

La obra, lógicamente, recoge las últimas novedades en materia de reales: aprovechamiento por turno de uso turístico (Ley 4/2012, de 6 de julio, y Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo) o las medidas de apoyo a los deudores hipotecarios en dificultades (RDL 8/2011, de 1 de julio, y RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos).

En resumen, una de esas obras a las que los dedicados al Derecho Civil recibimos con aplauso y, al menos para los catalanes, de imprescindible lectura o, cuando menos, consulta.

LEGERÉN MOLINA, Antonio: *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.3 del Código Civil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2012, 255 págs.

por

M.^a VICTORIA MAYOR DEL HOYO
Profesora Titular de Derecho Civil

La obra *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.3 del Código Civil*, de Antonio LEGERÉN MOLINA, ha sido ganadora del X Premio Aequitas de «Investigación Jurídica en la Prevención, Rehabilitación, Integración Social o Promoción de las Personas con Discapacidad, Personas Mayores, Inmigrantes, Infancia, Refugiados u otros grupos que carezcan de la debida protección», otorgado por la *Fundación Aequitas* del Consejo General del Notariado de España. Ello permite intuir lo que tras la lectura del libro se confirma: que estamos ante una excelente obra que aborda una institución de gran complejidad e innegable actualidad.

La sociedad actual se halla inmersa en un proceso de reflexión acerca de la situación y necesidades de las personas con discapacidad, que lleva a replantearse la conveniencia de redefinir el modelo tuitivo de estas personas, ya sea —como propugnan unos— mediante una ruptura con modelos tradicionales, o bien —como pretenden otros— mediante la oportuna adaptación de la actual regulación. En dicho proceso resulta decisiva la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, que apuesta por la promoción y autonomía y que, al menos en nuestro país, ha abierto un profundo debate entre los juristas. La nueva orientación del modelo de protección ha de adecuarse, además, a las circunstancias socioeconómicas y axiológicas dominantes en la actualidad, que van desde los imperativos de la sociedad de consumo y de las comunicaciones, las grandes exigencias laborales y la expansión del Estado de bienestar, a las transformaciones que está sufriendo la familia tanto en su estructura como en su concepto, pasando por la inversión de los valores. Estos cambios dificultan que la atención a los colectivos más vulnerables se lleve a cabo desde el propio ámbito familiar y han dado lugar a que los entes públicos hayan ido adquiriendo un protagonismo cada vez mayor en esa tarea. Prueba de ello es la introducción de la tutela del incapaz a cargo de la entidad pública que regula el artículo 239.3 del Código Civil. Reza el citado precepto 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». Al estudio de esta tutela está dedicado el trabajo del profesor LEGERÉN, que aborda la complicada tarea de interpretar un precepto de difícil comprensión por su mala técnica y de aportar luz a esta institución tutelar. Y lo hace, en contraste con el carácter caótico del propio precepto, de forma clara y sistemática, llevando al lector de la mano a lo largo de la obra desde lo general a lo concreto.

Así, a los efectos de ofrecer una visión panorámica y completa del marco en el que se encuadra la figura objeto de estudio, el autor dedica la primera parte de la obra a «La protección jurídica ante la falta de capacidad». En ella, tras recordar brevemente algunas nociones sobre capacidad y la posibilidad de que la capacidad de obrar sea modificada judicialmente, presenta las diversas instituciones que contempla el ordenamiento para completar esa capacidad modificada, efectuando un recorrido por las distintas reformas legislativas que han contribuido a la actual regulación hasta llegar a la Ley 41/2003. Ley que introdujo el citado artículo 239.3 del Código Civil, que regula la tutela del incapaz por la entidad pública como mecanismo de protección. Dada la incorrección sintáctica de este precepto, que dificulta su comprensión, y los problemas sustantivos que el mismo plantea, el profesor LEGERÉN opta por buscar elementos que faciliten su interpretación buceando en la génesis del precepto y en la justificación que se adujo para su introducción, así como en la finalidad y espíritu de la Ley 41/2003.

