serán mencionados en estas páginas, respecto del artículo 239.3 del Código Civil cabe aludir ahora a la necesaria delimitación de qué concreta entidad pública es la que debe asumir la tutela, los destinatarios de la figura tuitiva que contiene —si se trata de personas con capacidad de obrar judicialmente modificada o incapaces de hecho—, la

persona sobre la que recaen los deberes que se indican en el precepto, o, en fin, el procedimiento para declarar el desamparo.

3. MANTENIMIENTO DE LA «TUTELA DE AUTORIDAD» PERO CON MAYOR DELIMITACIÓN DE LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ

Otra de las ideas a tener en cuenta en una futura reforma de la tutela consiste en mitigar la «judicialización» de la tutela. Es conocido que la reforma de 1983 supuso un cambio de paradigma: de una «tutela de familia» se pasó a una «tutela de autoridad», que es el modelo actualmente vigente. En efecto, si hasta dicha reforma la tutela era de marcado carácter familiar —aun cuando en algunos supuestos tuviese cierta participación el juez— tras la citada modificación legislativa *«las funciones tutelares constituyen un deber; se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial»*, quien, *«de oficio o a instancia de cualquier interesado»*, puede adoptar todas *«las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código (...) en cuanto lo requiera el interés del tutelado»* (art. 216 CC). Y es conocido también que la razón del indicado cambio residió en la inoperancia que la experiencia había demostrado respecto del Consejo de Familia²².

Ahora bien, la reforma de 1983 parece que se extralimitó un poco en el sentido opuesto, pues introdujo numerosos casos en que ha de acudirse al juez. En efecto, tal y como está configurada la tutela en el Código Civil, resulta muy frecuente el recurso a los tribunales, bien para que puedan desempeñar la misión de seguimiento que se les atribuye (cfr. art. 216 CC), bien para solicitar, en trámite de jurisdicción voluntaria, autorizaciones para, por ejemplo, los actos a que se refiere el artículo 271 del Código Civil, bien para otras actuaciones. Así las cosas, y de acuerdo con los textos legales, la autoridad judicial actualmente interviene en cuestiones como: el internamiento (cfr. art. 763 LEC), la esterilización (cfr. art. 156 CP), la constitución de la tutela (cfr. arts. 231 y 259 CC), la designación del tutor (cfr. art. 234 CC), el establecimiento de medidas de vigilancia y control (cfr. art. 216 CC), los actos de especial trascendencia (cfr. art. 271 CC), la aprobación de la partición y división de la cosa común (cfr. art. 272 CC), la aceptación o no de las excusas que se presenten (cfr. art. 251 y sigs. CC), la aprobación de cuentas (cfr. art. 279 CC), la suspensión y remoción del tutor (cfr. art. 248 CC), la exigencia o no de fianza (cfr. art. 260 CC), el inventario (cfr. arts. 262 y sigs. CC), la resolución de desacuerdos entre tutores (cfr. art. 237 CC) o, en fin, la fijación de la retribución del tutor (cfr. art. 274 CC). Ello parece que habría de producir una *judicialización* de la vida familiar o corre el riesgo de convertirse en un *«intervencionismo judicial»*²³. En tal sentido, creemos que ha de buscarse un punto intermedio: actuando bajo la autoridad del juez, ha de reservarse su intervención para lo que verdaderamente

sea necesario²⁴. Es decir, ha de concederse un mayor poder de autonomía tanto al sujeto —mediante el sistema de apoyos— como, en su caso, al tutor, evitando la «judicialización» de esta institución. En consecuencia, a nuestro juicio, habrán de moderarse los casos legalmente establecidos en que actualmente resulta precisa la autorización judicial.

Además y a tal efecto, se advierte que la resolución judicial que, en su caso, establezca los apoyos o la tutela por persona jurídica, constituirá un elemento clave, pues será la que concrete y especifique los campos o actos en que también será necesaria la intervención del apoyador o de la autoridad judicial, tales como la autorización de contratos de trabajo, la disposición de dinero, la intervención para solicitar prestaciones asistenciales o, en fin, la adquisición, enajenación o gravamen de muebles o inmuebles.

4. INTRODUCCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA ENTRE LAS PREFERIDAS PARA EL CARGO DE TUTOR Y EL TRASPASO DEL CARGO POR EL JUEZ

El actual artículo 234 del Código Civil contiene, como es conocido, una lista de personas en quien primeramente ha de pensar el juez a la hora de escoger tutor. La lectura de la indicada prelación evidencia que en ella no se hace referencia expresa a las personas jurídicas. Cierto es que cuando se introdujo este precepto, el legislador no supo prever la importancia que con el tiempo habían de tener tales entes en el ejercicio de la tutela ordinaria. Pero cierto es también que bien pudo haber procedido a dar entrada expresa a tal posibilidad en el artículo 234 del Código Civil en alguna de las modificaciones legislativas que han afectado a dicho precepto²⁵. En cualquier caso, como hemos avanzado, el uso genérico de los términos permitiría incluir a las personas jurídicas entre los potenciales tutores a que aluden los apartados 1 y 4 del artículo 234 del Código Civil; esto es: «*al designado por el tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223*» —apartado primero— y «*la persona o personas designadas por estos (los padres) en sus disposiciones de última voluntad*» —apartado cuarto—.

Conforme al artículo 223 del Código Civil, el potencial tutelado puede establecer «*en previsión de ser incapacitado judicialmente en el futuro (...) cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor*». Así pues, cuando el tutelado haya designado previamente «*en documento público notarial*», y en previsión de su futura modificación judicial de la capacidad, a una persona jurídica como tutor ordinario, el juez habrá de nombrarla, salvo que el beneficio del tutelado aconseje otra cosa (cfr. arts. 223 y 234 CC)²⁶.

Por su parte, de acuerdo con el apartado 4 del artículo 234 del Código Civil, es posible que los padres designen en sus disposiciones de última voluntad a una persona jurídica como tutor de su hijo en caso de modificación judicial de

su capacidad de obrar. Cuando hayan establecido tales indicaciones, bien en testamento, bien en documento público notarial (cfr. art. 245 CC), vincularán al juez en el proceso de designación de tutor ordinario, quien habrá de nombrar a la persona jurídica designada por aquellos²⁷. Con todo, el juez puede desatender tales indicaciones y nombrar como tutor a otra persona si el beneficio del tutelado así lo justifica (cfr. art. 224 CC).

Lo anterior muestra que las personas jurídicas pueden tener cierta cabida en el artículo 234 del Código Civil. Ahora bien, según se advierte, serán pocos los supuestos en que así ocurra al basarse tal posibilidad únicamente en la interpretación genérica de los términos *persona* y *designado* que utiliza el referido precepto. Por ello, a nuestro juicio, parece oportuno incluir de manera expresa a las personas jurídicas en la lista de potenciales tutores a que alude el artículo 234 del Código Civil, de modo que no solo tenga cabida en los supuestos en que el futuro tutelado así lo haya previsto²⁸. Tal inclusión resulta, además, lógica, en atención al carácter habitual de la tutela ejercida por tales entes.

Junto con ello, también creemos que resulta oportuno regular de manera específica la posibilidad de que el juez pueda proceder a un cambio de tutor cuando alguna de las personas en quien primeramente le ordena pensar el artículo 234 del Código Civil recupere la idoneidad —si no la tenía— o «aparezca» —si no se le «había tenido en cuenta»—, al margen de que se trate de una persona física o jurídica. Es decir, a nuestro juicio, debe permitirse que el juez pueda valorar la nueva situación y proceder a un cambio de tutor, con fundamento en que el beneficio del tutelado lo aconseje; traspaso que actualmente no está expresamente permitido²⁹.

5. REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LAS CAUSAS DE EXCUSA E INHABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

En línea con lo apuntado anteriormente en el epígrafe segundo, también parece lógico que se regulen de manera separada las causas de excusa e inhabilidad referidas a las personas jurídicas.

Por lo que atañe a las causas de excusa, habrá de procederse, en primer lugar, a regular de un modo diferenciado las referidas a las personas físicas y las aplicables a las personas jurídicas³⁰. Asimismo, no estaría de más que también se distinguiesen las que pueden presentar las personas jurídicas de carácter privado de las que pueden alegar las de carácter público. Esto último se debe a que ha habido una intensa discusión doctrinal en torno a si las personas jurídico-públicas pueden alegar la única causa de excusa que actualmente puede presentar una persona jurídica para eludir el ejercicio del cargo de tutor: la «carencia de medios» (cfr. art. 251.2 CC). A tal fin, se argumentaba que resultaría sorprendente que en un Estado Social de Derecho (cfr. art. 1 CE) la Administración Pública

pudiese eludir las tutelas judicialmente deferidas con fundamento en una tal carencia de recursos³¹. Y se apuntaba que, aun partiendo del carácter limitado de los recursos públicos, de lo que se trata en el fondo es de un problema de reparto; esto es, de reorganización de los recursos existentes de tal modo que no se dejen de cumplir las competencias legalmente atribuidas y que, en este caso, se refieren a personas en situación de necesidad³². Aun siendo ello así y en atención a que es posible que una concreta entidad pública pueda estar en una situación de falta de recursos —ya materiales, ya personales—, a nuestro juicio no resultaría beneficioso para el tutelado el mantenimiento a toda costa de la tutela sin posibilidad de excusa³³. Por ello, en nuestra opinión, no sería adecuado privar a las personas jurídico-públicas de la posibilidad de excusarse en casos excepcionales. En tal sentido, y de acuerdo con la Consulta 2/1998 de la Fiscalía General del Estado, entendemos que cuando la ausencia de medios conlleve la falta de organismos, personas o funcionarios adecuados, así como la carencia de toda previsión orgánica y presupuestaria para el desempeño de tal misión o la imprevisión de infraestructura, sí cabría admitir la formulación de tal excusa. Por tanto, de modo excepcional y ante la incapacidad de desempeñar de modo adecuado las funciones tutelares —bien por tal carencia estructural, bien porque la entidad carece de capacidad de arbitrar mecanismos para subsanar tal falta en un plazo breve de tiempo—. Con todo, la nueva regulación debería remarcar expresamente este carácter excepcional de la excusa contenida en el artículo 251.2 del Código Civil cuando de personas jurídico-públicas se trata, manteniendo la redacción actual para las personas jurídico-privadas.

Junto con la mencionada, debería incluirse también otra causa de excusa que le permitiese a las personas jurídicas eximirse de la asunción de una concreta tutela cuando pueda no ser acorde con los fines de la entidad de que en cada caso se trate, porque, por ejemplo, el espectro de personas a que se dedica solo sea uno de los dos a que alude el artículo 242 del Código Civil —«menores e incapacitados»—, o bien porque dentro de uno de ambos grupos de personas esté especializada en algún colectivo concreto —por ejemplo, la enfermedad mental, la ancianidad, etc.—. Igualmente, sería oportuno incluir la posibilidad de excusa cuando, a juicio de la persona jurídica, puedan existir otras que sean mejores para el ejercicio de una concreta tutela, bien por razones de cercanía, de menor saturación de trabajo, o de anterior contacto con el tutelado, entre otras. Ahora bien, tales extremos habrán de ser valorados por el juez ante las pruebas presentadas por quien alega la excusa.

En lo atinente a las causas de inhabilidad, de las que actualmente regulan los artículos 243 y siguientes del Código Civil, únicamente resultan de aplicación a las personas jurídicas las recogidas en el apartado 2 del artículo 243 del Código Civil —remoción de una tutela anterior—³⁴, en los apartados 1, 2, 4 y 5 del artículo 244 del Código Civil —imposibilidad absoluta de hecho, existencia de enemistad manifiesta o de conflictos de intereses con el tutelado y situación

de concurso—³⁵ y el supuesto contenido en el artículo 245 del Código Civil —exclusión expresa por los padres del tutelado—³⁶. Mayores dudas suscita, en cambio, la aplicación o no a las personas jurídicas del supuesto contenido en el apartado 4 del artículo 243 del Código Civil: «*los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela*»³⁷.

Al igual que sucedía en el ámbito de las excusas, la reforma de la tutela por persona jurídica habrá de separar las causas de inhabilidad propias de las personas físicas de las que corresponden a las jurídicas. Junto con tal tarea, entendemos que habrían de incluirse también otras causas de inhabilidad. Así, no podrían ser nombradas como tutor las personas jurídicas que hubiesen incurrido en la situación de confusión de patrimonios entre el de la propia entidad y el del tutelado. Tampoco habría de permitirse el ejercicio del cargo de tutor ante un incumplimiento de las medidas de control y garantía impuestas por el Juzgado (cfr. art. 216 CC). O, en fin, también habría de constituir causa de inhabilidad el rechazo expresado por el tutelado pues, aunque una persona jurídica pueda resultar idónea desde una perspectiva teórica, ha de serlo «en concreto» respecto de un específico tutelado. En efecto, si este le rechaza o no reconoce su autoridad parece que «a efectos prácticos» resulta inhábil para el ejercicio del cargo³⁸.

Finalmente, no estaría de más la inclusión de un apartado donde se reconozca que la causa de inhabilidad —o también de remoción— que concurre en una persona física se traspasará a la persona jurídica tutora de la que dependa, cuando esta incumpla de manera constante y generalizada su deber de ejercitar la función tutelar, bien porque no sustituya a las personas que desempeñan mal dicha tarea —toda tutela a cargo de una persona jurídica es ejercida en último término por una persona física—, bien por desidia o dejadez en la supervisión de las tutelas, bien por otras razones graves.

E igualmente también resulta conveniente el señalamiento de la sanción en caso de que se nombre como tutor a una persona que incurra en causa de inhabilidad. Al ser la finalidad que se pretende con la regulación de estos supuestos garantizar un cumplimiento adecuado de la tutela ordinaria y beneficioso para el tutelado, creemos que el nombramiento judicial que contradiga causas objetivas y tipificadas será nulo de pleno derecho; esto es, las contenidas en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 243 del Código Civil y en los apartados 4 y 5 del 244 del Código Civil³⁹. En el resto de los supuestos, donde la apreciación subjetiva y casuística juega un papel importante, únicamente cabrá impugnar tal nombramiento, que puede dar lugar a una remoción del tutor o, en su caso, a una impugnación contenciosa de la desestimación judicial. Por último, creemos que también podría incluirse expresamente en la legislación que en los supuestos en que se declare la nulidad o se remueva al tutor ordinario, se podrán conservar, en virtud del principio del beneficio del incapaz (art. 216 CC), los actos que resulten beneficiosos para él.

6. LOS DELEGADOS TUTELARES

Según es conocido, en la actualidad la figura de los delegados tutelares no resulta muy utilizada; en parte, por la dificultad de encontrar tales personas, así como por la necesidad de darles una formación adecuada, lo que no siempre está al alcance de cualquier persona jurídica. En efecto, el ejercicio del voluntariado por los delegados tutelares —las personas que voluntariamente se comprometen a establecer una relación personalizada, cálida y cercana con el tutelado— precisa de una vocación de servicio y una adecuada formación, de manera especial en el campo de la enfermedad mental. En tal sentido, creemos que, dada la utilidad de esta figura —constituye un modo de salvar la distancia afectiva que pudiera existir entre el tutelado y la persona jurídica tutora—, habría de ser promovida. Así, la futura regulación de la tutela por persona jurídica habría de referirse expresamente y de manera detallada a los delegados tutelares: su incorporación a la entidad tutelar, requisitos necesarios para serlo, responsabilidad, etc.

