

## GUARDA LEGAL DE PERSONAS INCAPACES Y DE HIJOS MAYORES INCAPACITADOS

*Isabel Zurita Martín*

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Cádiz

---

**RESUMEN:** En este trabajo se reflexiona sobre la aplicación a los incapaces en situación de desamparo de las medidas de protección previstas por el artículo 172 del Código Civil para los menores, especialmente en lo referente a las distintas formas de guarda legal. Se pone para ello en relación este precepto con lo establecido en el artículo 239.3 del Código Civil, que prevé tan solo la asunción por la entidad pública por ministerio de la ley de la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas previstas en el artículo 234 del Código Civil sea nombrado tutor o cuando el incapaz se encuentre en situación de desamparo. Se presta especial atención a la situación del hijo incapacitado que se encuentra bajo la patria potestad rehabilitada de sus padres, utilizándose como punto de partida del trabajo una resolución judicial que acordó la remoción de la patria potestad respecto de su hijo incapacitado, asignándole como tutor una fundación. Aunque el artículo gira en torno a la regulación del Código Civil con anterioridad a la aparición de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, se incorporan también las novedades introducidas por esta norma.

**ABSTRACT:** *In this paper we examine the application of the protective measures provided for minors in article 172 of the Civil Code to incapacitated persons, especially with regard to the various forms of legal guardian. To this aim, this article is put in relation with the provisions of article 239.3 of the Civil Code, which provides only the assumption by the public entity by operation of law of the protection of these people when any of the persons referred to in article 234 of the Civil Code is appointed guardian or when they are in situation of social distress. We dedicate special attention to the situation of the incapacitated son which is under the restored parental authority of their parents. We use as starting point for the work a court decision which decides the removal of parental rights regarding their disabled son, assigning a foundation as a tutor. Though this article focuses on the regulation of the Civil Code prior to the appearance of the Law 26/2016, 28<sup>th</sup> July, which modifies the system of protection of children and teenagers, it also deals with the novelties introduced by this norm.*

**PALABRAS CLAVE:** tutela, guarda legal, tutela administrativa, rehabilitación patria potestad, incapaces, incapacitados, situación de desamparo.

**KEY WORDS:** *guardianship, protection, legal guardian, parental authority, incapacitated persons, situation of social distress.*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 3. EXTINCIÓN Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD. 4. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES E INCAPACES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO. 4.1. *Los artículos 172 y 239 del Código Civil con anterioridad a la Ley 26/2015.* 4.2. *Tutela automática y guarda legal.* 4.3. *Tutela del incapaz por ministerio de la ley ex artículo 239.3 del Código Civil.* 4.4. *Tutela administrativa y guarda legal de personas incapaces e incapacitadas por relación entre los artículos 239.3 y 172 del Código Civil.* 4.5. *El nuevo artículo 239 bis del Código Civil: tutela por ministerio de la ley de las personas con la capacidad modificada judicialmente.* 5. RECAPITULACIÓN: GUARDA LEGAL DEL HIJO MAYOR INCAPACITADO BAJO PATRIA POTESTAD REHABILITADA. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

No puede decirse que nuestro ordenamiento jurídico sea parco en normas dirigidas a la protección del menor, ni que el legislador no se prodigue en la promulgación sucesiva de nuevas leyes que tengan por finalidad perfeccionar, o alcanzar en el mayor grado posible, tal objetivo protector; ejemplo de ello puede ser la normativa que el Código Civil dedica a la protección de los menores en situación de desamparo, que es la que va a merecer la atención de este estudio, y que ha sido objeto de reforma al término de la redacción de estas páginas por medio de la LO 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En concreto, el antiguo artículo 172 del Código Civil ordena distintos mecanismos protectores en estas circunstancias: la tutela legal que se atribuye a la entidad pública una vez constatada por esta la situación de desamparo; la guarda legal que, a solicitud de los padres o tutores, también asume la entidad pública cuando por circunstancias graves aquellos no puedan cuidar del menor; y la guarda que podrá asumir dicha entidad cuando así lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda. La regulación pormenorizada del Código en estos casos se refiere de forma expresa a los menores de edad, sin mencionar específicamente a los hijos incapacitados que puedan encontrarse en similares circunstancias. Ello no quiere decir en modo alguno que estos queden desprotegidos, pero pueden concurrir circunstancias que hagan preciso estudiar con detenimiento la ley para adecuar la concreta normativa al supuesto en cuestión. Uno de estos supuestos que se rodea de circunstancias especiales es el caso de la guarda legal de los hijos mayores de edad incapacitados que quedan bajo la patria potestad rehabilitada de los padres.

Esta reflexión inicial que sirve de introducción a nuestro trabajo, tuvo su origen en la lectura de una sentencia que resuelve una solicitud de recuperación de la patria potestad por parte de unos padres que habían sido privados de ella. Se trata de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 22 de mayo de 2014, que resuelve un recurso de apelación formulado frente a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santiago de Compostela que había desestimado la solicitud de remoción del tutor judicialmente designado y la rehabilitación de la patria potestad a los padres. Los hechos que rodean el caso son los siguientes: con motivo de la esquizofrenia que padece un hijo mayor de edad, se declara judicialmente su incapacitación y la rehabilitación de la patria potestad de sus padres; con posterioridad, debido al maltrato que los padres sufren por parte del hijo, el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Carballo acuerda en procedimiento de jurisdicción voluntaria, por medio de auto de 2010, la remoción de la rehabilitación de la patria potestad y el nombramiento como tutor de la Fundación Galega para la Tutela de Adultos (Funga); años más tarde, los padres presentan demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Santiago de Compostela, solicitando la remoción de la tutela y la recuperación de la patria potestad, demanda que es desestimada y recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de La Coruña. Finalmente, la Audiencia Provincial, en la citada sentencia de 22 de mayo de 2014, estimando el recurso formulado tanto por los padres

como por el Ministerio Fiscal, acuerda la rehabilitación de la patria potestad en los términos en que lo fue en su momento.

Desde su primera lectura, la sentencia de la Audiencia Provincial nos produce cierto desasosiego, que se traduce con posterioridad en perplejidad a poco que reflexionemos más pausadamente sobre la correlación de hechos descritos y las decisiones judiciales tomadas sobre los mismos. Ciertamente, a lo largo de todo este *iter* judicial se discute, básicamente, sobre dos instituciones jurídicas: la patria potestad y la tutela, discusión que es trasunto del auto del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Carballo, cuando acuerda la remoción de la rehabilitación de la patria potestad y la designación de un tutor para la protección de la persona del incapacitado. De esta decisión resultan las subsiguientes, que tratan de paliar judicialmente los estrictos efectos legales que se derivarían de una aplicación poco acertada de la normativa en juego por aquella resolución.

Como el lector habrá podido apreciar, del supuesto descrito emergen ciertas fricciones entre conceptos jurídicos distintos, para cuya clarificación hemos de abordar el estudio de algunas cuestiones de especial relevancia, particularmente relacionadas con el régimen jurídico de la patria potestad rehabilitada y los mecanismos de protección de los incapaces en situación de desamparo. El objetivo de este trabajo no es otro que, al hilo del análisis de las resoluciones judiciales recaídas en este supuesto, determinar la aplicación de la institución jurídica adecuada a los casos de personas incapaces o incapacitadas que se encuentran en situación de desamparo, prestando particular atención al supuesto del hijo mayor incapacitado que se encuentra bajo la patria potestad rehabilitada de sus padres.