Tras ello, procede a identificar dos cuestiones previas controvertidas que, aunque no son las únicas que se plantean, están interrelacionadas y resultan esenciales para la configuración jurídica de esta tutela: si se trata de una tutela de carácter administrativo o de una modalidad de la tutela ordinaria; y si ha de exigirse modificación judicial de la capacidad de obrar en todo caso o, por el contrario, los incapaces naturales también son destinatarios de la norma. En relación con la primera cuestión, entiende el autor que el término «tutela» se utiliza en el artículo 239.3 del Código Civil en un sentido amplio como *función transitoria de protección*. De manera que la entidad pública lo que asumiría sería un deber de cobertura o protección y las medidas a adoptar para hacer realidad esa asistencia serían diversas en cada situación. En cuanto a la segunda cuestión, la determinación de los «incapaces» destinatarios de esa tutela, se desarrolla en la segunda parte del libro.

La aludida segunda parte lleva por título «Los sujetos activo y pasivo de la tutela ejercida por la entidad pública», y tiene como finalidad delimitar los sujetos a quienes resulta aplicable el mecanismo de protección que se recoge en el artículo 239.3 del Código Civil.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, el artículo 239.3 del Código Civil utiliza el término «incapaces». Esta falta de precisión resulta desorientadora y hace surgir la duda acerca de si el precepto es aplicable sólo a las personas sobre las que ha recaído sentencia que modifica su capacidad de obrar o también a los incapaces de hecho. El profesor LEGERÉN considera que la solución es distinta para cada uno de los dos supuestos de hecho que comprende la norma. Así, entiende que la única interpretación lógica que admite el término «incapaz» en el caso del primer supuesto de hecho contemplado —«cuando ninguna de las personas recogidas en el art. 234 sea nombrado tutor»—, es la de persona con capacidad de obrar modificada judicialmente. Sin embargo, en el segundo supuesto de hecho —«cuando éste se encuentre en situación de desamparo»—, a pesar de los posibles argumentos en contra y de que no parece ser ésa la intención originaria del legislador, el autor se inclina por considerar que el término «incapaz» se refiere tanto a personas con capacidad de obrar modificada como

a personas incapaces de hecho, dado que —alega— de este modo el precepto tiene mayor alcance y utilidad.

El sujeto activo de la tutela en estudio viene conformado por la «entidad pública». En primer lugar, el autor procede a determinar qué entidad pública concreta asume la tutela, utilizando para ello el único elemento que proporciona el precepto: el criterio de atribución de competencia. El artículo 239.3 del Código Civil alude, en concreto, a la «entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces». Observa el profesor LEGERÉN que las entidades que asumen la protección de los incapaces, a partir de los preceptos constitucionales, son las Comunidades Autónomas; y que la concreción del órgano que se encargue de tal función de cobertura es una cuestión ya de organización administrativa interna. Determinada la entidad pública, el autor procede, en segundo lugar, a analizar los requerimientos necesarios para llevar a cabo la función asignada, es decir, la «habilidad» de la entidad pública en cuestión para asumir la tutela del artículo 239.3 del Código Civil. Considera que si la «tutela» a asumir es un mecanismo de cobertura o protección, la misma atribución competencial que sirve para su delimitación resulta suficiente y determina la habilidad para asumirla. Ahora bien, añade que ha de tenerse en cuenta que la función transitoria de protección converge —al menos en el primer supuesto de hecho del precepto— en la constitución de una tutela civil ordinaria en la que se puede designar como tutor a una persona jurídico-pública. De manera que en tal caso la entidad pública deberá cumplir los requisitos que el artículo 242 del Código Civil exige para que sobre una persona jurídica recaiga el cargo de tutor ordinario y que son analizados en el libro. Concluye con una mención especial a las fundaciones tutelares, dado que los organismos públicos han creado numerosas entidades —normalmente con forma jurídica fundacional— dedicadas a la asunción de tutelas cuando no existe tutor y cuando hay una situación de desamparo.

La tercera parte del libro aborda el estudio de los dos supuestos de hecho que determinan la asunción de la tutela por la entidad pública y que están previstos en el artículo 239.3 del Código Civil: «cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 del Código Civil sea nombrado tutor» y cuando el incapaz «se encuentre en situación de desamparo».

