

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

TUTELA AUTOMÁTICA DE LOS MENORES E INCAPACES DESAMPARADOS POR ENTIDAD PÚBLICA Y DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora

Derecho Civil UCM

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TUTELA AUTOMÁTICA Y EXISTENCIA DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO.—III. ACTUACIÓN EN EL PROCESO DE LA ENTIDAD PÚBLICA TUTORA: 1. DESIGNACIÓN DE ENTIDAD PÚBLICA. 2. LA FALTA DE AUDIENCIA NO ES CAUSA DE NULIDAD: SUPUESTOS. 3. LA FALTA DE AUDIENCIA ES CAUSA DE NULIDAD.—IV. ENTIDAD PÚBLICA DEL RESPECTIVO TERRITORIO.—V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA TUTELA CONCRETADOS POR LA JURISPRUDENCIA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DE RESOLUCIONES DE LA DGRN.—VIII. LEGISLACIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En otros comentarios de jurisprudencia nos hemos referido de pasada a las diferentes situaciones de desamparo del menor desde otra perspectiva (1).

En las páginas que a continuación veremos vamos a detenernos en las cuestiones que se plantean y que han sido estudiadas por la jurisprudencia en los últimos años, referidas al supuesto de la tutela automática de los menores desamparados

(1) Vid., mis artículos sobre «Cuestiones actuales sobre la emancipación. Análisis de la evolución jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 725, 2011, págs 1611 a 1797, y «La protección del *nasciturus* y su proyección en el Derecho Civil español actual», en *RCDI*, núm. 726, 2011, págs. 2217 a 2227.

que según el artículo 239 del Código Civil, «corresponde por Ley a la entidad (2) a que se refiere el artículo 172» del mismo texto legal (3).

El señalado precepto del Código Civil fue redactado por Ley 21/1987, de 11 de noviembre (BOE de 17 de noviembre), de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, y señala además que *«se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para este»*.

No obstante, el párrafo 3.º del artículo 239 fue introducido por el número tres del artículo 9 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE de 19 de noviembre, con entrada en vigor al día siguiente de su publicación). Párrafo que 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. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material»*.

De esta manera el precepto inicialmente pensado para establecer la tutela de menores desamparados confiriéndose a una entidad pública cuando no haya familiares que puedan asumir la tutela en su beneficio —como inicialmente continúa

(2) Según la Disposición Adicional Primera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción) que introdujo este artículo en el Código Civil: «Las entidades públicas mencionadas en esta Ley son los organismos del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales a las que, con arreglo a las leyes, corresponda, en el territorio respectivo, la protección de menores.

Las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia en materia de protección de menores, podrán habilitar, en su territorio, como instituciones colaboradoras de integración familiar; a aquellas Asociaciones o Fundaciones no lucrativas, constituidas conforme a las Leyes que les sean aplicables, en cuyos estatutos o reglas figure como fin la protección de menores y siempre que dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinares necesarios para el desarrollo de las funciones encomendadas.

Estas instituciones colaboradoras podrán intervenir solo en funciones de guarda y mediación con las limitaciones que la entidad pública señale, estando siempre sometidas a las directrices, inspección y control de la autoridad que las habilite.

Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de mediación para acogimientos familiares o adopciones.

La habilitación se otorgará previo expediente. Podrá ser privada de efectos la habilitación si la Asociación o Fundación dejare de reunir requisitos exigidos o infringiere en su actuación las normas legales.

Incumbe al Ministerio de Justicia la coordinación con fines de información y colaboración, estadísticas y relaciones internacionales, para lo cual las Comunidades Autónomas deberán facilitar la información necesaria.

Las personas que presten servicios en las entidades públicas o en las instituciones colaboradoras, están obligadas a guardar secreto de la información obtenida y de los datos de filiación de los acogidos o adoptados, evitando, en particular, que la familia de origen conozca a la de adopción».

(3) Vid. «Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinscripción en la familia biológica», en RCDI, núm. 717, 2010, pág. 297 y sigs.

indicándose en su párrafo primero—, se ve ampliado al añadirse el párrafo tercero a los incapaces independientemente de su edad (ya sean menores o mayores) (4).

La característica en común que tienen ambos grupos de afectados se encuentra en el hecho de su *desamparo* derivado a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes cuando ambos grupos de sujetos (menores e incapaces) queden privados de la necesaria asistencia moral o material o se advierta peligro, físico o psíquico.

Es por tanto una *situación de hecho*, querida o no, en la que se encuentran los menores e incapaces caracterizada por la ausencia de asistencia (moral y material, como dice el propio precepto) y protección. La situación de desamparo se declara examinándose las circunstancias específicas del menor o incapaz, atendiendo siempre a su interés. Por ello se deberá acreditar ante el Juez el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor (5) o incapaz exigidos por la conciencia social.

Cercana a la situación de desamparo se halla la *de riesgo* donde podemos decir que hay un perjuicio para el menor o incapaz sin alcanzar la entidad suficiente del desamparo.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de julio de 1993 (6), destaca que el Juez solo aparece vinculado por el beneficio del tutelado (7).

(4) Se trata, según PALOMINO DÍEZ, Isabel («La discutida naturaleza de la tutela de las entidades públicas del artículo 172.1 del Código Civil», en AC, núm. 11, 2005, pág. 1311), de una única tutela como institución civil que por razón del sujeto que la ejerce y los presupuestos que la originan, se diversifica en dos modalidades: una tutela ordinaria de constitución judicial, para menores e incapacitados; y una tutela administrativa atribuida por ministerio de la Ley a las entidades públicas en los casos de menores e incapacitados en situación de desamparo».

(5) La protección de los menores ha sido consagrada en el artículo 39 CE. Y en su desarrollo, la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, establece la obligación de toda persona que detecte una situación de riesgo o posible desamparo de un menor, de prestarle auxilio inmediato y de comunicar el hecho a la autoridad o sus agentes más próximos. Con carácter específico se prevé, asimismo, el deber de los ciudadanos de comunicar a las autoridades públicas competentes la ausencia del menor, de forma habitual o sin justificación, del centro escolar.

Hay que tener en cuenta, también, la Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990) y la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0772/92.

(6) STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 22 de julio de 1993, recurso 3477/1990. Ponente: Gumersindo BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE. Número de Recurso: 3477/1990. LA LEY 13305/1993. Señala que: «Conocida es la ampliación que, en relación con la facultad del órgano jurisdiccional en la institución tutelar, ha supuesto la última reforma operada en el título correspondiente del Código Civil, orientándose la nueva regulación en un aumento de la intervención judicial en beneficio del declarado incapaz; y siguiendo esta línea de control están redactados, tanto el último inciso del artículo 234, como el espíritu del 235, ambos del Código Civil, cuando se refieren al nombramiento o designación de la persona del tutor, siendo el concepto de «beneficio del incapacitado» el que debe presidir tal designación, posponiéndose otras preferencias de tipo familiar».

(7) En el caso analizado no se advierte que la resolución judicial se aparte de dichas condiciones, habida cuenta que está actuando en beneficio de una persona que, declarada incapaz hace dos años, aún no había sido amparada por la constitución del correspondiente órgano tutelar, y porque el tutor designado es una persona jurídica que entre sus fines cuenta con los de la protección de los discapacitados como a continuación expresamos.

II. TUTELA AUTOMÁTICA Y EXISTENCIA DE LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

El artículo 239 del Código Civil nos reenvía al 172 del Código Civil, que dispone que tienen competencias de protección de los menores las entidades públicas que tengan atribuida dicha función en el respectivo territorio. Se le otorga automáticamente la tutela del menor (8) o incapaz en el momento que quede acreditada la situación de desamparo, realizando las acciones pertinentes para el ejercicio de su guarda.