7. INCORPORACIÓN DE LA FIGURA DE LA PRETUTELA

Otra de las materias que a nuestro juicio habrían de ser incluidas en el Código Civil en una futura reforma es la figura de la «pretutela», que, aunque se va abriendo paso en los diversos foros jurídicos, aun no se ha incorporado al ordenamiento⁴⁰. Como es conocido, con esta institución se pretende establecer una relación entre una persona con capacidad de obrar judicialmente modificada o no —en tal caso, discapacitada o incapaz de hecho—, su familia y la entidad tutelar que finalmente se hará cargo de su tutela ordinaria, una vez se establezca tal medida de protección mediante resolución judicial. De este modo se facilita el *tránsito* de la patria potestad o la tutela ejercida por los padres o un familiar, en su caso, a la tutela ordinaria ejercida por una persona jurídica. Con la pretutela se busca, por tanto, evitar «cambios traumáticos» para cuando aquellos no puedan continuar con el ejercicio de los mecanismos de protección y una persona jurídica haya de asumir la tutela ordinaria.

Así las cosas, la constitución de una «pretutela» puede tener lugar tras el conocimiento del nombramiento de una entidad tutelar en testamento o documento público notarial en previsión de la futura modificación judicial de la capacidad de obrar (cfr. art. 223 CC) o una vez que se constituye una tutela ordinaria, si los tutores nombrados, por ejemplo, son de avanzada edad. En cualquier caso, la constitución de la «pretutela» exige la existencia de un convenio bilateral entre la entidad tutelar y el futuro tutelado —o los titulares de la patria potestad o tutela— a efectos de regular la relación entre ellos hasta que la entidad asuma finalmente la tutela ordinaria⁴¹.

8. CONVENIENCIA DE LA DECLARACIÓN EXPRESA DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA TUTELA EJERCIDA POR LA ENTIDAD PÚBLICA

Ya quedó señalado con anterioridad que un desarrollo legislativo completo de la tutela por persona jurídica exige la concreción e interpretación global del artículo 239.3 del Código Civil; entre otras cosas y según comentamos, habrá de dilucidar si se trata de una tutela judicial ordinaria o de una tutela-protección de naturaleza administrativa. Sea ello como fuere, entendemos que una futura reforma legal habría de señalar expresamente lo que actualmente cabe colegir de la regulación: que la tutela ejercida por la *entidad pública* —sea cual fuere su naturaleza— tiene carácter subsidiario y entra en juego solo cuando los mecanismos jurídico-civiles ordinarios han fallado. De acuerdo con ello, cabrá impugnar un nombramiento de tutor ordinario a favor de la entidad pública en los supuestos en que no se cumpla la citada subsidiariedad; por ejemplo, porque existan personas hábiles para ser nombradas tutores⁴². En cualquier caso y en lo atinente a las tutelas judiciales ordinarias asumidas por personas jurídico-públicas, la constancia expresa de la referida subsidiariedad habrá de favorecer una disminución del número de tutelas a su cargo, redistribuyendo la carga de la función tutelar con los sujetos integrantes de la sociedad civil⁴³.

Asimismo, y de manera acorde con ello, entendemos que también habría de incluirse una regulación que contemple el posible ejercicio de la tutela de que sea titular una persona jurídico-pública por medio de otras entidades —públicas o privadas— o por personas físicas. Entre otras cuestiones, habría de preverse el nombramiento de tales entes o sujetos, el control del ejercicio de la tutela efectuado por la entidad titular, las posibles excusas a plantear por la concreta entidad o sujeto que ejercite materialmente la tutela a la entidad pública titular de la misma, etc.⁴⁴.

9. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DE LA ENTIDAD TUTELAR

Otra cuestión que podría facilitar el funcionamiento de las tutelas ejercidas por persona jurídica consistiría en admitir la intervención del Ministerio Fiscal —sin necesidad de autorización previa— en las sesiones de los órganos de gobierno de la entidad tutelar de que en cada caso se trate, así como su acceso a la documentación tutelar; función, por otra parte, que encajaría entre las atribuciones recogidas por el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal⁴⁵. De este modo, se podría hacer un mejor y más detallado seguimiento de la tutela que podría evitar el surgimiento de problemas⁴⁶. Se estaría resol-

viendo por adelantado las eventuales dificultades en vez de repararlas una vez consumados los perjuicios.

Asimismo, y sin «judicializar» el ejercicio de la tutela, podría ayudar a su buen funcionamiento que el juez hiciese un seguimiento más cercano, quizás con una rendición de cuentas de la tutela con mayor frecuencia que la anual.

10. OTRAS CUESTIONES

Lo expuesto hasta ahora constituyen, a nuestro juicio, algunas sugerencias de por dónde debe ir la regulación de la tutela ejercida por persona jurídica en una eventual reforma de esta materia. Según se advierte, se trata de las cuestiones más importantes, aunque lógicamente no las únicas, pues también podría hacerse referencia a la inclusión de otras materias menores, tales como la modificación del contenido del artículo 242 del Código Civil que recoge los requisitos para ser tutor a fin de sustituir el término «*incapacitados*»⁴⁷; la introducción expresa de la posibilidad de que también se retribuya a una entidad jurídico-pública por el ejercicio de la tutela cuando el patrimonio del tutelado lo permita⁴⁸; el señalamiento de la imposibilidad de toda persona jurídico-pública de contratar con el tutelado; la eliminación del extraño contenido del artículo 254 del Código Civil, que parece impedir la posibilidad de alegar excusas sobrevenidas a las personas jurídicas; el establecimiento de un criterio definitivo sobre la necesidad o no de audiencia durante el proceso de la persona jurídica que será nombrada tutora⁴⁹; la modificación del artículo 753 del Código Civil permitiendo que la persona jurídica tutora —por ejemplo, una fundación tutelar— pueda suceder al tutelado-testador en un mayor número de supuestos de los que actualmente se admiten, en atención a la labor desempeñada a su favor; la reforma del artículo 237 del Código Civil, regulando de manera específica la posibilidad de transferencia del cargo ante la inactividad de los tutores, atribuyéndoselo quizás, entonces, a una persona jurídica; la regulación separada de la tutela cuando de mayores y menores se trata, a la vista de las diferentes situaciones a que pueden responder; la posibilidad de admitir como tutor en la dimensión patrimonial de la tutela a personas jurídicas con ánimo de lucro; la elaboración de un procedimiento específico de seguimiento de la tutela para evitar que las autorizaciones otorgadas en vía de jurisdicción voluntaria no sean conocidas por el juez que estableció la tutela de modo que se cierre el paso a la posible «despatrimonialización» del tutelado en base a tales autorizaciones; la inclusión de un precepto que aluda a la obligación de recabar del Registro Civil la información relativa al tutelado antes de que el juez constituya la tutela; el establecimiento de un régimen específico de responsabilidad del tutor que evite la necesidad de acudir al general y que comprenda, entre otras cosas, los daños producidos al tutelado por incumplimiento o defectuoso cumplimiento de

las obligaciones tutelares, su posibilidad de repetición a la persona física causante del daño —si de tutela por persona jurídica se trata— o, en fin, la quizá obligatoria necesidad de concertación de seguros que eviten la descapitalización de una persona jurídica en caso de responsabilidad.