## 2. LA REHABILITACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Como es sabido, la figura de la prórroga de la patria potestad fue incorporada al Código Civil como una auténtica novedad a través de la reforma que sobre el título VII del libro I del mismo introdujo la Ley de 11/1981, de 13 de mayo, incorporación unánimemente aplaudida por la doctrina<sup>1</sup>. Es común afirmar que el artículo 171 del Código recoge dos modalidades de prórroga: la patria potestad prorrogada propiamente dicha, sobre hijos incapacitados que alcanzan la mayoría de edad, y la rehabilitada, que se ejerce sobre hijos mayores de edad solteros que fueren incapacitados viviendo en compañía de sus padres; a esta segunda modalidad se refiere el supuesto del litigio.

<sup>1</sup> SEISDEDOS MUIÑO, Ana, «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Código Civil Comentado*, vol. I, coord. por Cañizares/de Pablo/Orduña/Valpuesta, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 846. Para LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, se trata de una de las innovaciones más sobresalientes de la reforma (*Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 9). Véase también MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, «Comentario a los arts. 169-171 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por Domínguez Luélmo, Andrés, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 289-291.

La rehabilitación de la patria potestad no suele plantear mayores problemas que los de determinar si se cumplen los requisitos que el propio artículo 171 del Código Civil establece para poder acordarla: soltería del hijo mayor de edad y convivencia con los padres o con cualquiera de ellos en el momento de la incapacitación. Ambas condiciones son interpretadas de forma amplia por la doctrina, en aras de perseguir siempre el mayor interés del incapaz. Así, por lo que se refiere al requisito de la soltería, se asimilan a ella los supuestos de nulidad del matrimonio y de divorcio, aunque no el de separación de los cónyuges<sup>2</sup>; y, por lo que respecta a la convivencia con los progenitores, se es favorable asimismo a una interpretación flexible y finalista de la norma, admitiéndose que se aplique al hijo que, viviendo independientemente de los padres por razón de destino o estudios, se reintegre a la casa familiar acaecida la incapacitación de forma sobrevenida<sup>3</sup>.

Acordada la prórroga o la rehabilitación, la patria potestad se ejercerá, según expresamente dispone el artículo 171 del Código Civil, con sujeción a lo especialmente dispuesto en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del título VII del libro I del propio Código. Por si existiera alguna duda sobre la naturaleza y régimen aplicable a la patria potestad prorrogada o rehabilitada, el mismo Código Civil específicamente llama a la normativa relativa a las relaciones paterno-filiales para regular el régimen de esta figura, que se aplicará de forma subsidiaria a lo especificado en la sentencia de incapacitación.

<sup>2</sup> VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso, «Patria potestad: apunte histórico y su prórroga o rehabilitación», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pp. 514 y ss. En opinión de LÓPEZ PÉREZ, en cambio, el requisito de la soltería implica que no se haya contraído matrimonio, admitiéndose solo la nulidad, pero no el divorcio (*Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, op. cit., p. 70).

<sup>3</sup> SEISDEDOS MUIÑO admite también los supuestos de separación fáctica, y que el hijo se encuentre internado en un establecimiento sanitario o educativo al momento de la incapacitación («Comentario al artículo 171 del Código Civil», op. cit. p. 847). LÓPEZ PÉREZ sostiene que el requisito de la convivencia hay que entenderlo con un alcance de cierta amplitud y flexibilidad, como relación de cuidado y vigilancia de los padres frente al hijo (*Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, op. cit., p. 70). En el ámbito jurisprudencial, la mayoría de las resoluciones que tratan de los requisitos para acordar la rehabilitación abordan la cuestión de la necesidad de incapacitación y de la idoneidad de los padres para hacerse cargo del incapaz (véanse, por ejemplo, SAP Murcia 6 junio 2000, JUR 282699; SAP Ciudad Real 6 mayo 2002, AC1066; SAP Valencia 17 enero 2005, JUR 64377; SAP La Coruña 7 junio 2006, JUR 195334; SAP Murcia 10 julio 2008, JUR 345000; SAP Pontevedra 28 febrero 2007, JUR 238654; SAP Madrid 29 mayo 2013, JUR 210652; y SSAP Barcelona 12 mayo 2005, JUR 170090 y 11 enero 2007, JUR 192892, por aplicación del Código de Familia de Cataluña), no de la concurrencia de los otros requisitos que exige el art. 171 CC. La SAP Valencia 13 abril 2005 (JUR 2005/129891), por ejemplo, deniega la rehabilitación de la patria potestad por falta de los requisitos de soltería y convivencia con la madre, y la SAP Murcia 21 septiembre 1999 (JUR 273459) por no cumplirse el de convivencia, al vivir los padres en Gran Canaria y el incapacitado internado en un centro de una localidad de Murcia. Por el contrario, la SAP Toledo 12 marzo 2004 (JUR 112320), revoca la sentencia de instancia que había acordado la tutela y acuerda la rehabilitación tras el recurso de apelación elevado por el Ministerio Fiscal, alegando que la incapaz vive en el domicilio de sus padres; en el mismo sentido la SAP Ciudad Real 26 mayo 2006 (JUR 177473).

A continuación, el párrafo segundo del artículo 171 del Código Civil se refiere a la extinción de la patria potestad prorrogada, enumerando cuatro causas. Las dos primeras reproducen las causas que para la extinción de la patria potestad recogen los números 1º y 3º del artículo precedente —muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo y adopción del hijo—; y las otras dos hacen referencia a la declaración de cesación de la incapacidad y al matrimonio del hijo. Repara la doctrina en que la primera requerirá una resolución judicial<sup>4</sup> y la segunda difícilmente se produzca sin un consentimiento viciado<sup>5</sup>. Esta enumeración debe considerarse no exhaustiva, por cuanto ha de entenderse extinguida la patria potestad prorrogada por las mismas causas que la patria potestad común, entre ellas, concurriendo causa de privación<sup>6</sup>. Finalmente, el último párrafo del artículo 171 del Código Civil especifica que si, al cesar la patria potestad prorrogada, subsistiere el estado de incapacidad, se constituirá la tutela o curatela, según proceda.

El régimen jurídico de la patria potestad prorrogada o rehabilitada no solo se deriva, pues, de la más pura lógica, sino de lo expresamente establecido por el artículo 171 del Código Civil. Como no podía ser de otra forma, tratándose de patria potestad, le será de aplicación la normativa propia de esta institución, con independencia de que los amparados en ella no sean menores de edad, aunque será necesaria, en mayor o menor medida, una labor de adaptación de una reglamentación pensada claramente para el menor de edad<sup>7</sup>. La rehabilitación de la patria potestad excluye la existencia de tutela del incapacitado, sin que las normas referentes a la institución tutelar puedan aplicársele a la patria potestad rehabilitada. Y es esta interferencia del régimen de tutela la que parece, en principio, haberse producido en el auto del Juzgado de Primera

<sup>4</sup> MONTÉS PENADÉS, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1144.

<sup>5</sup> VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso, «Patria potestad: apunte histórico y su prórroga o rehabilitación», op. cit., pp. 483 y ss.

<sup>6</sup> La SAP Valencia 20 octubre 2015 (JUR 51816) recuerda que la privación de la patria potestad rehabilitada requiere de las mismas causas graves que la de la patria potestad ordinaria, pudiéndose atribuir la guarda del incapaz a solo uno de ellos. No obstante, sí es posible que la rehabilitación se acuerde respecto de solo uno de los progenitores, sin que ello se entienda como privación de la patria potestad del otro, pues esta quedó extinguida respecto del hijo mayor de edad (SAP Valencia 10 marzo 2005, JUR 131366; SAP Castellón 16 enero 2007, JUR 274813; SAP Asturias 21 marzo 2012, JUR 131883; SAP Murcia 21 mayo 2013, JUR197138, que entiende que ello se desprende de la letra del art. 171 CC; y SAP Barcelona 19 noviembre 2010, JUR 77651, por aplicación del Código de Familia de Cataluña, cuyo art. 179 lo prevé al regular el orden de delación de la tutela). No obstante, la rehabilitación de la patria potestad respecto solo uno de los progenitores requiere la audiencia de ambos en el proceso en que esta se determine, como declaró la STC 174/2002, de 9 de octubre, que resuelve favorablemente el recurso de amparo presentado por el padre de un hijo mayor incapacitado que queda bajo la patria potestad rehabilitada de la madre, sin que el Juzgado de Primera Instancia hubiera otorgado audiencia al padre, violando así su derecho a ser oído y, por ende, su derecho fundamental a una tutela efectiva.