No debemos olvidar que el propio precepto prescribe que cuando haya personas (generalmente familiares) que puedan asumir la tutela con beneficio para el tutelado es lógico que primen frente a una entidad pública, desposeída de cualquier vínculo afectivo que el menor podría encontrar con mayor facilidad en su ámbito familiar y que a la postre supusiera para este menor dificultad en su nueva situación tutelar.

Sin embargo aunque a primera vista pudiera parecer que el precepto equipara ambos tipos de tutela, desde luego no son iguales:

La *tutela de mayores incapaces* es una tutela de carácter asistencial (su función básica es de protección y asistencia) y de constitución judicial. El sujeto que ejerce la tutela es la entidad pública sin posibilidad de excusarse del cargo, como veremos por la jurisprudencia que a continuación examinaremos, por la ineludible obligación que asumen las entidades públicas (9).

Se puede hacer la designación en una persona jurídica (art. 242 CC) sin que el precepto impida que pueda serlo una persona jurídico-pública. Solo exige que entre sus finalidades no tenga un fin lucrativo y que entre sus objetivos o fines figure la protección de incapacitados. Es obvio que de la lectura de la ley reguladora de la Gerencia de Servicios Sociales y del Decreto 2/1998 que la desarrolla aparece que uno de sus fines es atender la ejecución de las competencias en materia de Acción Social y Servicios Sociales de la ley de la correspondiente Comunidad Autónoma. Que existan otras personas jurídico-públicas, que también tengan esos fines, no significa que la Gerencia no los posea, y cumpliendo la entidad recurrente con los dos requisitos del artículo 242 del Código Civil, el Juez, por esas amplias facultades de que goza y a que hemos hecho referencia, puede designar tutor a quien considere más adecuada, teniendo en cuenta el superior interés del tutelado. Lo que no es sin duda justificable es que hayan tenido que transcurrir más de dos años desde que se declaró la incapacidad del tutelado, para constituir la tutela poniendo de manifiesto la lectura del recurso, que lo que subyace en realidad es una discrepancia o desacuerdo acerca de que administración debe asumir la tutela en este caso desatendiendo el encargo constitucional contenido en el artículo 49 y la normativa que lo desarrolla de que los poderes públicos, no se excluye a ninguno, amparen a los discapacitados.

AP de Valladolid, Sección 1.ª, Auto de 7 de mayo de 2007, recurso 87/2007. Ponente: FRANCISCO SALINERO ROMÁN. Número de sentencia: 94/2007. Número de recurso: 87/2007. LA LEY 117649/2007.

(8) Aquí hay que tener en cuenta el artículo 18 de la Ley de Protección Jurídica del menor 1/1996, que viene a manifestar que cuando la entidad pública competente considere que el menor se encuentra en situación de desamparo, actuará en la forma prevista en el artículo 172 y siguientes del Código Civil, asumiendo la tutela de aquel, adoptando las oportunas medidas de protección y poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

(9) La SAP de Soria, sentencia de 22 de abril de 2009 (rec. 58/2009, Ponente: María Belén PÉREZ-FLECHA DÍAZ. Número de sentencia: 80/2009. Número de recurso: 58/2009. LA LEY 73370/2009), recoge los criterios del Auto de esta Sala de 29 de diciembre de 2005, y señala que *esta entidad pública es la Junta de Castilla y León* (art. 32.1.19 del Estatuto

En base al Código Civil, y por tanto *ex lege*, cuando el mayor está en situación de desamparo (cuestión que en muchos de los casos habrá que analizar detenidamente) (10) y con carácter automático, es la entidad pública del territorio donde esté domiciliado, el órgano que se encargará de su tutela.

La autoridad judicial es la que designa a la entidad pública (11). La tutela de incapacitados tiene un carácter definitivo y permanente, ya que una vez que el órgano judicial declara la asunción de la tutela por la entidad pública previamente ha considerado que no hay familiares próximos y si los hay estos no son idóneos. Hay que tener en cuenta, además, que este procedimiento se incardina en un procedimiento de incapacitación.

La *inidoneidad* de los familiares puede ser, a su vez, de distinta índole, como acertadamente reconoce la jurisprudencia: por ejemplo, pueden existir

de Autonomía de esta Comunidad), que debe asumir la tutela por ministerio de la ley, es decir, sin necesidad de nombramiento judicial expreso, en supuestos como en el que nos ocupa, para evitar que la incapaz esté sin un tutor concreto. *Todo ello sin perjuicio de que con posterioridad por el Ministerio Fiscal u otra persona interesada, se inste en expediente de jurisdicción voluntaria, tras estudiar las distintas posibilidades, el nombramiento de otra persona que ejerza la tutela.* Por ello, y teniendo presente el contenido del artículo 752 LEC, procede dejar sin efecto el nombramiento de la Fundación Tutelar Castellano-Leonesa de Deficientes Mentales, como tutora, debiendo llevarse a cabo por el Juzgado de instancia, mediante el procedimiento adecuado, la designación de tutor en la persona que se considere más idónea, tal y como interesa en Ministerio Fiscal.

(10) En este sentido, ha de partirse de la base de que doña Olga, *desde que ingresó en la Residencia de Ancianos «San Nicolás de Bari» de Coria, el día 15 de julio de 1995, no se encuentra en situación de desamparo, sino perfectamente atendida*, revelándose así, no solo por el importante lapso de tiempo transcurrido desde tal ingreso sin que conste incidencia de tipo alguno, sino porque en la propia sentencia recurrida (Fundamento de Derecho Quinto) se señala —en términos literales— que «no es preciso, a tenor de las circunstancias del caso, el *internamiento de la incapaz, doña Olga*, la cual está atendida adecuadamente en todas sus necesidades en una Residencia de Ancianos»; luego debe descartarse cualquier situación de desamparo que exigiera necesaria e imperativamente que la tutela hubiera de deferirse a favor de la entidad pública que tiene encomendada en la Comunidad Autónoma de Extremadura la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, y reconocerse, al mismo tiempo, que la estancia en la Residencia de Ancianos, donde se encuentra la incapacitada, es beneficioso para la misma.

SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 8 de junio de 2007, recurso 287/2007. Ponente: Antonio María GONZÁLEZ FLORIANO. Número de sentencia: 243/2007. Número de recurso: 287/2007. LA LEY 162288/2007. Acreditación de la imposibilidad de deferir la tutela de la incapacitada a favor de alguno de sus parientes, no pudiendo considerarse idóneos los conocidos, dadas sus circunstancias personales, lo que determina la aplicación de la facultad que la ley confiere al órgano judicial de designar tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de este, considere más idóneo, que en el caso es la titular de la residencia de ancianos en que se halla ingresada la incapacitada, al reunir los requisitos legalmente exigidos, no concurriendo desde su ingreso en tal residencia situación de desamparo que exija necesaria e imperativamente que la tutela hubiera de deferirse a favor de una entidad pública.

(11) Vid. HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar [«La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados», en *Actualidad Civil* (LA LEY), núm. 20. Fecha de publicación: Quincena del 16 al 30 de noviembre de 2006, págs. 2389 a 2407. Tomo 2. LA LEY 3120/2006] señala en la página 2404 que «el automatismo más bien se refiere al encargo inapelable o imperativo que asumen las entidades públicas y respecto al que considero no debe ser *ope legis*, sino *ope iudicis*».

conflictos de intereses entre los parientes, situaciones de franca enemistad (12), o que el familiar quiere hacerse cargo del incapaz cuando en ningún momento había mostrado interés por él (13), o que el familiar no se encuentre dentro de la enumeración establecida en el artículo 234 del Código Civil, relativo a la atribución de la tutela (14). O incluso puede ocurrir que sean los propios familiares del incapaz los que no quieran ostentar tal cargo (15).