Todo lo anterior evidencia la improrrogable necesidad de proceder a una reforma sustantiva de la normativa de la tutela ejercida por persona jurídica, tanto para adecuarla al contenido de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como para resolver los problemas que en la práctica se suscitan, dotándola de un régimen completo y acabado.

NOTAS

¹ La introducción de la tutela por persona jurídica en el ordenamiento jurídico no estuvo exenta de problemas. En tal sentido, pueden verse los intensos debates que tuvieron lugar durante la tramitación parlamentaria en torno a la conveniencia o no de su regulación; en especial, los de la Comisión de Justicia e Interior y los del Pleno del Congreso de los Diputados (vid., respectivamente, *BOCG, Congreso de los Diputados*, CO 029, de 18 de mayo de 1983, pág. 970, y *BOCG, Congreso de los Diputados*, PL 039, de 24 de mayo de 1983, págs. 1827 y 1828).

² Tanto en el ordenamiento jurídico francés como en el alemán o el italiano, ya se permitía la tutela por persona jurídica con anterioridad a 1983. Cfr. la reseña que, sobre los ordenamientos suizo, alemán, francés e italiano, realiza MUÑÍZ ESPADA en *Las personas jurídico-privadas tutoras. En consideración al aspecto personal de la tutela*, Bosch, Barcelona, 1994, págs. 60 a 77.

³ Así las cosas, MUÑÍZ ESPADA (*Las personas jurídico-privadas tutoras...*, cit., págs. 50 y sigs.) hace referencia a algunas figuras cercanas a la tutela por persona jurídica aunque diversas de ella que existieron con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico. Entre otras, apunta las recogidas en el artículo 212 del Código Civil de 1889, el artículo 9 de la Orden de 1 de abril de 1937, sobre prohijamiento y colocación en familia de niños abandonados o, en fin, la regulada por el artículo 28 de la Ley de 20 de diciembre de 1952, que concede funciones tutelares a las Juntas Provinciales del Patronato de la mujer. De todos modos, el origen inmediato y directo de la regulación introducida en 1983 ha de encontrarse, no en tales normas, sino en el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, elaborado en 1977 por DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ROGEL, CABANILLAS y CAFFARENA, publicado en la Fundación General Mediterránea-Dirección General de los Servicios Sociales, SEREM, Madrid, 1977.

⁴ El apartado segundo del artículo 251 del Código Civil señala que «*las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela*».

⁵ El citado precepto establece que «*lo dispuesto en el artículo anterior no se aplicará a la tutela encomendada a las personas jurídicas*». A su vez, el «*artículo anterior*» —el 253 CC— estatuye que «*el tutor podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle, cuando durante el desempeño de aquella le sobrevenga cualquiera de los motivos de excusa contemplados en el artículo 251*». Decimos que se trata de un precepto confuso porque parece estar enervando la alegación de las excusas sobrevenidas en una tutela ordinaria ejercida por persona jurídica. Esta solución, que es la que parece derivarse literalmente del texto legal, se revela un tanto absurda, pues obligaría a mantenerse en el ejercicio de las funciones tutelares a una persona que no puede garantizar su adecuado desempeño por carencia de medios materiales, lo que, en último término,

no, iría en detrimento del tutelado. La obligación de mantener *a toda costa* la tutela ordinaria establecida constituye, en los casos de falta real de medios, una medida que desfavorece a los tutelados (vid. HEREDIA PUENTE y FÁBREGA RUIZ, *Protección legal de incapaces*, Colex, Madrid, 1998, págs. 74 y 75). En atención al resultado perjudicial de tal interpretación, en la doctrina se han señalado, fundamentalmente, dos posibles soluciones correctoras. De una parte, se ha sugerido modificar el texto del artículo 254 del Código Civil añadiendo la especificación de que resulta referible únicamente a las personas jurídicas de *carácter público*. Y de otra parte, también cabe pensar que a lo que se está refiriendo el artículo 254 del Código Civil, y que no resulta de aplicación a las personas jurídicas, es a la necesidad de existencia de un tutor sustituto. Esta segunda interpretación parece ser la más adecuada por cuanto, en nuestra opinión, es un hecho que tanto las personas jurídico-privadas como las personas jurídico-públicas carecen de fuentes ilimitadas de recursos.

⁶ En concreto, el artículo 260 del Código Civil dispone lo siguiente: «*el juez podrá exigir al tutor la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma. No obstante, la entidad pública que asuma la tutela de un menor por ministerio de la Ley o la desempeñe por resolución judicial, no precisará prestar fianza*». Además de los preceptos citados en el texto, también cabe hacer referencia en este punto al artículo 239.3 del Código Civil, pues alude a la «tutela» que ha de asumir una entidad pública. Ahora bien, a nuestro juicio, en este precepto, al igual que en el que le sirvió de modelo —el art. 172 CC—, el término «tutela» se usa en un sentido amplio como sinónimo de «función de protección», sin que haga referencia a la tutela judicial ordinaria del Código Civil. Sobre esta tutela como función de protección que recoge el artículo 172 del Código Civil, vid. GIL MARTÍNEZ, *La reforma de la adopción. Ley 21/1987, de 11 de noviembre*, Dykinson, Madrid, 1988, págs. 19, 24 a 25 y 55; PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, págs. 87 y sigs.; RAMOS SÁNCHEZ, «Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, sobre protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad», en *La Ley*, 1989-2, págs. 1003 y 1010; DE PABLO CONTRERAS, «Comentarios al artículo 172 del Código Civil», en VV.AA., *Comentarios a las reformas del Código Civil* —coord.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO—, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 35 a 88; y ESCUDERO LUCAS, *La tutición del menor abandonado (art. 172 del CC)*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 1995, págs. 10, 18, 99 y 150.

⁷ A modo de ejemplo cabe aludir al listado de posibles tutores del artículo 234 del Código Civil, a cuyo tenor «*para el nombramiento de tutor se preferirá: 1. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. 2. Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3. A los padres. 4. A la persona o personas designadas por estos en sus disposiciones de última voluntad. 5. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Excepcionalmente el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exige. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor*

Por otro lado, la falta de adaptación normativa a la novedad introducida en 1983 se manifiesta también en que en otros supuestos —por ejemplo, en las excusas y las causas de remoción del tutor— buena parte del contenido de los preceptos no resulta de aplicación a las personas jurídicas.

⁸ Entre otros preceptos, contienen el término *persona* sin establecer limitación alguna respecto de la persona jurídica los artículos 223, 227, 229, 230, 231, 234, 235 y 236.4 del Código Civil. En cambio, no resulta aplicable a una persona jurídica el artículo 228 del Código Civil, aun cuando en él también se haga referencia al término *persona*, en atención a que el artículo 222 del Código Civil delimita los sujetos pasivos de la tutela admitiendo únicamente a personas físicas. Respecto de la adecuación del término «*persona*» sin más calificativos de modo que sirva tanto para personas físicas como jurídicas, vid. RICO-PÉREZ, «La función tutelar de las fundaciones», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo XCVI, marzo de 1988, núm. 3, págs. 379 y 380, y también SALINERO ROMÁN, «Delación y ejercicio de la

tutela por persona jurídica», en VV.AA., *La protección jurídica del discapacitado, I Congreso Regional* —coord.: SERRANO GARCÍA—, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 143.