<sup>7</sup> RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio, «De la extinción de la patria potestad», *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 2000, p. 1537. Como manifiesta la SAP Madrid 3 noviembre 1998 (AC 2471), el art. 154 CC no define con rasgos precisos cuál es el fin de la patria potestad pero sí cómo debe ser ejercida, no coincidiendo plenamente con la razón de ser de la figura jurídica de la incapacidad.

Instancia número 2 de Carballo, cuando acuerda la remoción de la rehabilitación de la patria potestad y el nombramiento de Funga como tutor del incapacitado.

El artículo 247 del Código Civil prevé la remoción de la tutela de aquellos que, una vez deferida, incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de sus funciones, por el incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados; declarada judicialmente la remoción —como expresamente establece el artículo 250 CC—, se procederá al nombramiento de nuevo tutor en la forma legalmente establecida. Por su parte, en virtud del artículo 251 del Código Civil resulta excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculo de cualquier clase entre tutor y tutelado, o por cualquier otra causa resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo.

Volviendo al caso en estudio, ante la imposibilidad de cumplir con sus funciones como titulares de la patria potestad sobre su hijo incapacitado, los padres acuden al procedimiento de jurisdicción voluntaria, que culmina con el auto del Juzgado de Primera Instancia de Carballo que acuerda la remoción de la patria potestad rehabilitada con base en los artículos 247 y 251 del Código Civil, y el nombramiento de Funga como tutor. El Juzgado de Primera Instancia de Santiago de Compostela aludió a la posible nulidad de esta actuación, tanto por la forma —ya que no se había seguido el procedimiento oportuno—, como en el fondo, pues no cabe hablar de remoción de la patria potestad sino de privación o de extinción de la misma. La sentencia de primera instancia recurrida en apelación razonó la imposibilidad de que coexistan patria potestad y tutela, de forma que si existen padres no puede haber tutela sin la previa privación de la patria potestad, estando ambas situaciones reguladas en situación de subsidiariedad e incompatibilidad, hasta el punto de que la existencia de una impide el nacimiento de la otra. Este razonamiento le llevó a concluir que la patria potestad rehabilitada había quedado extinguida en el auto de jurisdicción voluntaria, por lo que la tutela establecida solo podría quedar sin efecto si concurriese alguna causa legal de extinción de la misma.

### 3. EXTINCIÓN Y PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

El artículo 170 del Código Civil prevé la privación de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Resulta obvio para la doctrina que, aunque el artículo precedente no la menciona entre las causas de extinción de la potestad paterna, ni tampoco el 171 en relación a su prórroga, la privación es una forma más de poner fin a ella. No obstante, no es baladí distinguir entre una y otra figura, como pone de manifiesto tanto el juzgador de instancia como el de apelación, por virtud de la reversibilidad de la privación frente al carácter definitivo de la extinción. Efectivamente, el párrafo segundo del artículo 170 del Código Civil expresamente dispone que los tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la

recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la privación.

La necesidad, al menos aparente, de optar por una u otra vía para decidir sobre el litigio lleva al Juzgado de Primera Instancia y a la Audiencia Provincial a reflexiones diferentes. El juzgador de instancia se decanta por la extinción, sin duda considerando de forma certera que los padres no habían incurrido en causa de privación; esta decisión le aboca, sin embargo, a desestimar la demanda de los padres porque, extinguida la patria potestad y nombrado tutor, este solo puede ser removido de su cargo si concurre causa para ello, circunstancia esta que tampoco acaece a la vista de lo preceptuado en el artículo 247 del Código Civil. El razonamiento jurídico es técnicamente impecable, pero lleva al triste resultado de dejar a los padres sin la titularidad de la patria potestad sobre su hijo. La Audiencia Provincial se decanta, sin embargo, por entender que la remoción de la patria potestad rehabilitada quería significar la privación de la misma, pues, aunque no puedan coexistir tutela y patria potestad como señaló la sentencia de instancia, cabe pensar en una especie de sucesión temporal entre ambas instituciones; dado que la privación no es irreversible, la procedencia de la medida pasa por la pervivencia o no de la causa que la determina. Partiendo de esta reflexión, la sentencia de apelación concluye que ha de admitirse la idea de que el auto dictado en el Juzgado de Carballo en 2010 acordó la privación a los padres de la patria potestad prorrogada que ostentaban y no su remoción, por lo que también ha de admitirse la posibilidad de que aquellos puedan instar su recuperación si concurren los requisitos para ello; en definitiva, no se trata de determinar si hay causa o no para declarar extinguida la tutela o la remoción del tutor, como razonó la sentencia apelada, sino si hay causa para recuperar esa patria potestad, lo que conlleva a su vez, ineludiblemente, la extinción de la tutela.

La interpretación que realiza la Audiencia de la remoción de la rehabilitación de la patria potestad acordada por el auto de 2010 sirve de fundamento al fallo estimatorio del recurso de apelación, que devuelve a los padres la patria potestad sobre el hijo incapacitado. Sin duda, se trata de un desenlace feliz a una situación que, de entrada, no tendría que haberse producido, aunque el sostenimiento de dicha interpretación resulte en buena medida discorde con la letra y espíritu del artículo 170 del Código Civil. Ciertamente, debe dilucidarse, como afirma la Audiencia, si concurre causa para la recuperación de la patria potestad; la cuestión es que debe admitirse previamente que existió causa legal de privación. El artículo 170 del Código Civil prevé la privación de la patria potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de deberes inherentes a la misma. Tanto la literalidad de la norma como la más pura lógica nos llevan a pensar que son los padres quienes incumplen sus obligaciones y, por ello, son sancionados con la privación de su potestad. Aunque cierto es que la finalidad de esta medida no es sancionar a los padres sino proteger el interés del menor, no deja por ello de tener la misma carácter sancionador. Es evidente que en el caso en estudio los padres no dejaron de cumplir sus funciones, sino que les resultaba imposible hacerlo debido a los episodios violentos de los que, como consecuencia de la enfermedad de su hijo, fueron

objeto por parte de este, que le llevaron incluso a ser condenado en un proceso penal por maltrato.