La *tutela de los menores desamparados e incapaces* en situación de desamparo es de constitución administrativa y no judicial.

Son las entidades públicas las que primero conocen la situación de desamparo que sufre el menor y quien además dictamina y declara dicha situación.

Además en el caso de los menores, su situación de desamparo crea una naturaleza administrativa, pero generalmente es transitoria o provisional, pues se realiza con vistas a la búsqueda de la adopción de medidas de protección duradera y definitiva, como es la adopción y el acogimiento familiar permanente del menor (16).

En cualquier caso es fundamental la actuación del órgano judicial en *beneficio del menor o incapaz*. Hay que tener presente que las resoluciones de Audiencias Provinciales declaran que no puede olvidarse que los Juzgadores de Instancia asientan su criterio decisorio, a través del *principio de inmediatez* que ha presidido la práctica de las diversas pruebas, de manera que habida cuenta de las amplias facultades que la Ley concede al Juez para decidir al respecto, de índole *cuasi discrecional*, sus decisiones solo son revisables si se hubiera incidido en arbitrariedad, con grave perjuicio de la persona tutelada, de modo que habrá de estarse a dicho criterio cuando no se evidencia error alguno de Derecho ni en la valoración de los hechos ni de la prueba practicada (17).

(12) SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 17 de septiembre de 2004, recurso 415/2004. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. Número de sentencia: 569/2004. Número de recurso: 415/2004 (LA LEY 192227/2004).

(13) En el caso de don Heraclio ni siquiera aparece dato alguno en autos por el que haya mostrado alguna vez interés por hacerse cargo de su tía, el propio hecho por el que se queja el apelante de que no tuvo conocimiento del proceso de incapacitación, no es más que una evidencia del escaso interés que el apelante había mostrado hacia la situación de doña Rafaela, que tuvo que ser ingresada en una residencia ante el estado de abandono en que se encontraba. SAP de Asturias, Sección 1.ª, de 11 de enero de 2010, recurso 464/2009. Número de sentencia: 5/2010. Número de recurso: 464/2009. LA LEY 6702/2010. Nombramiento de la entidad ERA (Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias) de tutor.

(14) SAP de Asturias, Sección 1.ª, sentencia de 11 de enero de 2010, recurso 464/2009. Número de sentencia: 5/2010. Número de recurso: 464/2009. LA LEY 6702/2010.

(15) La SAP de Sevilla, Sección 2.ª, de 28 de julio de 2008, recurso 3562/2008 (Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 375/2008. Número de recurso: 3562/2008. LA LEY 203778/2008) declara la incapacidad, y la tutela a la Administración autonómica competente, dada la *negativa a aceptar tal cargo las hijas del incapaz*.

(16) Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I., «Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica», en *RCDI*, núm. 717, 2010, pág. 297 y sigs.

(17) SAP núm. 569/2004 de Madrid (Sección 22.ª), de 17 de septiembre; siendo numerosas las resoluciones que optan por atribuir la tutela a personas o entidades ajenas a la familia (ya en su totalidad, ya respecto de los bienes de los incapaces) en casos en los que existen conflictos de intereses entre los parientes o situaciones de franca enemistad entre ellos que puedan redundar en perjuicio del tutelado.

Argumento que utiliza la SAP de Guadalajara, de 9 de marzo de 2007, recurso 51/2007 (18), que tras acreditar la existencia de conflicto de intereses y familiares entre la incapaz y los hermanos, posibles tutores, resulta más conveniente para esta que sea *la entidad propuesta, totalmente imparcial*, la encargada de proteger sus intereses, pues las decisiones han de tomarse siempre pensando en su *beneficio*. Incluso se acepta la excusa de los familiares o parientes directos del incapaz de la asunción de la tutela, alterándose el orden del artículo 234 del Código Civil (19).

En este sentido la SAP de Zaragoza, Sección 4.^a, de 19 de febrero de 2001, recurso 23/2000 (20), recoge un supuesto muy especial señalando el carácter facultativo del mecanismo de la autoridad familiar aragonesa (21), y dando lugar a la alteración del orden legal de llamamientos en el nombramiento de tutor en interés de las menores: estableciendo la preferencia de la tía materna sobre los abuelos paternos.

En este caso, parece adecuada la aplicación del artículo 239.2 del Código Civil que lleva a cabo la juzgadora de primer grado al apreciar situación de desamparo en dicha menor pese a la pervivencia de su padre biológico. La única noticia que se tiene de él proviene de su estancia como interno en un centro

(18) Ponente: Concepción ESPEJEL JORQUERA. Número de sentencia: 59/2007. Número de recurso: 51/2007. LA LEY 143312/2007.

(19) La SAP de Valencia, Sección 10.^a, de 5 de noviembre de 2008, recurso 751/2008 (Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Número de sentencia: 689/2008. Número de recurso: 751/2008. LA LEY 273456/2008) declara la incapacidad del demandado, nombrándose tutor del mismo a la Comisión Valenciana de Tutelas e Incapacidades. Se prescinde del nombramiento de los parientes directos del incapaz, resultando atendible la *excusa formulada por estos, relativa a la enfermedad de los padres y hermanos del declarado incapaz*. Justifica la alteración del orden establecido en el artículo 234 del Código Civil, procediendo el nombramiento de la entidad pública.

En el mismo sentido, la SAP de Sevilla, Sección 2.^a, de 28 de julio de 2008, recurso 3562/2008 (Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 375/2008. Número de recurso: 3562/2008. LA LEY 203778/2008). Declara la incapacidad como sometimiento a tutela del incapaz por la Administración autonómica competente, atendidas las circunstancias concurrentes y dada la obligación que ostenta de promover y establecer formas eficaces de protección, cuidado y atención a incapaces y menores, dada la *negativa a aceptar tal cargo las hijas del incapaz*.

(20) SAP de Zaragoza, Sección 4.^a, de 19 de febrero de 2001, recurso 23/2000. Ponente: Javier SEOANE PRADO. Número de sentencia: 110/2001. Número de recurso: 23/2000. LA LEY 3655/2001.

(21) En primer lugar, es de señalar que ni la vecindad civil aragonesa de las menores, ni la sobrevivencia del padre de Verónica, son obstáculo alguno para la constitución del organismo tutelar de ninguna de las menores.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, ningún impedimento supone el mecanismo de la autoridad familiar previsto en los artículos 9 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón (CDCA) y 10 CDCA, pues la «autoridad familiar de otras personas» de que habla el último precepto es de carácter facultativo, ningún interesado ha promovido la designación de quién ha de ejercerla, ni provocando la constitución de la junta de parientes del modo previsto en el artículo 20 CDCA, y es opinión común que la expresión «podrá», que emplea el artículo 10 CDCA, implica que dicho mecanismo en modo alguno excluye de la constitución de la tutela cuando el cuidado y atención del menor la hace más aconsejable.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es preciso señalar que los recurrentes carecen de interés legítimo, y por tanto de legitimación para recurrir la designación de tutor para Verónica, pues ni están unidos a ella por lazos de parentesco, ni pretenden la designación para ellos.

penitenciario, cuando manifestó su conformidad con la designación de tutor que ahora se discute, sin que desde entonces se conozca su paradero, por lo que es clara la situación apreciada por la juzgadora de primer grado, conforme a los parámetros establecidos en el artículo 172.2 del Código Civil.