Interpreta el autor que cuando se da el primer supuesto de hecho, es decir, cuando ninguna de las personas mencionadas en el artículo 234 del Código Civil es nombrada tutor, la entidad pública no asume una tutela ordinaria, sino una función transitoria de protección del incapaz que culmina, eso sí, con la constitución de una tutela civil ordinaria, que pone fin a esa función transitoria. Comienza examinando el supuesto de hecho: para ello analiza el orden de prelación contenido en el artículo 234 del Código Civil, la aplicación subsidiaria del artículo 235 del Código Civil y el modo de integrar este artículo con el 239.3 del Código Civil, en tanto que entre ellos existe cierta descoordinación. Sentado el presupuesto que activa la intervención administrativa, procede a estudiar de modo separado las «dos tutelas» apuntadas. Así, primero se detiene en la mencionada función transitoria de protección, delimitando su contenido ampliamente como un deber de protección, y destacando como características: el hecho de que sea ejercida por una «entidad pública», la subsidiariedad, la asunción «por ministerio de la ley», la transitoriedad y su naturaleza administrativa. Y después aborda la tutela ordinaria —en la que necesariamente converge la función transitoria de protección— constituida por el juez a favor de una persona jurídico-privada o jurídico-pública (que puede ser o no la misma entidad pública que ejerció la función transitoria de protección), centrándose en tres cuestiones: la posibilidad de que la entidad pública pueda o

no alegar causa de excusa, su contenido y las características que la modalizan, entre las cuales cabe destacar la subsidiariedad, la permanencia, la constitución judicial y la naturaleza civil.

El segundo supuesto de hecho que da paso a la cobertura o asistencia de la Administración es el desamparo. El profesor LEGERÉN analiza con detenimiento tal supuesto, adentrándose en el estudio: (i) del concepto y los tipos de desamparo; (ii) de los elementos que lo componen: la situación de desprotección y el incumplimiento de deberes, destacando la dificultad de identificar los sujetos obligados y los deberes a cumplir en el caso de los incapaces de hecho; (iii) y de la declaración del desamparo. A continuación se centra en la tutela que desencadena el desamparo, considerándola no como una tutela ordinaria —como ya he adelantado—, sino como una medida de cobertura o función transitoria de protección, en cuanto que este modo de interpretación es el único que permite la aplicación del artículo 239.3 del Código Civil a los incapaces de hecho. Esta aplicación a los incapaces naturales no sólo determina la caracterización jurídica de la figura, sino también la extensión de su contenido, que, según LEGERÉN, no puede identificarse con el de la tutela administrativa de los menores, sino que más limitadamente consiste en la prestación de servicios sociales necesarios para salir del desamparo. La negativa a considerar esta tutela-protección como tutela ordinaria lleva al autor a negarle la posible aplicación de la normativa tutelar del Código Civil. Finaliza su estudio analizando el significado de los términos «por ministerio de la ley», referidos a su modo de constitución.

En la cuarta —y última— parte, el profesor LEGERÉN, tras el estudio pormenorizado a lo largo del libro del artículo 239.3 del Código Civil y de la tutela de los incapaces por la entidad pública, cierra la obra con una valoración crítica del citado precepto, destacando la deficiente técnica con que se redactó y su llamativa indeterminación. Advierte de que estamos ante una norma que no resuelve de forma técnicamente adecuada las necesidades que viene a colmar y que, en consecuencia, genera una problemática que la hace inoperativa. Por ello, propone que se delimiten nítidamente los dos supuestos de hecho a los que se refiere la norma, concretando los destinatarios de cada uno, y que se proceda a su desarrollo normativo.

Efectivamente, la mala técnica y la insuficiencia del tercer párrafo del artículo 239 del Código Civil convierten a la tutela de las personas con discapacidad, atribuida a la entidad pública, en una figura confusa a la que los estudiosos y aplicadores del Derecho no saben cómo acercarse, lo que redundará negativamente en la eficacia misma de la propia institución y, en consecuencia, en las personas cuya protección se pretendía. El profesor LEGERÉN ha asumido el reto de arrojar luz en medio de esta opacidad. Con las escasas y defectuosas herramientas que proporciona el precepto, ha llevado a cabo una construcción de la tutela de las entidades públicas que constituye una interesante —aunque no compartida por todos— propuesta hermenéutica, proponiendo, además, cambios en el precepto a los efectos de mejorarlo. Todo ello lo hace, además de sistemáticamente —como ya he apuntado al inicio—, con una depurada técnica de análisis y con una minuciosidad que le llevan a valorar las cuestiones no sólo en profundidad, sino desde todas las ópticas posibles. Merece la pena destacar también, por último, la extraordinaria labor de documentación que subyace en la elaboración de la obra, como lo demuestran la exhaustiva bibliografía y la abundante jurisprudencia empleadas. Por todo ello, el libro del profesor LEGERÉN resulta de lectura obligada para quienes deseen acercarse al conocimiento del artículo 239.3 del Código Civil y a la tutela que regula.