⁹ Ya desde la aprobación de la Ley 13/1983, la doctrina vino señalando la necesidad de su reforma para mejorar la regulación de la tutela por persona jurídica (vid. GARCÍA CANTERO, «El nuevo régimen jurídico de la tutela», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre de 1984, núm. 4, págs. 487 y 488; en el mismo sentido, pero posteriormente, vid. HERREDIA PUENTE y FÁBREGA RUIZ, *Protección legal de incapaces*, cit., pág. 19; SANTOS URBANEJA, «Propuestas de reforma legislativa en materia de tutela», en VV.AA., *Deficiencia, enfermedad mental y senilidad: Mecanismos legales de protección*, Foro Andaluz de Debate e Investigación sobre la deficiencia y la enfermedad mental, Córdoba, 1996, pág. 75, o LEÑA FERNÁNDEZ, «El tráfico jurídico negocial y el discapacitado», en VV.AA., *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 173 y sigs.). Con posterioridad a la Ley 13/1983, hubo otras reformas legales que afectaron a las instituciones tutelares, que bien pudieron haberse aprovechado para efectuar la adaptación de la normativa a que aludimos: la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación del Código Civil en materia de adopción; la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y, finalmente, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Con todo, ninguna de ellas llevó a cabo tal labor.

¹⁰ Aun cuando ya se intuía en el momento de aprobarse la Ley 13/1983, la experiencia derivada del funcionamiento de las asociaciones vino a demostrar que la figura jurídica que mejor se avenía a la finalidad que se pretendía era la fundación. Con todo, el marco jurídico que posibilitó e incentivó la creación de fundaciones tutelares se creó por medio de la Ley 30/1994, de 24 de octubre, de Fundaciones e Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Norma que, tras unos años de vigencia, fue finalmente sustituida por la actualmente vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

¹¹ Defendiendo la viabilidad de nombrar a una persona jurídico-pública como tutor ordinario ya antes incluso de la citada Consulta o de la reforma del artículo 239 del Código Civil llevada a cabo por la Ley 21/1987, vid. GÓMEZ-OLIVEROS, «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 562, mayo-junio de 1984, pág. 652; SERENA VELLOSO, «Constitución de la tutela y nombramiento del tutor», en *Curso de perfeccionamiento sobre Incapacitación y Tutela*, Centro de Estudios Judiciales, Departamento de Publicaciones, 1985, pág. 75; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentarios al artículo 242 del Código Civil», en VV.AA., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela* —coord.: AMORÓS GUARDIOLA y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO—, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 361, y LETE DEL RÍO, «Comentarios al artículo 242 del Código Civil», en VV.AA., *Comentarios del Código Civil*, tomo I —dir.: DÍEZ-PICAZO Y OTROS—, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pág. 738. Por su parte, la Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre asunción de tutelas por personas jurídico-públicas, reconoció que «de los tres requisitos que deben concurrir en una persona jurídica para asumir funciones tutelares, según el artículo 242, dos confluyen inequívocamente en las personas jurídico-públicas: la inexistencia de ánimo de lucro y la personalidad jurídica propia» (apartado II).

¹² En efecto, junto con los entes orgánicamente dependientes de la Administración Pública y sometidos al Derecho administrativo, tales como la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de Aragón adscrita al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo o el Instituto Almeriense de Tutela dependiente de la Diputación Provincial de Almería, también cabe referirse a las Fundaciones Tutelares de carácter público creadas por Administraciones Públicas y que actúan de acuerdo con el Derecho Privado. Entre estas últimas cabe reseñar, a modo de ejemplo, la Fundación Gallega para la Tutela de Adultos o a la Fundación Tutelar de La Rioja, entre otras. Para que una Fundación pueda caracterizarse como *entidad pública* de modo que se integre en el sector público y así sean consideradas por las leyes atinentes a dicho sector, es preciso que estén constituidas con una aportación mayoritaria —directa o indirecta— de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal, o que el patrimonio fundacional esté formado en más de un

50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por tales entidades (cfr. Capítulo XI de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones).

¹³ Entre otras críticas efectuadas al precepto que comentamos cabe destacar lo siguiente. Primero: que en él hay gran indeterminación —entre otros, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ («*¿Crisis de la incapacidad?* La autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores», en *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero de 2006, pág. 48) cuando analiza el contenido de la definición de desamparo del artículo 239.3 del Código Civil se pregunta «*¿qué le incumbe a quién?, o ¿a qué leyes se refiere?*» el tenor literal de la misma—. Segundo: que su redacción no es muy afortunada, pues origina problemas de difícil solución —la redacción «llama a perplejidad» y «da la impresión de que alguien ha sufrido un error puramente material» (SERRANO GARCÍA, «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 52, octubre-diciembre de 2004, pág. 261); es «técnica-mente desafortunada» (LINACERO DE LA FUENTE, «Protección jurídica de las personas mayores», en *Actualidad Civil*, núm. 19, noviembre de 2004, pág. 2272); es «deplorable» (DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *¿Crisis de la incapacidad?... cit.*, pág. 48), o, en fin, constituye un «enunciado ininteligible, un verdadero galimatías», según GIL RODRÍGUEZ («*La tutela como garantía del bienestar de las personas incapacitadas y del respeto a sus derechos*», en VV.AA., *La tutela de las personas adultas incapacitadas en situación de desamparo. Congreso estatal, 9-10 de marzo de 2006*, Diputación Foral de Guipúzcoa, San Sebastián, 2007, pág. 17)—. Y tercero: adolece de falta de reflexión —no se efectuó modificación alguna durante su tramitación ni para corregir errores sintácticos, no figuraba en el Proyecto de Ley del Gobierno ni tampoco fue ponderada por la Comisión General de Codificación (cfr. GIL RODRÍGUEZ, «*La “entidad pública” y las “instituciones privadas” en la tutela de incapaces desamparados*», en VV.AA., *Protección jurídica-patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley-Universidad Rey Juan Carlos —ed. PÉREZ DE VARGAS—, Madrid, 2007, pág. 194)—; así, PALOMINO DÍEZ («*La discutida naturaleza de la tutela de las entidades públicas del artículo 172.1 del Código Civil*», en *Actualidad Civil*, núm. 11, junio de 2005, pág. 1312) apunta que su tramitación «lleva a pensar en una cierta precipitación a la hora de introducir una tutela que, si bien era exigida por la doctrina y por la propia lógica del Derecho, hubiera precisado de una mayor reflexión».

¹⁴ En efecto, a veces los familiares no están bien dispuestos para la asunción de la función tutelar y confían en que, ante su «imposibilidad», la Administración pública se haga cargo —en tanto ente público— del tutelado. En ocasiones, tal imposibilidad es real pero, en otras, se advierte incluso que es propiciada por consejos de determinados profesionales sanitarios u operadores jurídicos que animan a la familia a mostrar su renuencia a asumir la función tutelar sabiendo que habrá una entidad pública detrás que colmará tal vacío. Por tal motivo, quizás podría incluirse en el procedimiento un «trámite» en el que el juez informe a los parientes sobre el significado y funcionamiento de la institución de la tutela, de modo que tengan un conocimiento cabal y se pueda reducir esa reticencia.

¹⁵ A este respecto, el artículo 12.4 de la Convención desplaza el modelo de la sustitución e introduce el del «sistema de apoyos o asistencia en la toma de decisiones» en función de las circunstancias de cada persona cuando dispone que «*los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de Derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas*

¹⁶ Las únicas normas de adaptación a la Convención aprobadas por España han sido la Ley 26/2011, de 1 de agosto —BOE núm. 184, de 2 de agosto— y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre —BOE núm. 224, de 17 de septiembre— de adaptación normativa a la

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que recoge muchas de las sugerencias expuestas en el Informe elaborado a tal fin por el Consejo de Ministros el 30 de marzo de 2010. Ello es así, a pesar de lo establecido en la Disposición Final 1.^a de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, que estableció que «*el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacidad judicial, que pasará a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*». A pesar de que la Ley entró en vigor a los tres meses de su publicación —acaecida el 26 de marzo de 2009— todavía no se ha presentado el citado Proyecto de Ley de reforma. Igualmente, la Disposición Adicional 7.^a de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, también señalaba al Gobierno el plazo de un año desde su entrada en vigor para remitir «*a las Cortes Generales un Proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen*». El referido plazo se cumplió el 3 de agosto de 2012, sin que se remitiese el mencionado Proyecto de Ley. Ante ello, el 19 de diciembre de 2012 se aprobó una Proposición no de Ley donde el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a remitir, en el plazo de tres meses, el referido Proyecto de Ley; a día de hoy tal remisión aun no se ha efectuado. Nos consta, sin embargo, la existencia de un proyecto articulado sobre el que se trabaja y que ha sido publicado por la Fundación Aequitas bajo el título «Proposición de ley relativa a la adaptación de nuestro Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la Convención de los Derechos Humanos de la ONU» (cfr. «El notariado informa», pág. 6, en *Escríptura Pública*, núm. 79, Consejo General del Notariado, Madrid, 2013).