III. ACTUACIÓN EN EL PROCESO DE LA ENTIDAD PÚBLICA TUTORA

1. DESIGNACIÓN DE ENTIDAD PÚBLICA

La tutela automática del artículo 239 del Código Civil, introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, está encomendada a la Entidad Pública, sin perjuicio de que existan personas jurídicas de carácter fundacional que puedan y estén en disposición de asumir el cargo y función tutelar, y con las que puede entrar en contacto la Administración tutelante para hacer la oportuna propuesta al Juzgado. La propia SAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 8 de junio de 2007, recurso 287/2007, entiende que «la ley confiere al órgano judicial (la facultad) de designar tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de este, considere más idóneo, que en el caso es la titular de la residencia de ancianos en que se halla ingresada la incapacitada (y ante la falta de parientes idóneos) (22).

Como veremos más adelante, la entidad pública debe ser la del domicilio del incapacitado, ya que a falta de parientes o personas designadas por el propio incapaz o por sus progenitores, recaerá sobre la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces. «Si bien el primer párrafo del artículo 239 del Código Civil atribuye exclusivamente a la entidad pública correspondiente la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo en el respectivo territorio, el tercer párrafo del citado artículo, introducido por la reforma del Código Civil operada por Ley 41/2003, extiende tal atribución al caso de los incapacitados, determinando 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 nombrada tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando se encuentre en situación de desamparo. Es por ello que quien debe asumir el desempeño del cargo tutelar es la Junta de Castilla y León a través de la Gerencia de Servicios Sociales, al menos en tanto no exista otra persona jurídica que se ofrezca y tenga medios suficientes para asumirla con las garantías de protección que ofrece la Gerencia de Servicios Sociales» (23).

(22) En el mismo sentido, la SAP de Sevilla, Sección 2.^a, de 8 de febrero de 2008, recurso 8189/2007. Ponente: Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 47/2008. Número de recurso: 8189/2007. LA LEY 173609/2008.

(23) SAP de Segovia, de 31 de marzo de 2006, recurso 110/2006. Ponente: Pilar ÁLVAREZ OLALLA. Número de sentencia: 67/2006. Número de recurso: 110/2006. LA LEY 86963/2006. La competencia de dicha Gerencia para la asunción de los cargos tutelares que recaen sobre incapaces ha sido ya resuelta por esta Sala en el rollo 31/05 y 178/05, en cuyas sentencias se señala que: «La Ley 2/95, en su artículo 2, establece como competencias de la Gerencia de Servicios Sociales los siguientes: *a)* La organización, gestión, desarrollo, control y coordinación de centros, establecimientos, prestaciones y programas de Servicios Sociales, según se establece en el artículo 32 de la Ley 18/1988, de Acción Social y Servicios Sociales, que le sean encomendados por la Junta de Castilla y León. *b)* El desarrollo de las actividades, actuaciones y programas que establecidas en los Planes Regionales de Servicios Sociales, le encomiende la Junta de Castilla y León. *c)* Cualquier otra que le pudiera ser encomendada por la Junta de Castilla y León y la Consejería de Sanidad y Bienestar Social en materia de servicios sociales».

Junto con las entidades públicas, el Código Civil posibilita que sea una Fundación la que obtenga la tutela del incapaz, siempre que entre sus fines se encuentre dicha posibilidad y cuente con medios económicos suficientes. El artículo 234 del Código Civil, primando siempre, el beneficio del tutelado aconseja en primer lugar los familiares (24), no obstante el artículo 242 recuerda la posibilidad de que podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados. Será el órgano judicial quien dictamine a favor (25) o en contra (26) de dicha tutela.

No obstante, una vez establecida la tutela automática por el órgano judicial a favor de una entidad pública, esta no puede oponer su falta de competencia, como señala la AP de Valladolid, Sección 1.^a, Auto de 7 de mayo de 2007, recurso 87/2007 (27). Y ello porque entre sus competencias figura la inserción social de los colectivos afectados por la discapacidad. Se puede hacer la designación en una persona jurídica sin que precepto alguno impida que pueda serlo una persona jurídico-pública. Solo se exige que entre sus finalidades no tenga un fin lucrativo y que entre sus objetivos o fines figure la protección de incapacitados (28).

(24) SAP de Ourense, Sección 1.^a, de 31 de julio de 2007, recurso 202/2007. Ponente: Ángela Irene DOMÍNGUEZ-VIGUERA FERNÁNDEZ. Número de recurso: 202/2007. LA LEY 214734/2007. Mantenimiento de la tutela pública del menor, de acuerdo a la apreciación probatoria de la sentencia impugnada, ratificándose la situación de desamparo. El menor, cuya madre se encuentra en paradero desconocido, quedó bajo la custodia del padre quien, según informe de los servicios sociales, sufría un problema de alcoholismo, careciendo de estabilidad laboral y personal. Los abuelos paternos, en los cuales delegó el padre del menor, se declararon inadecuados a tal fin, no debido a la situación familiar en por la que atraviesan...

(25) La AP de Granada, Sección 4.^a, Auto de 3 de diciembre de 2002, recurso 410/2002 (Ponente: José MALDONADO MARTÍNEZ. Número de sentencia: 167/2002. Número de recurso: 410/2002. LA LEY 203092/2002) dictamina que procede el nombramiento de tutor del incapaz a persona jurídica a pesar de que dicha entidad no tenga como finalidad la protección de incapacitados, los estatutos establecen entre sus fines el adoptar todas las medidas que contribuyan a la mejora de la calidad vida del enfermo mental.

(26) SAP de Huelva, Sección 1.^a, Auto de 12 de febrero de 2003, recurso 44/2003. Ponente: Guadalupe SEGOVIA TALERÓ. Número de recurso: 44/2003. LA LEY 30416/2003. No procede nombrar tutor del mayor de edad incapacitado, a la Fundación demandante porque se reconoce carente de medios suficientes para desempeñar el cargo de tutor, y no lo prevé entre sus fines fundacionales. La tutela deberá ser deferida a persona jurídica pública que desempeñe esta función dentro de la administración autonómica, cuando fracasen los medios familiares.

En el mismo sentido, la AP de Huelva, Sección 2.^a, Auto de 30 de noviembre de 2000, recurso 118/2000 (Ponente: Santiago GARCÍA GARCÍA. Número de sentencia: 149/2000. Número de recurso: 118/2000. LA LEY 218737/2000) nombra a la fundación privada sin ánimo de lucro como tutora del declarado incapaz quien, a su vez, se excusa del cargo por carecer de suficientes recursos para el desempeño de la función, que es aceptada por el órgano judicial. La Audiencia indica que el cumplimiento de estas funciones tutelares, cuando no existen familiares próximos del incapaz, corresponde a la Administración Pública, autonómica y local, competente en materia asistencial, quien no puede renunciar al desempeño del cargo.

(27) AP de Valladolid, Sección 1.^a, Auto de 7 de mayo de 2007, recurso 87/2007. Ponente: FRANCISCO SALINERO ROMÁN. Número de sentencia: 94/2007. Número de recurso: 87/2007. LA LEY 117649/2007. Nombramiento como tutor a la Gerencia Territorial de Servicios Sociales. La designada no puede oponer a su nombramiento la falta de competencia. Toda persona incapacitada judicialmente es una persona discapacitada.