Para salvar este escollo, la sentencia de apelación realiza una interpretación finalista de artículo 170 del Código Civil, considerando, con apoyo en resoluciones anteriores del Tribunal Supremo, que es el interés del incapaz el que debe tenerse en cuenta en todo caso; se defiende así que es la protección de este interés el que rigió la adopción de la medida de privación. Cuando se privó de la patria potestad se atendió a la «existencia de un proceso penal previo por maltrato a los padres, así como a las manifestaciones de estos con relación a su ejercicio excesivamente gravoso», esto es, a la clara situación de enfrentamiento y riesgo que representaba la relación del hijo con sus padres. La Audiencia sostiene que esa causa que se tuvo en cuenta en el otro procedimiento es la mencionada situación de peligro y riesgo, tanto para los padres como para el hijo, circunstancia por la que este se vio condenado e internado en un establecimiento *ad hoc*. El hecho de que el incapacitado fuera internado hizo desaparecer la situación de riesgo, aunque no puede confundirse la situación personal de aquel con quién deba ostentar su guarda y custodia legal. La Audiencia Provincial termina argumentando lo siguiente: «Lo que se está discutiendo es si los padres pueden recuperar la patria potestad por haber cesado la causa que la motivó. En ese sentido es difícil afirmar que la causa que dio lugar a la privación hubiera sido de entidad suficiente para ello, ya que con el internamiento y en su caso la medicación es factible que no existiera el riesgo que se describió en el auto del Juzgado de Carballo. Por tanto, y considerando que lo más lógico es que sean los padres quienes se encarguen del cuidado de su hijo, sin que la causa que motivó su anterior privación de la facultad se mantenga, accedemos a los recursos formulados y rehabilitamos la patria potestad de los demandantes». Si observamos el último razonamiento de la sentencia de apelación, puede apreciarse la endeblez del fundamento que sostiene la privación de la patria potestad, y es que, en realidad, no hubo causa en sentido estricto que la motivara, puesto que para la protección del incapaz o de los padres en este tipo de situación de riesgo, no es la privación de la patria potestad la medida acertada, sino, en nuestra opinión, la guarda legal por parte de la entidad pública que corresponda.

#### 4. LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES E INCAPACES EN SITUACIÓN DE DESAMPARO

##### 4.1. *Los artículos 172 y 239 del Código Civil con anterioridad a la Ley 26/2015*

Sin duda alguna, el resultado final del proceso en estudio fue el deseable, dadas las circunstancias del caso, aunque se llegara a él por caminos intrincados, debido a que las decisiones de instancia y apelación se apoyaron en la necesidad de interpretar el acuerdo de remoción que emitiera el auto del Juzgado de Primera Instancia de Carballo, ya como privación o ya como extinción de la patria potestad. Al hilo de esta consideración, podríamos plantearnos si cabe interpretar que el acuerdo de remoción se quería referir simplemente a la suspensión del ejercicio de la patria potestad de los padres. Antes de dar respuesta a este interrogante, debe advertirse que, aunque hayamos partido del *iter* judicial del caso, no contamos en realidad con todos los

detalles del mismo que se derivarían del contenido íntegro de todas las resoluciones, por lo que nuestras apreciaciones a este respecto han de calibrarse desde esa deficiencia.

Como se ha adelantado, el régimen jurídico de la patria potestad rehabilitada viene marcado por la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente, por las normas que recoge el título VII, del libro I del Código Civil (arts. 154 a 180), relativas a las relaciones paterno-filiales, a las que específicamente se remite el artículo 171 del propio Código; entre esta normativa, el capítulo V se ocupa de la adopción y otras formas de protección de menores, dedicando la sección primera a la guarda y acogimiento de los mismos. Esta sección comienza con un extenso artículo 172, que recoge las medidas que pueden tomarse para la protección de los menores que se encuentren en situación de desamparo, sin que inicialmente se previeran dichas medidas para las personas incapaces o incapacitadas que se encontraran en similares circunstancias. Esta laguna legal pareció quedar salvada por la reforma que introdujo la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en el artículo 239 del Código Civil, al añadirle un último párrafo con el siguiente tenor literal: «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».

Con anterioridad a esta reforma, no obstante, no parecía irrazonable defender la aplicación analógica de las normas relativas a los menores desamparados a las personas incapaces. Para parte de la doctrina esta laguna legal solo se consideraba salvable en el supuesto del artículo 278 del Código Civil, por el que cabe que la tutela automática de un menor devenga en tutela del incapacitado, si la entidad pública promueve la declaración de incapacitación de un menor sujeto a su tutela: «Continuará el tutor en el ejercicio de su cargo si el menor sujeto a tutela hubiese sido incapacitado antes de la mayoría de edad, conforme a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación». Se entendió doctrinalmente que este era el único supuesto de mayores incapacitados en el que entrarían en juego las previsiones introducidas por la Ley 21/1987, de reforma del Código Civil en materia de adopción, y la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, ya que aquellos quedarían protegidos por medio de las medidas establecidas en los títulos IX y X del libro I. Así, la sentencia de incapacitación determinará el régimen de tutela o guarda al que haya de quedar sometido el incapaz y, si el tutor lo desampara, ello dará lugar a la remoción y al nombramiento de uno nuevo con base en los artículos 247 y siguientes del Código Civil<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> En este sentido, BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 72.

El desamparo, según este sector de la doctrina, tenía lugar respecto de menores, por lo que, en principio, y dado que la ley no se pronunciaba entonces al respecto, quedarían excluidos de tal concepto los incapacitados mayores de edad<sup>9</sup>. Desde nuestro punto de vista, en cambio, la aplicación analógica a los mayores incapacitados e incapaces naturales de las normas sobre desamparo de menores era defendible antes de la reforma desde distintos argumentos. Con carácter general, las personas incapaces de gobernarse a sí mismas se encuentran, al igual que los menores desamparados, en una situación de especial vulnerabilidad, que es acreedora de una igualmente especial protección. El ejercicio de la tutela puede sufrir las mismas vicisitudes que el de la patria potestad, de hecho las normas de protección de menores se refieren tanto a los padres como a los tutores de estos. La aplicación a las personas incapaces de las medidas que contempla el artículo 172 del Código Civil para la protección de los menores, solventaría los problemas que las vicisitudes de la tutela pueden provocar en los casos en los que no cabe o no es aconsejable la remoción del tutor.

Si la aplicación de estas normas es defendible, con carácter general, para cualquier situación de incapacidad, más lo es aún para el caso de los hijos mayores de edad incapacitados que quedan bajo la patria potestad prorrogada o rehabilitada de sus padres. Así, en primer lugar, si se acepta la aplicación analógica al supuesto del artículo 278 del Código Civil, no puede rechazarse dicha aplicación a los casos de patria potestad prorrogada e, incluso, rehabilitada. En segundo lugar, como ya se ha reiterado, el artículo 171 del Código Civil se remite a la aplicación de la normativa relativa a las relaciones paterno-filiales, sin que excluya ninguno de los artículos que esta comprende. Y, en tercer lugar, el rechazo a la aplicación analógica en estos casos nos podía entonces llevar a situaciones como la acaecida en el caso del auto del Juzgado de Primera Instancia de Carballo. Lo extraño es que tal auto recayera bajo el

<sup>9</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, op. cit., p. 71. Para SANCHO REBULLIDA, Francisco, no cabe la tutela administrativa *ope legis* de los incapacitados que se hallen en situación de desamparo (*El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y adopción*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, p. 50). En sentido contrario, FELIÚ REY defiende la aplicación analógica, a pesar de la letra de la ley, a los mayores de edad incapacitados que se encuentran en situación de desamparo, pues considera que el desamparo de una persona que no puede gobernarse a sí misma, debido a la inasistencia de las personas que están obligadas a prestarla, se equipara al del menor; de ahí que entienda procedente dicha aplicación analógica hasta que el legislador no establezca una figura similar (*Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, 1989, p. 39). Por su parte, LETE DEL RÍO sostenía, antes de la aparición del art. 239.3 CC, que llama la atención que la Ley 21/1987 no incluyera en este precepto la tutela legal respecto de los incapacitados que se encuentren en situación de desamparo. «Desde luego —concluye— no se comprende bien la razón de su exclusión, salvo el dato estadístico y sociológico de la dificultad de acogimiento y adopción de este tipo de personas» («Comentario al artículo 239 CC», en *Comentario del Código Civil*, M<sup>o</sup> de Justicia, T. I, Madrid, 1993, p. 733). En igual sentido, NAVARRO MENDIZÁBAL, para quien en algunos casos en los que se busca la protección del menor no habría supuesto nada malo haber incluido también a los incapaces, por existir una identidad de razón clarísima en el supuesto del art. 239 CC («De la delación de la tutela y del nombramiento del tutor», *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 2<sup>o</sup>, coord. por Rams Albesa, Joaquín/Moreno Flórez, Rosa M<sup>a</sup>, Bosch, Barcelona, 2000, p. 1893).