¹⁷ En relación a esta materia, resulta trascendental la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009 (*RJ* 2901) que expresamente reconoce la compatibilidad de las actuales instituciones tutelares con la Convención de la ONU de 2006. A este respecto, la referida resolución declaró que «de este modo, solo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1.^º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacidad es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código Civil y del artículo 760.1 LEC. 2.^º La incapacidad no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada». Vid., asimismo, el comentario de la mencionada sentencia efectuado por DE PABLO CONTRERAS, quien también defiende la compatibilidad de la regulación tutelar vigente con la normativa de la Convención (DE PABLO CONTRERAS, «Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009. La incapacidad en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en VV.AA., *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina; civil y mercantil*, vol. 3 —dir.: IZQUIERDO TOLSADA—, Dykinson, 2009, págs. 555 a 580).

¹⁸ Al igual que actualmente se permite la autotutela en el Código Civil (cfr. art. 223 CC), parece lógico que la reforma que se lleve a cabo admita la designación de los apoyos por la propia persona, aun cuando, en su caso, sea finalmente el juez quien los determine.

¹⁹ Igualmente entendemos que no existe inconveniente alguno en que las personas jurídicas puedan prestar tales apoyos.

²⁰ Respecto de la determinación de si la tutela a que se refiere el artículo 239.3 del Código Civil es de carácter judicial —tutela ordinaria— o administrativa, caben varias interpretaciones que brevemente pasamos a exponer. Primera: entender que la tutela que asumirá la entidad pública en caso de inexistencia de tutor y cuando el incapaz se encuentre en una situación de desamparo es una tutela de carácter ordinario. Entre otros argumentos, esta solución sería coherente con la ubicación sistemática del precepto entre las normas relativas a la tutela civil ordinaria. Segunda: defender que en el artículo 239.3 del Código Civil se contienen tutelas de diversa naturaleza. Así, en el primer supuesto de hecho el término *tutela* parece que remitiría a una tutela ordinaria —sobre la entidad pública recaería el cargo de tutor cuando no se haya nombrado ninguna de las personas del art. 234 del CC, como se viene haciendo, en cierta medida, en la actualidad—, mientras que en el segundo parece que podría encajar mejor una tutela de carácter administrativo para cuya constitución no resultase necesaria la intervención judicial. Esta interpretación es plausible en atención a la referencia que el artículo 239.3 del Código Civil realiza en su texto al artículo 234 del Código Civil —lo que nos sitúa en el ámbito del procedimiento para la modificación judicial de la capacidad de obrar de una persona— y también a la vista de la semejanza de redacción existente entre el artículo 239.3 del Código Civil y el artículo 172 del Código Civil. Existe todavía una tercera posibilidad de interpretar el precepto: concebir que el término *tutela* se utiliza en ambos casos en un sentido amplio como función transitoria de protección, de manera que tal será el deber de la entidad pública ante la concurrencia de los dos supuestos de hecho. Asumido tal deber de cobertura o protección, las medidas a adoptar para hacer realidad esa asistencia serán diversas en cada situación: en unos casos se constituirá una tutela ordinaria, en otros se procederá a un cambio de tutor o, en fin, en otros, se establecerán medidas de carácter administrativo. A nuestro juicio, la manera de interpretar el precepto citada en último lugar es la más adecuada. En efecto, tal inteligencia del precepto tiene en cuenta tanto el paralelismo de redacción del artículo 239.3 del Código Civil con el artículo 172 del Código Civil —cuestión de no pequeña importancia— como que, al permitir la adopción de medidas diversas en atención a los supuestos de hecho de la norma, también respeta la finalidad que se adujo en la enmienda de adición que dio entrada al precepto (cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 154-05, de 10 de septiembre de 2003, págs. 27 y 28, donde se indica que la incorporación al Código Civil del actual artículo 239.3 del Código Civil se realizaba con la intención de «hacer frente a posibles situaciones en las que un *incapaz* se encuentre *sometido a tutela*, pero esté en *total desamparo* moral o material»). De este modo, la norma vendría a conceder un título a la entidad pública que le legitimaría para actuar en el ámbito civil respecto de los incapaces, de manera similar a como el artículo 172 del Código Civil hizo en relación a los menores. Un estudio más amplio de esta cuestión se puede ver en LEGERÉN MOLINA, *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.3 del Código Civil*, Editorial Universitaria Ramón Areces-Fundación Aequitas, Madrid, 2012, págs. 67 y sigs.

²¹ Aunque el Código Civil no lo explicita y no existe ninguna *entidad pública* que tenga expresamente atribuida entre sus competencias la «*tutela de los incapaces*» —como establece el art. 239.3 CC—, a nuestro juicio, la referida entidad habrá de ser la Comunidad Autónoma, pues la atribución competencial que el citado precepto establece puede entenderse incluida dentro de su competencia en «*asistencia social*», ex artículo 148.1.20 CE. Así parecen haberlo reconocido, entre otras, la SAP de Asturias, de 11 de enero de 2010 (*JUR* 2010/91870), que admitió el «nombramiento de tutor efectuado por la juez de familia a favor de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias»; las SSAP de Badajoz, de 16 de junio de 2008 (*JUR* 2008/338316), y Cáceres, de 8 de junio de 2007 (*JUR* 2007/327649), que nombraron como tutor a la Comisión Tutelar de Adultos de Extremadura —ente orgánicamente dependiente de la Administración Pública—; las SSAP de Sevilla, de 18 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010/211046), de 28 de julio de 2008 (*JUR* 2009/14973), de 8 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/370700) y de 12 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008/94108), que hicieron recaer el cargo de tutor ordinario

en la Consejería de Asuntos Sociales; y, finalmente, el AAP de Valladolid, de 7 de mayo de 2007 (*JUR* 2007/269876). De otra parte, y en lo que a tutela judicial ordinaria se refiere, la Consulta 2/1998 ya reconoció que la competencia de «*asistencia social*» es suficiente para entender cumplido el requisito que exige el artículo 242 del Código Civil para ser nombrado tutor: que entre sus fines «*figure la protección de menores e incapacitados*».

²² El cambio se debe a que existía «un consenso doctrinal generalizado» respecto de que el sistema instaurado en 1889 «había fracasado radicalmente y era preciso modificarlo en profundidad» (GARCÍA CANTERO, «El nuevo régimen jurídico de la tutela», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre de 1984, núm. 4, pág. 467).