(28) El artículo 49 está integrado en el capítulo III del Título I de la Constitución, sobre los principios rectores de la política social y económica del Estado, y a dicho capítulo se hace referencia en la Ley 18/1998, de acción social y servicios sociales de Castilla y León, y las competencias de ese carácter son de la Comunidad Autónoma Castellano-Leonesa,

2. LA FALTA DE AUDIENCIA NO ES CAUSA DE NULIDAD: SUPUESTOS

La jurisprudencia de las Audiencias en este punto es vacilante, puesto que unas veces entienden que no es necesario oír a las Entidades Públicas en su nombramiento como tutoras, y otras veces sí lo consideran necesario, declarando que de no haberse hecho se podrá proceder a la nulidad de actuaciones.

Ejemplo del primer supuesto señalado es la AP de Sevilla, Sección 2.ª, sentencia de 8 de febrero de 2008, recurso 8189/2007, que indica que aunque la Entidad pública designada tutora de la persona incapacitada no haya tenido intervención en el proceso de incapacitación, *no procede declarar la nulidad de actuaciones* postulada por cuanto las únicas audiencias legalmente preceptivas

según el artículo 26.1.18 en la redacción inicial del Estatuto de Autonomía. En la Ley que creó la Gerencia de Servicios Sociales (Ley 2/1995), en su Exposición de Motivos se dice como su creación, como ente institucional, tiene por objeto el que se de respuesta a las demandas sociales de manera rápida y eficaz en materia de servicios sociales. Por tanto no se puede sostener que la gerencia no ostenta competencias en la materia discutida, pues el artículo 49 de la Constitución se refiere a los disminuidos psíquicos y en ese concepto debe considerarse incluida a la persona objeto de este proceso que ha sido declarada judicialmente incapaz de manera parcial, como resulta de la sentencia de fecha 21 de marzo de 2005, precisamente por padecer una serie de deficiencias de carácter físico y psíquico de carácter permanente, sin que podamos aceptar esa distinción artificiosa que se hace en el recurso entre discapacitado e incapacitado judicial, pues si la parte recurrente acepta que es de su cargo la protección de un discapacitado no incapacitado judicialmente, que por ello hemos de concluir que se trataría de una persona con menor grado de discapacidad que la judicialmente incapacitada, con mayor razón deberá hacerse cargo de los de mayor grado de discapacidad, que por tal circunstancia es obvio que necesitarán de mayor protección para dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 49 citado.

La Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, en su artículo 1 señala que sus principios se fundamentan en los derechos que el artículo 49 de la Constitución reconoce, en razón a la dignidad que les es propia, a los disminuidos en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales para su completa realización personal y su total integración social, y a los disminuidos profundos para la asistencia y tutela necesarias.

Y en su artículo 3 destaca que los poderes públicos prestarán todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos, a que se refiere el artículo 1, constituyendo una obligación del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos sociales mínimos y la Seguridad Social. Señalando que a dichos efectos estarán obligados a participar, para su efectiva realización, en su ámbito de competencias correspondientes, la Administración Central, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, los Sindicatos, las entidades y organismos públicos y las asociaciones y personas privadas.

La especial sensibilidad detectada en los últimos tiempos hacia los derechos de los discapacitados se ha traducido en la elaboración de normativas específicas destinadas al reconocimiento de dichos derechos, así como a otorgarles la protección que merecen y que pueden y deben dispensarles las sociedades desarrolladas, como beneficiarios preferentes o con el mismo derecho que los demás ciudadanos de las cotas de bienestar conseguidas en los llamados estados avanzados. La reforma de 1983 (Ley 13/1983, de 24 de octubre) supuso un cambio trascendental al pasar de un sistema de tutela de familia al de autoridad, con supresión del Consejo de Familia y conversión del Juez en la pieza fundamental decisoria del sistema al dotarle de amplísimas facultades. En puridad y tal como está concebido el cierre del sistema, solo existe una persona que puede actuar con poderes absolutos, aunque sujeto a una serie de condiciones, el Juez. El artículo 231 del Código Civil atribuye la constitución de la tutela al Juez.

Es la pieza angular y decisiva del sistema desde un primer momento, que no tiene otra norma que cumplir ni mira que conseguir en su cometido al efectuar la elección o designación del tutor, más que procurar el interés o beneficio del tutelado

son las relativas a los parientes más próximos del presunto incapaz, según dispone el artículo 759.1 LEC, sin perjuicio de que el Tribunal pueda oír a las demás personas que considere oportuno cuando en la demanda se solicite el nombramiento de la persona que deba asistir o representar al incapaz. Por ello el nombramiento de la Entidad Pública como tutora es válido aunque previamente no se le notifique la fecha de la vista oral a efectos de ser oída (29).

En el mismo sentido se halla la AP de Segovia, sentencia de 31 de marzo de 2006, que admite que la inexistencia de obligación de oír al llamado a la tutela, unido a la inexistencia del trámite de oposición al nombramiento por parte del tutor, previsto en el artículo 1840 LEC 1881, en sede de nombramiento de tutor por el procedimiento de jurisdicción voluntaria, determina que puede darse el caso de no intervención del futuro tutor hasta el momento de su nombramiento, si este se realiza en el procedimiento de incapacitación, si bien, dada su legitimación para apelar la sentencia al amparo de lo establecido en el artículo 13 LEC, es precisamente en esta alzada el momento procesal en el que puede dilucidarse cualquier motivo de oposición relativo a ese nombramiento, solventándose así cualquier suerte de indefensión que hubiera podido sufrir la parte apelante en el procedimiento ante el juez *a quo* (art. 465.3 LEC *in fine*) (30).

3. LA FALTA DE AUDIENCIA ES CAUSA DE NULIDAD

Parece que en el caso de que el tutor nombrado sea una Fundación, implica la necesidad de ser oído antes de su nombramiento. Así lo dice la AP de Segovia, sentencia de 7 de diciembre de 2006, recurso 258/2006, al indicar que efectivamente la fundación recurrente y designada tutora no ha sido parte en la instancia, pero más aún ni siquiera ha sido oída antes de ser designada tutora, lo que efectivamente le ha impedido valorar, de acuerdo con sus estatutos, su posibilidad de asumir la tutela que se le encomienda (31).

El principio de audiencia de las partes, recogido en la LEC, es el que prima, y así se reconoce en la SAP de Soria, sentencia de 22 de abril de 2009, recurso 58/2009 (32), que deja sin efecto el nombramiento efectuado por el Juzgador de

(29) SAP de Sevilla, Sección 2.^a, de 8 de febrero de 2008, recurso 8189/2007. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 47/2008. Número de recurso: 8189/2007. LA LEY 173609/2008.

(30) AP de Segovia, sentencia de 31 de marzo de 2006, recurso 110/2006. Ponente: Pilar ÁLVAREZ OLALLA. Número de sentencia: 67/2006. Número de recurso: 110/2006. LA LEY 86963/2006. Ni existe obligación de oír al llamado a la tutela, ni existe trámite de oposición al nombramiento por parte del tutor en sede de nombramiento de tutor por el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

(31) SAP de Segovia, de 7 de diciembre de 2006, recurso 258/2006. Ponente: Ignacio PANDO ECHEVARRÍA. Número de sentencia: 250/2006. Número de recurso: 258/2006. LA LEY 212708/2006. En este sentido, esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en un supuesto idéntico, y así en la sentencia de 27 de marzo de 2006, posterior por tanto a la que es objeto de recurso, resolviendo se estimó el recurso de la recurrente, al no haber sido oída en la instancia, ni haberse ponderado suficientemente las razones por las que se prefería en la tutela a los familiares que establece el artículo 234.1 del Código Civil ni ponderar el contenido del artículo 239.3 del Código Civil.