ámbito de aplicación del artículo 239 del Código Civil ya reformado. Parece obvio que la situación de desamparo del incapacitado puede producirse tanto en el ámbito de la tutela como en el de la patria potestad prorrogada.

Pero, a pesar de que la reforma del artículo 239 del Código Civil en 2003 supuso, como ha apuntado la doctrina, un hito en esta materia<sup>10</sup>, viniendo a llenar la mencionada laguna legal, no resultó, desde nuestro punto de vista, lo suficientemente clara o completa. En este sentido, el nuevo párrafo tercero de dicho precepto se refiere expresamente a la tutela del incapaz, que asume la entidad pública por ministerio de la ley, a falta de las personas a las que preferentemente defiere la tutela el artículo 234 del propio Código, o cuando el incapaz se encuentre en situación de desamparo. No menciona la norma otras posibles medidas de actuación diferentes de la tutela legal automática de la entidad pública, aunque tampoco faltan sectores doctrinales que critican esta medida por entender que esta forma de ejercerse la guarda legal puede quedar al margen del necesario control judicial sobre dicha entidad<sup>11</sup>.

El artículo 172.1 del Código Civil, con mejor redacción que el 239, considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material. En estos casos, la entidad pública competente asumirá la tutela legal del menor, debiendo adoptar las medidas necesarias para su guarda; esta asunción lleva consigo la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria. Junto a esta tutela legal, el Código Civil también prevé la posibilidad de que los progenitores o tutores que, por circunstancias graves, no puedan cuidar del menor, soliciten de la entidad pública competente que esta asuma su guarda durante el tiempo necesario; se trata en este caso de una guarda legal administrativa, que se hará constar por escrito,

<sup>10</sup> Así lo sostiene CHIMENO CANO, ya que hasta dicha modificación legal se podían presentar graves dificultades a la hora de encontrar quien asumiera el cargo tutelar de personas que carecían de familia o de las que se desconocía si tenían familiares –frecuentemente personas sin residencia fija, lo que hacía casi impracticable el nombramiento del cargo y dilataban excesivamente el procedimiento («Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal», en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, coord. por DE SALAS MURILLO, Sofía, Dykinson, Madrid, 2013, p. 135).

<sup>11</sup> De este modo, para GARCIMARTÍN MONTERO aunque es loable el hecho de que se pretenda procurar asistencia al incapaz en todo momento, lo cierto es que esta forma de ejercerse la guarda legal puede derivar en la práctica en una falta de control judicial sobre la labor de la entidad pública. La autora añade que no se compagina bien esta manera casi automática de constituir la tutela con la forma ordinaria de designación de guardador, y debería requerir, siquiera *a posteriori*, la aprobación del órgano judicial («La designación judicial del guardador legal», en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, coord. por DE SALAS MURILLO, Sofía, Dykinson, Madrid, 2013, p. 99). Otros comentaristas simplemente se refieren a que la Ley 41/2003 amplía el ámbito de aplicación del precepto a los incapacitados. En este sentido, ORDÁS ALONSO, Marta, «Comentario al artículo 239 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano Rodrigo, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 384.

dejando constancia de que los padres o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del hijo así como de la forma en que dicha guarda va a ejercerse por la administración. Esta guarda legal ha pasado a ser regulada por un nuevo artículo 172 bis, introducido en el Código Civil por medio de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia. Finalmente, el apartado segundo de este nuevo precepto —anteriormente, último párrafo del artículo 172.2 del Código— contempla asimismo la guarda judicial, esto es, la asunción de la guarda por la entidad pública siempre que lo acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda.

#### 4.2 Tutela automática y guarda legal

El antiguo artículo 172 del Código Civil preveía, pues, tres vías de actuación para la protección de los menores desamparados, distinguiendo entre tutela y guarda legal; tras la reforma de 2015 también se contempla la llamada guarda provisional, que asume la Entidad Pública, mediante resolución administrativa, en cumplimiento de su obligación de prestar atención inmediata al menor, comunicándolo al Ministerio Fiscal y procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. La distinción entre tutela y guarda legal no se recoge en el artículo 239 del Código Civil, que solo hace referencia a la asunción de la tutela por parte de la autoridad correspondiente por ministerio de la ley, a pesar de que también ha sido objeto de reforma por medio de la Ley 26/2015.

Debe precisarse que tutela y guarda legal no son figuras identificables, aunque sí próximas. De entrada, la tutela, tal como la diseña el artículo 172 del Código Civil, requiere la declaración de desamparo del menor, significando la suspensión de la patria potestad. Se trata de una tutela especial, de carácter administrativo, que se atribuye *ex lege* a la entidad pública, quien asume automáticamente la protección del menor de edad; convive por ello con la titularidad de la patria potestad de los padres, al contrario que la tutela ordinaria, que se constituye a falta de progenitores o acaecida la privación de la potestad paterna. Se caracteriza asimismo por su provisionalidad, al no tener vocación de permanencia, sino de protección inmediata del menor desamparado, de modo que se extingue si desaparecen las causas que dieron lugar al desamparo o, en caso contrario, si el expediente finaliza con la adopción del menor; en cualquier caso, la Administración ha de procurar la reinserción del menor en su propia familia (art. 172 ter CC). El ejercicio de la tutela es delegable, atribuyéndose la guarda del menor al director del establecimiento en que este sea ingresado o a la familia de acogida<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> BALLESTEROS DE LOS RÍOS resume en tres los rasgos propios de esta tutela: su ámbito de aplicación, que son los menores desamparados; el órgano al que corresponde, que es la entidad pública de protección del menor; y, sobre todo, su carácter automático, que alteraría el régimen de constitución judicial propio de la tutela ordinaria. Junto a ellos, la tutela se caracteriza asimismo por la provisionalidad y la posibilidad de delegación de su ejercicio (*El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, op. cit., p. 238). Para RUIZ-RICO RUIZ, es criticable que con la introducción de esta tutela

Por lo que se refiere a la guarda legal, esta no lleva aparejada la declaración de desamparo, ni puede decirse que suspenda la potestad de los padres, siendo asumido el cuidado del menor por la entidad pública a petición de estos. La guarda se contempla como una medida de mayor transitoriedad que la tutela automática, pues está prevista para aquellos casos en que, por circunstancias graves, los padres no puedan cuidar de sus hijos, como en supuestos de enfermedad —tanto de unos como de los otros—, accidente, imposibilidad física o falta de autoridad sobre el hijo<sup>13</sup>, como sucede en los casos de drogodependencia de este, que hace imposible su permanencia en el hogar familiar<sup>14</sup>, quedando al margen los casos de incumplimiento voluntario de las funciones tuitivas<sup>15</sup>; la entidad competente debe hacerse cargo, a solicitud de los padres o tutores, del cuidado del menor durante el tiempo necesario, asumiendo el conjunto de deberes puramente personales de los padres o tutores. La reforma de 2015 ha introducido un plazo máximo de dos años, salvo que el interés del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. En estos casos, los padres no sufren la suspensión de la titularidad de la patria potestad —conservando su capacidad de decidir sobre todas aquellas cuestiones importantes del menor, relativas a su

---

automática en el Código Civil se excluyera la intervención judicial en la declaración de desamparo del menor («La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, nº 2-3, 1988, pp. 64-71; y *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada, 1989, p. 140).