²³ Cfr. DE LA CUESTA Y AGUILAR, *La tutela familiar y disposiciones a favor del menor e incapaz*, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 10. Si a lo expuesto en el texto se añade que el actual procedimiento puede resultar notablemente lento —con los perjuicios económicos que, en su caso, puede causar—, que el control judicial ya existiría en última instancia como medida de cierre de no ser imprescindible para todos los actos mencionados, y que el recurso al juez en ocasiones no supone una salvaguarda mayor para el tutelado y sí una dificultad para el tutor, cabría concluir —tal y como realizan los autores de este sector doctrinal— que ha de recuperarse el sistema de tutela de familia. Ahora bien, siendo ello así, no ha de olvidarse que, como ya hemos señalado, en el actual sistema de tutela de autoridad el ejercicio de la función tutelar se contempla al modo tradicional insertándolo en la familia, lo que, según MUÑÍZ ESPADA (*Las personas jurídico-privadas tutoras...*, cit., Barcelona, Bosch, 1994, pág. 36), infunde equilibrio a la institución.

²⁴ Reconociendo que el sistema anterior tenía alguna ventaja, la Comunidad Autónoma de Aragón ha instaurado en su ordenamiento jurídico una «tutela de autoridad» pero mitigada por elementos propios de la «tutela de familia». En tal sentido, vid. la Exposición de Motivos del Código del Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo. De otra parte, no faltan autores que abogan por acudir a un sistema mixto; esto es, «tutela de familia» y «tutela de autoridad» de carácter subsidiario, de modo que el órgano jurisdiccional únicamente entre en juego en relación a determinados aspectos. En tal sentido se pronuncia DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ (*¿Crisis de la incapacitación?...*, cit., pág. 40) quien anima a reflexionar «sobre la conveniencia de devolver a la familia algunas de las facultades que en otro tiempo se le atribuyeron, y dejar para la autoridad judicial los supuestos en los que no sea posible el desempeño de tales funciones, por inexistencia de familiares, falta de preparación o voluntad en los mismos, o, *ex post*, por su inadecuado funcionamiento».

²⁵ En efecto, el artículo 234 del Código Civil ha sido modificado en dos ocasiones. La primera: por medio de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, se introdujo el actual párrafo final y se sustituyó la expresión «*menor o incapacitado*» por el término «*tutelado*» en el apartado segundo del primer párrafo. Y la segunda: la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, modificó el párrafo primero dando entrada al actual apartado número 1.

²⁶ Con todo, este supuesto introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, aún está en sus primeras fases de aplicación, de manera que todavía no es utilizado por un elevado número de personas, aunque sí por las que se mueven habitualmente en el ámbito de la incapacidad. Además, ha de apuntarse que el citado nombramiento para el futuro no siempre resulta posible, pues no es infrecuente que las personas incapaces lo sean desde su nacimiento.

²⁷ En tales casos, el nombramiento de tutor *sigue siendo judicial*, pero sobre la base de la designación efectuada por los padres del tutelado, si no están privados de patria potestad y ya la haga solo uno de ellos, ambos de común acuerdo o ambos de manera independiente pero paralela (cfr. arts. 223 a 226 CC).

²⁸ Así se efectúa en el artículo 116.1.f) y g) del Código Foral de Aragón, o en el artículo 222.10-5 del Libro II del Código Civil de Cataluña.

²⁹ Según apuntaba en su día LETE DEL RÍO («Comentarios al artículo 235 del Código Civil», en VV.AA., *Comentarios del Código Civil*, tomo I —dir.: DÍEZ-PICAZO Y OTROS—, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pág. 722), si posteriormente alguna

de esas personas recobra la idoneidad, la ley no le da derecho a pedir que se transfiera la tutela ordinaria. En efecto, ningún artículo del Código Civil expresamente lo autoriza, se opone a la prelación que contiene el artículo 234 del Código Civil y, a su juicio, no resulta posible ni en virtud del «mayor beneficio» del tutelado. Vid. también, BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Las personas jurídicas tutoras*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 59. Lo anterior no empece para que, en la práctica, algunos juzgados procedan a tal cambio de tutor cuando se dan las circunstancias apuntadas, aun cuando el apoyo legal de tal proceder sea un tanto incierto. Por último, la asunción de la sugerencia que ahora se realiza podría constituir una vía para descargar a las personas jurídicas —de manera especial, a las entidades públicas— de algunas tutelas ordinarias en caso de aparecer tal persona idónea.

³⁰ Uno de los elementos básicos de la institución tutelar es que constituye un deber de carácter público (cfr. art. 216 CC). A consecuencia de tal naturaleza, únicamente resulta eludible el ejercicio de las funciones tutelares si concurre alguna de las causas de excusa legalmente previstas que puedan justificar tal exclusión. Y es que, en lo atinente a la posibilidad de presentar excusas, el artículo 217 del Código Civil es concluyente: «solo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos». En efecto, el interés público subyacente en el Derecho de Familia, que califica la función tutelar como un *deber*, no admite ni la renuncia unilateral ni el abandono de los cargos tutelares; únicamente cabe eludir la obligación de ejercer la función tutelar de que en cada caso se trate mediante la presentación de las excusas legalmente establecidas y debidamente justificadas (cfr. SAP de Valencia, de 5 de marzo de 2009 —*JUR* 2010/73310—).

³¹ Restringiendo a las personas jurídico-privadas la posibilidad de alegar la «carencia de recursos», vid. el AAP de Valencia, de 3 de julio de 1998 (AC 1998/6717).

³² A este respecto, el AAP de Baleares, de 13 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/29853) señaló que «no resulta de recibo que en dicho reparto un Estado Social y de Derecho (arts. 1, 39, 41, 43, 49 y 50 de la Constitución), no pueda asignar partidas presupuestarias suficientes para atender a la tutela de menores o incapacitados que tenga que asumir». Asimismo, el citado Auto también declaró que «es cierto que los recursos de la Corporación apelante no son ilimitados, pero la problemática que aquí se plantea concretamente es de reparto de recursos». De modo similar, el AAP de Valencia, de 3 de julio de 1998 (AC 1998/6717) indicó que «no puede en principio aceptarse que un Ente Público como la Generalitat Valenciana, carezca de recursos ni económicos ni personales para el cumplimiento de sus funciones propias; los dispositivos fiscales de aprobación de gastos extraordinarios o de ampliación presupuestaria pueden y deben cubrir contingencias». Por último, reconociendo que «una Administración pública ha de asumir las cargas, anejas a su función, y, más todavía cuando son traducibles en servicios solidarios, en relación con los más marginados de la sociedad», vid. el AAP de Madrid, de 25 de junio de 1999 (AC 1999/1825).

³³ Admitiendo que la falta de medios puede referirse tanto a los «materiales o económicos» como a los «humanos y asistenciales», vid. los AAP de Huelva, de 30 de noviembre de 2000 (*JUR* 2001/77948 y *JUR* 2001/77949).

³⁴ En concreto, el artículo 243.2 del Código Civil establece que «no pueden ser tutores: 2. Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior».

³⁵ El artículo 244 del Código Civil señala que «tampoco pueden ser tutores: 1. Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho. 2. Los que tuvieran enemistad manifiesta con el menor o incapacitado. (...) 4. Los que tuvieran importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración. 5. Los “quebrados” y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona».

³⁶ Por su parte, el artículo 245 del Código Civil dispone que «tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el juez, en resolución motivada, estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado». Junto con ello, también cabría reconocer como una «causa de inhabilidad implícita» que la persona jurídica careciese de medios personales o

materiales para llevar a cabo la tutela —supuesto contemplado en el Código Civil como causa de excusa (art. 251.2 CC)—. La posesión de medios adecuados para el ejercicio de la tutela ordinaria está tan directamente relacionada con el beneficio del tutelado —principio básico en esta materia (cfr. art. 216 CC)— que, en nuestra opinión, su carencia puede jugar como causa de inhabilidad anterior a la asunción del cargo de manera que lo excluya (también reconocen como causa de inhabilidad la carencia de una buena estructura y medios personales o materiales para llevar a cabo su labor HEREDIA PUENTE y FÁBREGA RUIZ, «El ejercicio de la tutela de incapaces por las personas jurídicas», en *La Ley*, D-218, de 28 de julio de 1998, tomo IV, pág. 1539); de lo contrario, esto es, de no tenerse en cuenta entonces tal circunstancia, la persona jurídica podrá alegar en breve plazo la indicada situación como excusa (sobre la posterior alegación de tal situación como excusa, vid. MUÑÍZ ESPADA, *Las personas jurídico-privadas tutoras...*, cit., pág. 24).