(32) SAP de Soria, sentencia de 22 de abril de 2009, recurso 58/2009. Ponente: María Belén PÉREZ-FLECHA DÍAZ. Número de sentencia: 80/2009. Número de recurso: 58/2009. LA LEY 73370/2009. Declaración de incapacidad con nombramiento de tutor al incapaz.

Instancia, *al no haber sido oído en el procedimiento el organismo designado*, lo que vulnera el principio de audiencia de partes, y determina que deba llevarse a cabo la designación de tutor en la persona que se considere más idónea, mediante el procedimiento adecuado, debiendo asumir la tutela mientras tanto, por ministerio de la ley, el organismo de la comunidad autónoma competente, para evitar que la incapaz esté sin un tutor concreto (33).

(33) La actual LEC a diferencia de la anterior, permite en su artículo 759.2 que en la demanda se solicite el nombramiento para el cargo de tutor, en cuyo caso, el número 2 del artículo 760 establece que «la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que con arreglo a la ley hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él». Ahora bien, esto debe hacerse con respeto del principio de audiencia de partes que puedan verse afectadas por la decisión que se tome en el procedimiento, tal y como establece el artículo 231 del Código Civil, y con carácter general, el artículo 24 CE.

En este sentido, y como nos recuerdan las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga, de 29 de septiembre de 2006, y de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, de 7 de febrero de 2005, «el principio constitucional del proceso debido o con garantías —inherente al orden público procesal— exige que todo procedimiento sea coherente con las exigencias del derecho de defensa, evitando todo escenario jurídico permeable a un contexto de indefensión».

La jurisprudencia constitucional [por todas, STC 19/2004 (LA LEY 843/2004)] ha diseñado los contornos del derecho de defensa. Mantiene que debe garantizar el derecho a acceder al proceso y los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales. Esta consideración impone a los órganos decisorios, entre otras exigencias, un deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa [por todas, STC 18/2002 (LA LEY 3044/2002)]. Solo de esta manera se preserva un conocimiento, por parte de quienes ostentan algún derecho o interés, de la existencia de un proceso, permitiendo con ello que se encuentren en condiciones idóneas de impetrar la protección de sus posiciones jurídicas [por todas, STC 26/1999 (LA LEY 2501/1999)].

En este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 229/2000, de 2 de octubre de 2000, recurso 5332/1997. Ponente: Pablo Manuel CACHÓN VILLAR. Número de sentencia: 229/2000. Número de recurso: 5332/1997. LA LEY 901/2001, que en su Fundamento Jurídico quinto señala que: «Lo que se deja expuesto evidencia, sin mayores razonamientos, que las resoluciones que son objeto del recurso de amparo acuerdan una serie de medidas dirigidas a dar cumplimiento a la sentencia recaída en el juicio de menor cuantía cuya efectividad práctica, de llevarse a cabo, perjudicarían notablemente los derechos e intereses de los ahora recurrentes en amparo, pese a no haber sido parte en el proceso ni haber sido condenados en la sentencia firme».

Por ello consideramos que no es posible nombrar tutora a la apelante al no haber sido previamente oída, lo que supone la estimación de este motivo del recurso.

Por otra parte, y tal y como nos recuerda el recurso de apelación, el último párrafo del artículo 239 del Código Civil, 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. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

Y en el Auto de esta Sala, de 29 de diciembre de 2005, citado en el recurso, ya decíamos que esta entidad pública, en este caso, es la Junta de Castilla y León (art. 32.1.19 del Estatuto de Autonomía de esta Comunidad), que debe asumir la tutela por ministerio de la ley, es decir, sin necesidad de nombramiento judicial expreso, en supuestos como en el que nos

Se deja sin efecto el nombramiento de la Fundación Tutelar Castellano-Leonesa de Deficientes Mentales como tutora y a la vez, se nombra automáticamente a la entidad pública que es la Junta de Castilla-León.

IV. ENTIDAD PÚBLICA DEL RESPECTIVO TERRITORIO

La entidad pública designada debe ser de la *demarcación territorial del domicilio del incapaz*, tal y como señala, por ejemplo, la SAP de Segovia, de 31 de marzo de 2006, recurso 110/2006 (34). A falta de parientes o personas designadas por el propio incapaz o por sus progenitores, recaerá sobre la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces. «Si bien el primer párrafo del artículo 239 del Código Civil atribuye exclusivamente a la entidad pública correspondiente la tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo en el respectivo territorio, el tercer párrafo del citado artículo, introducido por la reforma del Código Civil operada por Ley 41/2003, extiende tal atribución al caso de los incapacitados, determinando 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 nombrada tutor, asumirá por ministerio de la Ley la tutela del incapaz o cuando se encuentre en situación de desamparo». Es por ello que quien debe asumir el desempeño del cargo tutelar es la Junta de Castilla y León a través de la Gerencia de Servicios Sociales, al menos en tanto no exista otra persona jurídica que se ofrezca y tenga medios suficientes para asumirla con las garantías de protección que ofrece la Gerencia de Servicios Sociales (35).

ocupa, para evitar que la incapaz esté sin un tutor concreto. Todo ello sin perjuicio de que con posterioridad por el Ministerio Fiscal u otra persona interesada, se inste en expediente de jurisdicción voluntaria, tras estudiar las distintas posibilidades, el nombramiento de otra persona que ejerza la tutela.

Por ello, y teniendo presente el contenido del artículo 752 LEC, procede dejar sin efecto el nombramiento de la Fundación Tutelar Castellano-Leonesa de Deficientes Mentales, como tutora, debiendo llevarse a cabo por el Juzgado de Instancia, mediante el procedimiento adecuado, la designación de tutor en la persona que se considere mas idónea, tal y como interesa el Ministerio Fiscal.

(34) En sentido contrario la AP de Soria, Auto de 29 de diciembre de 2005, recurso 241/2005 (Ponente: Rafael María CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE. Número de sentencia: 145/2005. Número de recurso: 241/2005. LA LEY 249404/2005) procede a la impugnación del nombramiento de tutor, porque la institución sobre la que la sentencia de instancia hace recaer el nombramiento de tutor no es la entidad pública a la que, en la comunidad del domicilio del incapaz, está encomendada la tutela de los incapaces.

(35) AP de Segovia, sentencia de 31 de marzo de 2006, recurso 110/2006. Ponente: Pilar ÁLVAREZ OLALLA. Número de sentencia: 67/2006. Número de recurso: 110/2006. LA LEY 86963/2006. La competencia de dicha Gerencia para la asunción de los cargos tutelares que recaen sobre incapaces ha sido ya resuelta por esta Sala en el rollo 31/05 y 178/05, en cuyas sentencias se señala que: «La Ley 2/95, en su artículo 2 establece como competencias de la Gerencia de Servicios Sociales, los siguientes: a) La organización, gestión, desarrollo, control y coordinación de centros, establecimientos, prestaciones y programas de Servicios Sociales, según se establece en el artículo 32 de la Ley 18/1988, de Acción Social y Servicios Sociales, que le sean encomendados por la Junta de Castilla y León. b) El desarrollo de las actividades, actuaciones y programas que, establecidas en los Planes Regionales de Servicios Sociales, le encomiende la Junta de Castilla y León. c) Cualquier

Posteriormente la SAP de Soria, sentencia de 22 de abril de 2009, recurso 58/2009 (36), recoge los criterios del Auto de esta Sala, de 29 de diciembre de 2005, y señala que esta entidad pública es la Junta de Castilla y León (art. 32.1.19 del Estatuto de Autonomía de esta Comunidad), que *debe asumir la tutela por ministerio de la ley, es decir, sin necesidad de nombramiento judicial expreso, en supuestos como en el que nos ocupa, para evitar que la incapaz esté sin un tutor concreto. Todo ello sin perjuicio de que con posterioridad por el Ministerio Fiscal u otra persona interesada, se inste en expediente de jurisdicción voluntaria*, tras estudiar las distintas posibilidades, el nombramiento de otra persona que ejerza la tutela (37).