<sup>13</sup> En este sentido, MORENO TORRES-SÁNCHEZ, Julieta, *El desamparo de menores*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 44 y ss. Sostiene PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, que la guarda administrativa es un medio que permite atenuar el rigor derivado del carácter objetivo que asigna al desamparo el artículo 172.1 CC; por medio del apartado segundo del art. 172 CC los guardadores podrán solventar los supuestos en que, por no atender al menor por fuerza mayor transitoria, podría ocasionarse el desamparo con la consiguiente tutela administrativa («Comentario al artículo 172 del Código Civil», en *Código Civil Comentado*, Vol. I, coord. por Cañizares/de Pablo/Orduña/Valpuesta, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 865).

<sup>14</sup> Explica, así, RUIZ-RICO RUIZ que las circunstancias graves a que se refiere el precepto pueden afectar al propio menor, pues el espíritu del legislador es acoger al mayor número posible de supuestos dentro del 172.2 CC; en este sentido, cabría entender incluido en su ámbito de aplicación, por ejemplo, aquellas situaciones de menores rebeldes o inadaptados, jóvenes delincuentes o drogadictos, cuyos padres se ven en la imposibilidad de atenderlos convenientemente por sí mismos o desean ejercitar su *ius corrigendi* a través de la autoridad pública (art. 154 CC *in fine*), y también aquellas en que la enfermedad afecte al hijo, no a los padres. En todo caso, este autor sigue defendiendo que hubiese sido deseable que toda guarda contara con la autorización judicial (*Acogimiento y delegación de la patria potestad*, op. cit., pp. 154 y ss.). Y, en este sentido, la nueva LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al introducir los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, establece la preceptiva autorización judicial que debe solicitar la entidad pública con carácter previo al ingreso del menor en estos centros, aunque también prevé el ingreso de urgencia con la correspondiente confirmación judicial a las 24 horas del mismo. Véase también DE PABLO CONTRERAS, Pedro, «Comentario al art. 172 CC», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Tecnos, Madrid, 1993, p. 80.

<sup>15</sup> Apunta LLEBARÍA SAMPER que con la mención aislada de una posible causa, como es la enfermedad, que habilitaría para solicitar esta guarda quizás haya querido el legislador enfatizar el carácter involuntario de la desatención del menor por parte de los padres; la hipótesis de desatención voluntaria y deseada encaja mejor en la norma del art. 172.1 CC. (*Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 79).

formación, educación o salud<sup>16</sup>—, sino simplemente de la custodia de sus hijos, de ahí que deba constar por escrito las responsabilidades que siguen manteniendo respecto de ellos y que su destino natural sea desembocar en la situación familiar que la precedió<sup>17</sup>. Esta última idea ha sido expresamente incorporada al texto por la Ley 26/2015, al establecer que, transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.

En los mismos términos debe entenderse la guarda que acuerde el juez en los casos en que legalmente proceda, según dispone el artículo 172.2 bis del Código Civil en relación con el artículo 158 del propio texto legal<sup>18</sup>; en estos supuestos, la autoridad judicial puede otorgar la guarda a las personas que de hecho están realizando esa función, por lo que, como puntualiza la doctrina, puede que no resulte necesaria la intervención de la entidad pública, ni usando la figura del desamparo de forma instrumental, ni realizando una injerencia pública en la vida de los particulares que de forma judicial se puede solucionar<sup>19</sup>. Las posibilidades de actuación judicial deben interpretarse con carácter amplio, siempre ordenadas a la mejor protección del menor<sup>20</sup>, interpretación esta refrendada por la reforma de 2015.

<sup>16</sup> DEL VAS GONZÁLEZ, Juan M<sup>a</sup>, *Instituciones jurídicas de protección del menor en el Derecho Civil español*, Fundación Registral, Madrid, 2009, p. 353.

<sup>17</sup> La guarda automática —explica DE PABLO CONTRERAS—, se caracteriza por su provisionalidad, la asume la entidad pública solo por el tiempo necesario, que será mientras subsistan la enfermedad o las otras circunstancias graves que impiden a los padres o tutores del menor atenderlo, siendo su destino natural desembocar en la situación familiar que la precedió, esto es, en la reintegración del total contenido de la patria potestad o la tutela («Comentario al art. 172 CC, op. cit., p. 77). Por ello, es incompatible con la adopción, como puntualiza PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p. 102.

<sup>18</sup> Para VALLADARES RASCÓN, Etelvina, parece razonable entender que pueda el juez acordar la separación del menor de sus padres y la asunción por la entidad pública de la guarda administrativa al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 CC, que autoriza a aquel para adoptar, a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, en general, las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de o de evitarle perjuicios («Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», *Poder Judicial*, nº 9, 1999, p. 35).

<sup>19</sup> Así lo manifiesta MORENO TORRES-SÁNCHEZ, *El desamparo de menores*, cit. p. 98.

<sup>20</sup> En este sentido RUIZ-RICO RUIZ, *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, op. cit., p. 162. Para PÉREZ ÁLVAREZ, al condicionar el artículo 172 CC la resolución judicial de la guarda a los «casos en que legalmente proceda», se debe recurrir a una interpretación sistemática de los preceptos del Código Civil con el fin de precisar en qué supuestos procede el acuerdo a que alude este artículo. Un primer caso estaría representado por los supuestos en que los padres o tutores solicitaran, y la entidad denegara, la asunción de la guarda ex artículo 172.2 CC; y un segundo supuesto podría acomodarse a las medidas provisionales en los casos de demanda de nulidad, separación o divorcio, configurándola como medida excepcional ex artículo 103.1<sup>a</sup> CC. Pero —el citado autor concluye—, generalizando lo establecido por el artículo 172.2 CC, cabría interpretar que el precepto deja abierto un cauce al que puede recurrir el juez cuando una norma le habilite para tomar las medidas oportunas tendentes a la protección del menor, («Comentario al artículo 172 del Código Civil», en *Código Civil Comentado*, Vol. I, cit., p. 866). Insiste en la amplitud de los términos del art. 172.2 CC DE PABLO CONTRERAS, que junto al art. 103.1<sup>a</sup> CC, cita lo prevenido por la Ley reguladora de la competencia y procedimiento de los juzgados de menores, que permite al juez acordar, con respecto a los mayores de 12 años y menores de edad penal que hubieren

Ante este nuevo vacío legal, lo que debemos plantearnos es si es posible la aplicación analógica de, en este caso, todo lo previsto por el antiguo artículo 172 del Código —desdoblado ahora en tres preceptos—, a los supuestos de incapaces o incapacitados en situación de desamparo, pudiéndose, en consecuencia, acudir a ambas medidas de protección para los mayores de edad incapacitados, ya se encuentren sometidos a tutela, o ya a la patria potestad prorrogada de sus padres.