³⁷ Sobre esta materia, vid. la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, relativa a la «responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010», disponible en www.fiscal.es. Así las cosas, tampoco ha de olvidarse que el Código Penal en el artículo 31.5 excluye de capacidad penal a determinados entes entre los que se encuentran el Estado y las Administraciones públicas territoriales e institucionales (cfr. art. 31 bis.5 CP). A la vista de ello, *literalmente* parece que habría de excluirse la aplicación del supuesto del artículo 243.4 del Código Civil a las personas jurídico-públicas.

³⁸ Otra opción posible es no reconocer el rechazo del tutelado como causa de inhabilidad y permitirle al juez, en virtud de la facultad de modificar el tutor si aparece otro más idóneo, retirar del cargo a la entidad jurídica «rechazada».

³⁹ Cfr. LACRUZ y SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, tomo IV, 4.^a ed. revisada por RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 430 y 431.

⁴⁰ Al igual que sucede con la «pretutela», la figura del «tutor provisional» tampoco está reconocida en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, a nuestro juicio, su introducción no resulta imprescindible porque las funciones de tal tutor provisional pueden colmarse con las posibilidades que actualmente ofrece la legislación: desde el nombramiento de un defensor judicial durante el juicio hasta la adopción de medidas cautelares. En tal sentido, estamos de acuerdo con los juzgados que no ven necesario crear una figura que la legislación no prevé, y no con aquellos otros que son firmes partidarios de este instrumento. Efectuando una comparación del «tutor provisional» con el guardador de hecho, el defensor judicial o el administrador, vid. PLATERO ARANDA, «El proceso de incapacitación y otras medidas judiciales para la protección de personas mayores», en VV.AA., *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de La Rioja, 2009, págs. 34 y 35.

⁴¹ Este convenio en modo alguno es una renuncia o delegación de las funciones propias de la patria potestad o tutela; es un peculiar mandato de protección o apoderamiento. Sobre esta figura, vid. MARTÍNEZ GARCÍA, «La organización de la pretutela: apoderamientos preventivos y otras figuras jurídicas» y RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, «La pretutela», ambos en VV.AA., *La defensa jurídica de las personas vulnerables*. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP en julio-agosto de 2007, Thomson-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 249 a 272 y págs. 273 a 290, respectivamente; y también TRESERRAS BASELA y GONZÁLEZ CARRERAS, «La pretutela de la familia», en *Siglo Cero: Revista española sobre discapacidad intelectual*, vol. 38, núm. 221, 2007, págs. 83 y 84.

⁴² En efecto, el carácter subsidiario del nombramiento de las personas jurídicas como tutores ordinarios que parece latir en el Código Civil permite que estas puedan combatir tal nombramiento sobre la base de la existencia de personas físicas mencionadas en el artículo 234 del Código Civil que resulten idóneas y siempre que ello sea beneficioso para el incapaz (cfr. GIL RODRÍGUEZ, *La «entidad pública» y las «instituciones privadas» en la tutela de incapaces desamparados*, cit., pág. 217). Tal y como se configura la tutela ordinaria por persona jurídica en el Código Civil, parece que ha de ser el último recurso para cuando no haya personas físicas y siempre que tal nombramiento sea beneficioso para el incapaz. Recogiendo esta argumenta-

ción, la Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre asunción de tutelas por personas jurídico-públicas destacaba «la preferencia legal de las personas mencionadas en el artículo 234 que solo debe ceder cuando conste de forma clara que es más beneficioso para el tutelado prescindir de esa indicación legal (...), sugiriendo que el nombramiento de una persona jurídica ha de tener siempre carácter subsidiario. En la misma línea se apuntaba también que «deben primarse las soluciones que impliquen la permanencia en un medio familiar (...). E incluso en los casos en que ello no sea posible o adecuado, deben valorarse y ponderarse, si fuesen procedentes, fórmulas a través de compromisos de colaboración para que los posibles familiares no queden totalmente al margen del cuidado del incapaz» (Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre asunción de tutelas por personas jurídico-públicas, apartado VI).

⁴³ A este respecto, SARDINA VENTOSA («Un punto de vista desde las entidades tutelares de personas con trastorno mental grave», en VV.AA., *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* —coords.: PÉREZ DE VARGAS y PEREÑA VICENTE—, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2011, págs. 435 y 436) apunta que si las entidades públicas se «empecinan en asumir también la tutela (...) ordinaria» quedarán «en primera línea ante una avalancha de solicitudes de incapacitación judicial y consiguiente asunción de cargos». Es más, a juicio del citado autor, incluso «la constitución de un ente público tutelar es directamente proporcional al aumento de las incapacidades».

⁴⁴ Junto con lo expuesto en el texto, la nueva regulación habría de resolver también la falta de coordinación existente entre los artículos 234, 235 y 239.3 del Código Civil. En efecto, tanto en el artículo 235 del Código Civil como en el 239 del Código Civil se prevé una regla subsidiaria para cuando no son nombrados como tutor las personas mencionadas en el artículo 234 del Código Civil, sin establecerse ningún tipo de jerarquía entre ambas normas.

⁴⁵ El artículo 3.7 del EOMF indica que «para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: (...) 7. Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provea de los mecanismos ordinarios de representación».

⁴⁶ Así se viene realizando, por ejemplo, en el Instituto Almeriense de Tutela (cfr. FÁBREGA RUIZ, «Aproximación a la crisis de los modelos clásicos de guarda de incapaces», en *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, tomo VII, Madrid, 1998, pág. 140).

⁴⁷ Sobre este punto, vid. la Disposición Final 1.^a de la Ley 1/2009 (cfr. nota núm. 17).

⁴⁸ De acuerdo con el artículo 274 del Código Civil, el juez puede establecer, atendiendo a la capacidad económica del tutelado y a las funciones que desempeñe el tutor, la remuneración que este podrá recibir; cantidad que podrá ser variada por aquél si se alteran las circunstancias. Ahora bien, en la práctica, y con fundamento en que se trata de un «servicio público», tal retribución no se establece nunca a favor de una entidad jurídico-pública que ejerza la tutela; ni siquiera aun cuando el patrimonio del tutelado sea muy cuantioso.

⁴⁹ A este respecto, el artículo 759 LEC únicamente señala como audiencias preceptivas en el procedimiento de nombramiento de tutor —si tal nombramiento se solicitó en la demanda— las de «los parientes más próximos del presunto incapaz», la de «este, si tuviera suficiente juicio», y la de «las demás personas que el tribunal considere oportuno», sin que se establezca como audiencia obligatoria la del futuro tutor —en nuestro caso, una persona jurídica—. Sobre esta cuestión ha habido jurisprudencia contradictoria: a favor de exigirse tal audiencia, vid., por todas, la SAP de Soria, de 22 de abril de 2009 (*JUR* 2009/257864); en contra, vid. la SAP de Sevilla, de 8 de febrero de 2008 (*JUR* 2008/370700), y la SAP de Segovia, de 31 de marzo de 2006 (AC 2006/1476).

(Trabajo recibido el 5-3-2013 y aceptado para su publicación el 18-6-2013)