V. EFECTOS JURÍDICOS DE LA TUTELA CONCRETADOS POR LA JURISPRUDENCIA

1.º Los entes públicos asumen la representación del incapacitado y la administración de sus bienes, siempre en su beneficio, y son designados automáticamente, incluso sin haber desamparo cuando el mayor de edad convive con los padres (ancianos) y se le incapacita judicialmente (supuesto de la SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 6 de febrero de 2009) (38), o tras la negativa de los familiares directos o de los centros especializados que no han podido hacerse cargo del incapaz, siempre a fin de evitar una situación de desamparo que a la postre se produciría (supuesto de la AP de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia de 18 de diciembre de 2009, recurso 7316/2009) (39).

otra que le pudiera ser encomendada por la Junta de Castilla y León y la Consejería de Sanidad y Bienestar Social en materia de servicios sociales».

(36) SAP de Soria, sentencia de 22 de abril de 2009, recurso 58/2009. Ponente: María Belén PÉREZ-FLECHA DÍAZ. Número de sentencia: 80/2009. Número de recurso: 58/2009. LA LEY 73370/2009. Por otra parte, y tal y como nos recuerda el recurso de apelación, el último párrafo del artículo 239 del Código Civil, 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. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad a las leyes, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».

(37) Por ello, y teniendo presente el contenido del artículo 752 LEC, procede dejar sin efecto el nombramiento de la Fundación Tutelar Castellano-Leonesa de Deficientes Mentales, como tutora, debiendo llevarse a cabo por el Juzgado de Instancia, mediante el procedimiento adecuado, la designación de tutor en la persona que se considere mas idónea, tal y como interesa en Ministerio Fiscal.

(38) SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 6 de febrero de 2009, recurso 1231/2008. Ponente: Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 84/2009. Número de recurso: 1231/2008. LA LEY 45899/2009. Rehabilitación de la patria potestad cuando el mayor de edad, soltero, que convive con sus padres, es incapacitado judicialmente. No puede proyectarse de modo automático. Procede asignar la función tutelar a la Agencia para la Tutela del Adulto, toda vez que ambos progenitores superan los sesenta y cinco años, y padecen importantes deterioros en su estado de salud, con acreditación de minusvalía y no constan parientes que estén en condiciones o disposición de asumir la función tutelar.

(39) SAP de Sevilla, Sección 2.^a, de 18 de diciembre de 2009, recurso 7316/2009. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 494/2009. Número de recurso: 7316/2009. LA LEY 327398/2009. Atribución a la Administración Pública de la tutela de una persona esquizofrénica ante la imposibilidad de los familiares directos de asumir la tutela

2.º La tutela abarca al plano personal y patrimonial del sujeto protegido (40).

3.º La asunción de la tutela por el ente público conlleva la suspensión de la tutela ordinaria, aunque puede darse el caso contrario como en la citada sentencia de la AP de León, Sección 2.ª, Auto de 9 de noviembre de 2006, recurso 330/2006 indica también que la tutela, en palabras del Tribunal Supremo (sentencia de 12-7-85), «es un organismo supletorio de la patria potestad cuyo nacimiento se opera por la inexistencia de esta», pues así se deduce del artículo 222 del Código Civil, sin embargo, el artículo 158 permite a la autoridad judicial la adopción de las medidas que considere oportunas para evitar cualquier perjuicio a la persona de los hijos y, más específicamente y como apunta la propia resolución recurrida, el artículo 239.2 del Código Civil permite el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, en los supuestos de menores desamparados, «cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para este», relegando así la tutela *ex lege*, la de la entidad a que se refiere el artículo 172, a la ordinaria cuando se den las referidas circunstancias (41).

VI. BIBLIOGRAFÍA

DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I: «Impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica», en *RCDI*, núm. 717, 2010, pág. 297 y sigs.

— «Cuestiones actuales sobre la emancipación. Análisis de la evolución jurisprudencial», en *RCDI*, núm. 725, 2011, págs. 1611 a 1797.

— «La protección del *nasciturus* y su proyección en el Derecho Civil español actual», en *RCDI*, núm. 726. 2011.

del incapacitado, y por la negativa justificada de fundaciones radicadas en su lugar de residencia por desavenencias con el incapaz surgidas durante el desarrollo de la precedente curatela, o por no ajustarse el incapacitado al perfil que corresponde al objeto social. Dada la urgencia en proporcionar la adecuada protección y salvaguarda a una persona incapacitada y desamparada, no queda más que confirmar la resolución de instancia.

(40) La AP de León, Sección 2.ª, Auto de 9 de noviembre de 2006, recurso 330/2006 (Ponente: Alberto Francisco ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Número de sentencia: 76/2006. Número de recurso: 330/2006. LA LEY 140245/2006) dictaminó que la tutela es un organismo supletorio de la patria potestad cuyo nacimiento se opera por la inexistencia de esta. Declarada la situación de desamparo del menor, unido al hecho de tal deseo de su progenitor, conduce a constituir la tutela del menor a favor de la actora, a quien su padre, en testamento, designó tutora a la actora, viviendo la madre de este.

(41) Pues bien, en el caso que nos ocupa, con posterioridad al dictado del Auto recurrido, en concreto por Resolución de 23-5-06, la Gerencia Territorial de Servicios Sociales de León de la Junta de Castilla y León declaró en situación de desamparo al citado menor y asumió su tutela, y ello porque el mismo convivió con su abuela materna y con su padre desde los cinco meses, porque su madre se desentendió desde tan temprana edad de sus obligaciones y responsabilidades parentales y porque su padre falleció.

Tal circunstancia, unida a que tal fue el deseo por el mismo exteriorizado a este Tribunal, nos conduce a la revocación de la resolución recurrida y a constituir la tutela del menor a favor de la ahora recurrente, con todos sus derechos y obligaciones inherentes al cargo: inventariar los bienes del tutelado (art. 262 CC), constitución de fianza, si le fuere exigida (art. 260 CC), cumplimiento de las medidas de vigilancia y control que, en su caso, le fueren exigidas por la juzgadora (art. 233 CC), así como percepción de la retribución que esta, a la vista de las circunstancias del caso, le pudiera señalar.

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: «La tutela administrativa a favor de los mayores incapacitados», en *Actualidad Civil* (LA LEY), núm. 20. Fecha de publicación: Quincena del 16 al 30 de noviembre de 2006, págs. 2389 a 2407. Tomo 2. LA LEY 3120/2006.

PALOMINO DÍEZ, Isabel: «La discutida naturaleza de la tutela de las entidades públicas del artículo 172.1 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, núm. 11, quincena del 1 al 15 de junio de 2005, pág. 1303 y sigs.