#### 4.4. Tutela del incapaz por ministerio de la ley ex artículo 239.3 del Código Civil

Según se ha podido observar, el artículo 239.3 del Código Civil, atendiendo a la redacción que le otorgó la Ley 41/2003, preveía la asunción de la tutela de los incapaces por la entidad pública en dos circunstancias: cuando ninguna de las personas señaladas en el artículo 234 del Código Civil sea nombrada tutor y cuando el incapaz se encuentre en situación de desamparo. A esta previsión acompañaba simplemente una definición de la situación de desamparo, sin que se hiciera referencia alguna a los requisitos de procedimiento ni al régimen de este tipo de tutela. Junto a la parquedad a la que anteriormente hemos hecho referencia, el precepto también adolecía de poca oscuridad<sup>21</sup>, como ha evidenciado la doctrina, y de escasa técnica legislativa<sup>22</sup>. El estudio doctrinal de este precepto ha sido amplio y prolijo en los años sucesivos a su incorporación al Código Civil, sin que se haya alcanzado una interpretación unánime sobre su contenido, llegándose incluso a afirmar que casi resulta imposible alcanzar

---

cometido hechos tipificados como delito o falta, medidas tales como el internamiento por tiempo de uno o tres fines de semana, el acogimiento por otra persona o núcleo familiar, su ingreso en un centro de carácter terapéutico o en un centro en régimen abierto, semiabierto o cerrado («Comentario al art. 172 CC», op. cit., pp. 81-82). También se menciona doctrinalmente que puede tomarse como medida en los procesos de filiación, al amparo del art. 128 CC y 768.1 LEC, como señalan, entre otros, DEL VAS GONZÁLEZ —*Instituciones jurídicas de protección del menor en el Derecho Civil español*, p. 354—, y UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis, «Protección de menores: acogimiento, adopción y tutela», en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, coord. por González Poveda, Pedro/González Vicente, Pilar, Sepín, Madrid, 2005, p. 311

<sup>21</sup> Se trata de una norma inacabada y de oscura y difícil interpretación, sostiene acertadamente LEGERÉN MOLINA, Antonio, primeramente en *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.3 del Código Civil* (Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 87), y, posteriormente en otros trabajos, como «El funcionamiento de la guarda legal ejercida por personas jurídicas» (en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, coord. por De Salas Murillo, Sofía, Dykinson, Madrid, 2013, p. 164).

<sup>22</sup> Para MORENO FLÓREZ, Rosa M<sup>a</sup>, el nuevo párrafo incorporado al artículo 239 CC adolece de la más elemental sistemática y claridad en su redacción (*Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 238). «En efecto —sintetiza LEGERÉN MOLINA, no se introduce en el artículo 239.3 CC una regulación completa y acabada de este nuevo instrumento tuitivo, pues los perfiles, modos de atribución y régimen no viene determinados por el precepto que comentamos; lo que, por desgracia —concluye— es una manera de proceder a la que el legislador nos tiene ya acostumbrados» («Comentario al artículo 239 CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. I, coord. por Cañizares/de Pablo/Orduña/Valpueda, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011, p. 1122). En el desorden en la redacción del texto inciden otros autores, como SERRANO GARCÍA, pues la frase «asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz» debería aparecer con anterioridad a «cuando ninguna de las personas...» (*Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, lustel, Madrid, 2008, p. 514).

una interpretación del precepto plenamente satisfactoria<sup>23</sup>. Nuestra intención en las líneas que siguen no es, por ello, reproducir esos estudios exhaustivos y especializados sobre este artículo —algo que sobrepasaría con creces el objeto de este trabajo—, sino centrar nuestra reflexión en la oportunidad de hacer extensivo a las personas incapaces e incapacitadas todas las previsiones que el artículo 172 —ahora también el 172 bis— del Código Civil contemplan para la protección de los menores, para concluir con una llamada a la regulación de la guarda legal de incapaces.

De entrada, con anterioridad a la reforma de 2003 la doctrina había puesto de manifiesto la necesidad de que las entidades públicas competentes asumieran la tutela en el caso de que no pudieran hacerlo, no fueran idóneas o no existieran las personas del artículo 234 del Código Civil<sup>24</sup>; de ahí que por medio de la legislación autonómica se creara una serie de agencias y fundaciones públicas para la asunción de las tutelas con fundamento en el artículo 242 del Código Civil. Esta primera reforma del artículo 239 del Código responde, pues, en parte, a esta necesidad normativa y, quizás por tal motivo, se quedara corta<sup>25</sup> y resulte confusa.

Deben estudiarse por separado los dos supuestos para los que se prevé esta tutela automática. El artículo 239.3 del Código Civil se refería en primer lugar a la asunción de la tutela de los incapaces por la entidad pública cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 del propio Código sea nombrada tutor. La calificación de la naturaleza de esta tutela no es tarea sencilla. Como punto de partida, la utilización del término incapaz resulta ciertamente equívoca; no queda claro si se refiere al incapaz natural o a la persona judicialmente incapacitada. La mención posterior del artículo 234 parece llevarnos a esta segunda opción, pues la situación en la que nos encontramos no parece ser otra que la de poner fin, mediante el nombramiento de tutor, a un

<sup>23</sup> El estado de la doctrina al respecto lo resume a la perfección MAYOR DEL HOYO: «Y es que el art. 239.3 CC tiene problemas de redacción, utiliza una sintaxis descuidada e incurre en imprecisiones terminológicas, su contenido provoca choques con el sistema y carece de desarrollo o, al menos, de remisiones normativas. Ello, unido a la ausencia de datos en su tramitación parlamentaria que aporten luz y al silencio de la Exposición de Motivos de la Ley, crean desconcierto y confusión, complicando la labor hermenéutica hasta tal punto que puede decirse que casi resulta imposible llegar a una interpretación del precepto plenamente satisfactoria. Prueba de ello es el carácter variopinto de las interpretaciones del mismo» («Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas», en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, coord. por De Salas Murillo, Sofía, Dykinson, Madrid, 2013, p. 199).

<sup>24</sup> Como explican FÁBREGA RUIZ, Cristóbal y HEREDIA PUENTE, Mercedes, tras la reforma del Código Civil de 1983, que introdujo la posibilidad de que las personas jurídicas fueran tutoras, se fueron constituyendo poco a poco personas, tanto públicas como privadas, a este fin, siendo pionera el Instituto Almeriense de tutelas, creado por la Diputación de Almería en 1990 (*Protección legal de incapaces*, Colex, Madrid, 1998, p. 56).

<sup>25</sup> Para RIVERA ÁLVAREZ, la reforma legal se queda coja, ya que resuelve exclusivamente uno de los problemas: el del incapacitado judicialmente que, durante la tutela ordinaria, se encuentra en situación de desamparo «El papel de la tutela legal de incapaces en las instituciones de guarda» (*Acciones e investigaciones sociales*, 2006, nº 1, p. 267).

proceso de incapacitación. Desde esta perspectiva, se trataría, en consecuencia, de constituir una tutela ordinaria<sup>26</sup>, al frente de la que se encontraría la entidad pública competente en el respectivo territorio, como persona jurídica hábil para asumir la tutela *ex* artículo 242 del Código Civil. En apoyo de esta tesis se ha señalado doctrinalmente que no cabría referir el término incapaz al incapaz natural, entre otras razones porque el mecanismo tutelar exige en su constitución una serie de garantías al afectar a uno de los ámbitos más personales del ser humano, como es su capacidad, y la admisión de la tutela de la entidad pública por la mera incapacidad natural sin sentencia judicial que así lo declare, pugnaría con las garantías buscadas por el legislador y supondría una quiebra del sistema<sup>27</sup>. Esto sería así, entendemos, si de lo que estamos hablando es de tutela ordinaria, pero no creemos que sea extensible al supuesto de tutela administrativa.

La confusión que desencadenaba el precepto se veía, sin duda, incrementada por la tendencia que provocaba a identificar los supuestos de esta norma con los del artículo 172 del Código Civil, al haberse incorporado este párrafo tercero a un precepto que, en los dos párrafos anteriores, se ocupa del menor, en clara referencia a la tutela y guarda de los menores desamparados que regula aquella norma. Intentar trasladar la tutela automática de la entidad pública respecto del menor al incapaz no resulta insalvable; aunque, por regla general, el menor desamparado se encuentra bajo la patria potestad de sus padres o, en su defecto, bajo la guarda de su tutor, y el incapaz natural en cambio carece, hasta que una sentencia se pronuncie sobre su incapacitación, de un representante legal, también podría darse el caso de menores huérfanos o abandonados o, incluso, de filiación desconocida.