VII. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y DE RESOLUCIONES DE LA DGRN

- Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 229/2000, de 2 de octubre de 2000, recurso 5332/1997. Ponente: Pablo Manuel CACHÓN VILLAR. Número de sentencia: 229/2000. Número de recurso: 5332/1997. LA LEY 901/2001.
- STS, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 22 de julio de 1993, recurso 3477/1990. Ponente: Gumersindo BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE. Número de recurso: 3477/1990. LA LEY 13305/1993.
- AP de Huelva, Sección 2.^a, Auto de 30 de noviembre de 2000, recurso 118/2000. Ponente: Santiago GARCÍA GARCÍA. Número de sentencia: 149/2000. Número de recurso: 118/2000. LA LEY 218737/2000.
- AP de Zaragoza, Sección 4.^a, sentencia de 19 de febrero de 2001, recurso 23/2000. Ponente: Javier SEOANE PRADO. Número de sentencia: 110/2001. Número de recurso: 23/2000. LA LEY 3655/2001.
- AP de Granada, Sección 4.^a, Auto de 3 de diciembre de 2002, recurso 410/2002. Ponente: José MALDONADO MARTÍNEZ. Número de sentencia: 167/2002. Número de recurso: 410/2002. LA LEY 203092/2002.
- AP de Huelva, Sección 1.^a, Auto de 12 de febrero de 2003, recurso 44/2003. Ponente: Guadalupe SEGOVIA TALERO. Número de recurso: 44/2003. LA LEY 30416/2003.
- AP de Madrid, Sección 22.^a, de 17 de septiembre de 2004, recurso 415/2004. Ponente: Eladio GALÁN CÁCERES. Número de sentencia: 569/2004. Número de recurso: 415/2004. LA LEY 192227/2004.
- AP de Soria, Auto de 29 de diciembre de 2005, recurso 241/2005. Ponente: Rafael María CARNICERO GIMÉNEZ DE AZCÁRATE. Número de sentencia: 145/2005. Número de recurso: 241/2005. LA LEY 249404/2005.
- AP de Segovia, sentencia de 31 de marzo de 2006, recurso 110/2006. Ponente: Pilar ÁLVAREZ OLALLA. Número de sentencia: 67/2006. Número de recurso: 110/2006. LA LEY 86963/2006.
- AP de León, Sección 2.^a, Auto de 9 de noviembre de 2006, recurso 330/2006. Ponente: Alberto Francisco ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Número de sentencia: 76/2006. Número de recurso: 330/2006. LA LEY 140245/2006.
- AP de Segovia, sentencia de 7 de diciembre de 2006, recurso 258/2006. Ponente: Ignacio PANDO ECHEVARRÍA. Número de sentencia: 250/2006. Número de recurso: 258/2006. LA LEY 212708/2006.
- AP de Guadalajara, sentencia de 9 de marzo de 2007, recurso 51/2007. Ponente: Concepción ESPEJEL JORQUERA. Número de sentencia: 59/2007. Número de recurso: 51/2007. LA LEY 143312/2007.
- AP de Valladolid, Sección 1.^a, Auto de 7 de mayo de 2007, recurso 87/2007. Ponente: Francisco SALINERO ROMÁN. Número de sentencia: 94/2007. Número de recurso: 87/2007. LA LEY 117649/2007.

- AP de Cáceres, Sección 1.^a, sentencia de 8 de junio de 2007, recurso 287/2007. Ponente: Antonio María GONZÁLEZ FLORIANO. Número de sentencia: 243/2007. Número de recurso: 287/2007. LA LEY 162288/2007.
- AP de Ourense, Sección 1.^a, sentencia de 31 de julio de 2007, recurso 202/2007. Ponente: Ángela Irene DOMÍNGUEZ-VIGUERA FERNÁNDEZ. Número de recurso: 202/2007. LA LEY 214734/2007.
- AP de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia de 8 de febrero de 2008, recurso 8189/2007. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 47/2008. Número de recurso: 8189/2007. LA LEY 173609/2008.
- AP de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia de 28 de julio de 2008, recurso 3562/2008. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 375/2008. Número de recurso: 3562/2008. LA LEY 203778/2008.
- AP de Valencia, Sección 10.^a, sentencia de 5 de noviembre de 2008, recurso 751/2008. Ponente: María Pilar MANZANA LAGUARDA. Número de sentencia: 689/2008. Número de recurso: 751/2008. LA LEY 273456/2008.
- AP de Madrid, Sección 22.^a, sentencia de 6 de febrero de 2009, recurso 1231/2008. Ponente: Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ. Número de sentencia: 84/2009. Número de recurso: 1231/2008. LA LEY 45899/2009.
- AP de Soria, sentencia de 22 de abril de 2009, recurso 58/2009. Ponente: María Belén PÉREZ-FLECHA DÍAZ. Número de sentencia: 80/2009. Número de recurso: 58/2009. LA LEY 73370/2009.
- AP de Sevilla, Sección 2.^a, sentencia de 18 de diciembre de 2009, recurso 7316/2009. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. Número de sentencia: 494/2009. Número de recurso: 7316/2009. LA LEY 327398/2009.
- AP de Asturias, Sección 1.^a, sentencia de 11 de enero de 2010, recurso 464/2009. Número de sentencia: 5/2010. Número de recurso: 464/2009. LA LEY 6702/2010.

VIII. LEGISLACIÓN

- Ley 21/1987, de 11 de noviembre (modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción).
- Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.
- Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE de 19 de noviembre).
- Convención de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990).
- Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por el Parlamento Europeo mediante Resolución A3-0772/92.

RESUMEN

TUTELA AUTOMÁTICA ENTES PÚBLICOS

El órgano judicial ante una situación de desamparo del menor o incapaz declarará la tutela automática de las en-

ABSTRACT

AUTOMATIC GUARDIANSHIP PUBLIC ENTITIES

When a case of abandonment of a minor or legally incompetent person is brought before a court and the rules of

tidades públicas, cuando no se puedan seguir las reglas de la tutela ordinaria. Siguiendo el principio de inmediatez, decretará dicha tutela alterando el orden de los llamados a la tutela ordinaria, y cuando las fundaciones no tengan entre sus fines la de ejercer la tutela o carezcan de recursos económicos a tal fin.

ordinary guardianship cannot be applied, the court will automatically award guardianship to a public entity. Following the rule of immediate legal process, the court will alter the ordinary order of candidacy for guardianship and appoint a public entity as guardian, when foundations do not include the exercise of guardianship among their official purposes or do not have the necessary economic resources.

1.2. Familia

LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA TUTELA. A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN, DE 17 DE ENERO DE 2011

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL TUTELADO Y LA ADMINISTRACIÓN DE SUS BIENES POR EL TUTOR.—III. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LA REALIZACIÓN DE DETERMINADOS ACTOS O NEGOCIOS POR EL TUTOR.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, reformó las instituciones de guarda y protección de menores e incapacitados, adaptando la regulación de la tutela contenida en el Código Civil a la Constitución Española de 1978, en la línea marcada anteriormente por otra norma como la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por el que se modifica la filiación, la patria potestad y el régimen económico-matrimonial.

Para ello, se da una nueva redacción al Libro II, Título X, Capítulo II dedicado a la tutela —arts. 222 a 285—; Capítulo III a la curatela —arts. 286 a 293 y 297—, y el Capítulo IV al defensor judicial —arts. 299 a 302—; y también contempla la guarda de hecho en el Capítulo V —arts. 303, 304 y 306—. Mas con carácter previo, en el ámbito del Capítulo I del Título X y bajo epígrafe: «Disposiciones generales», se agrupa un conjunto de preceptos que integran el régimen genérico de las instituciones tutelares —arts. 216 a 221—.

En esta nueva regulación se consagra el principio de pluralidad de guarda legal, frente al sistema anterior de unidad de guarda, enumerando como cargos tutelares, la tutela, la curatela y el defensor judicial (art. 215 del CC), lo que