La consideración de la tutela ordinaria, sin embargo, nos hace pensar en la vacuidad de la norma: a falta de las personas a las que defiere la tutela el artículo 234 del Código

<sup>26</sup> Así lo entiende LEGERÉN MOLINA, para quien la principal peculiaridad de esta tutela reside en que el nombramiento de tutor recae sobre una entidad pública, al no existir, o no encontrar el juez, persona adecuada para tal cargo («Presupuestos de aplicación del artículo 239.3 del Código Civil. La tutela *ex lege* del mayor de edad en situación de desamparo», *Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 12, 2008, p. 551). Así parecen entenderlo también GETE-ALONSO Y CALERA y SOLÉ RESINA, cuando dicen que del artículo 239.3 CC se deduce que la tutela automática de los incapaces no es provisional (*Filiación y potestad parental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 186).

<sup>27</sup> De este modo lo explica LEGERÉN MOLINA, «Comentario al artículo 239 CC», *op. cit.*, p. 1121). Para FÁBREGA RUIZ, cuando hablamos de mayores de edad la destrucción de la presunción de capacidad requiere una resolución judicial (art. 199 CC), lo que supone que el incapaz al que debe nombrarse tutor debe encontrarse ya incapacitado. Aunque el citado autor precisa: «Esta tesis sobre el artículo 239 que estamos manteniendo no quiere decir que, con antelación a la sentencia de incapacidad, no se pueda intervenir en defensa del incapaz natural que se encuentre en una situación de verdadero desamparo. Esto se podrá acordar mediante resoluciones en las que se atribuya a esas entidades la protección de personas que aún no hayan sido declaradas incapaces por la vía de las medidas protectoras previstas en el artículo 762 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 158 del Código Civil, pero ya no por ministerio de la ley, sino porque en ese caso concreto se haya apreciado por el juez la conveniencia de que así se haga» (*La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006, pp. 42-45).

Civil, el juez puede designar tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de este, considere más idóneo (art. 235 CC), siéndole dable atribuir la tutela a una persona jurídica (art. 242 CC); entendemos que no cabe pensar que el artículo 239.3 imponga al juez la designación como tutor de la entidad pública en contra de lo preceptuado por el artículo 235 del Código Civil<sup>28</sup>. La única forma de salvar la futilidad del precepto es considerar que estamos hablando de tutela administrativa, no de tutela ordinaria acordada por un juez; o simplemente entender que se trata de una trivial redundancia.

Por lo que se refiere a la atribución de la tutela en caso de desamparo del incapaz, si atendemos al concepto de desamparo podría admitirse que esta tutela se constituyera tanto en el caso del incapaz natural como en el del incapacitado<sup>29</sup>. Piénsese que el incapaz puede encontrarse en situación de desamparo, bien por no contar con nadie que le asista, o bien porque, hallándose al cuidado de un guardador de hecho, este le asiste inadecuadamente o se ve imposibilitado para cumplir su cometido; de igual manera, también el incapacitado puede encontrarse en desamparo si el tutor legalmente establecido no cumple con sus funciones, por imposibilidad o por dejadez.

<sup>28</sup> Para LEGERÉN MOLINA, otra característica de esta tutela sería la imposibilidad de la entidad pública de alegar excusa alguna para no aceptar el nombramiento, ni siquiera tomando apoyo en la insuficiencia de medios a que se refiere el artículo 251.2 CC, de modo que este sería el significado que cabría atribuirle a la expresión «por ministerio de la ley», contenida en el artículo 239.3 CC («Presupuestos de aplicación del artículo 239.3 del Código Civil. La tutela *ex lege* del mayor de edad en situación de desamparo», op. cit., pp. 551-552).

<sup>29</sup> Distintos autores admiten la posibilidad de dar cabida a los incapaces en caso de desamparo, entre ellos, LINACERO DE LA FUENTE, María, «Protección jurídica de las personas mayores», AC, 2004-2, p. 2272. En contra de dicha postura, considerando necesaria la declaración de incapacitación, se muestran FERNÁNDEZ CAÑAMAQUE, «Comunicación sobre la tutela pública automática de los incapaces», en *La protección jurídica del discapacitado*, coord. por Serrano García, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 258-259.; REPRESA POLO, M<sup>a</sup> Patricia, «Autotutela, mandato y tutela automática de los incapaces», en AAVV, *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, dir. por Díaz Alabart, Ibermutuamur-Associació Catalana Nabui, 2005; SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, op. cit., pp. 522 y ss., y «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», RJN, n<sup>o</sup> 52, octubre-diciembre 2004, p. 262; y MAYOR DEL HOYO, «Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas», op. cit., p. 203, para quien muestra de ello es que la Ley del Registro Civil de 2011 alude expresamente a la inscripción de la tutela administrativa del menor o de la persona con capacidad modificada judicialmente en situación de desamparo; dicha delimitación la ha hecho el legislador aragonés, cuyo Código del Derecho Foral (arts. 34-40) delimita la aplicación del desamparo y de la tutela automática a los incapacitados. Para FÁBREGA RUIZ, aunque es posible la aplicación del art. 239.3 CC a los incapacitados e incapaces en situación de desamparo, matiza que, frente a lo que sucede en materia de menores, en que la condición de la condición de menor depende de un dato objetivo y la situación de desamparo es decretada por una resolución de una entidad pública, en esta materia el dato de la incapacidad debe ser determinado por carecer de esa objetividad automática y, por ello, en el caso de los incapaces naturales se precisa de una resolución, generalmente judicial, en que se establezca la condición de incapacidad natural y la existencia de una situación de desamparo; la determinación administrativa es una utopía ya que necesita de una estructura administrativa que no existe (*La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, op. cit., p. 43).

En el caso del incapaz, debe entenderse entonces que de lo que se trata es de atribuir la tutela a la entidad pública en tanto se abra el proceso de incapacitación y se nombre un tutor ordinario al incapacitado; estaríamos claramente ante una tutela administrativa, no ordinaria<sup>30</sup>. En el segundo caso, se trataría de que la entidad pública asumiera transitoriamente la tutela en tanto se solventa la situación de desprotección del incapacitado, bien por desaparición de las causas que imposibilitaban al tutor ejercer sus funciones, o bien por remoción del tutor y nombramiento de uno nuevo, que, a falta de otras personas primeramente llamadas, podría ser la propia entidad pública. Si consideráramos que el artículo 239.3 del Código Civil atribuye a la entidad pública la tutela ordinaria sobre el incapacitado, esta posibilidad también haría prácticamente superflua la norma, pues se parece mucho a la del inciso primero, como ya ha puesto de manifiesto la doctrina; también se ha señalado para defender la vacuidad de la norma que esta posibilidad está ya prevista por el artículo 216 del Código Civil, que remite al 158 para que el juez tome las medidas que estime oportunas, como en el caso de los menores<sup>31</sup>. La cuestión que nos planteamos es, nuevamente, si la intención del legislador era regular la declaración administrativa, no judicial, de desamparo, aludiendo asimismo a la tutela administrativa, no ordinaria.

#### *4.5. Tutela administrativa y guarda legal de personas incapaces e incapacitadas por relación entre los artículos 239.3 y 172 del Código Civil*

A nuestro juicio, si el artículo 239 del Código Civil es una norma paralela al 172, deberíamos plantearnos si lo que pretendía el legislador de 2003 era hacer partícipe al incapaz de todas las medidas de protección que este artículo establece para el menor. Para analizar esta posibilidad, debemos tener en cuenta todas las circunstancias en las que puede encontrarse tanto el incapaz natural como la persona incapacitada para determinar si, siendo idénticas o muy similares a las que puede sufrir el menor, son tributarias de iguales mecanismos de protección. Hemos de tener presente, en cualquier caso, que podemos considerar dos tipos de tutela: la ordinaria o la administrativa.

Un primer caso es el de la persona presuntamente incapaz que está siendo sometida a un proceso de incapacitación, que ha de terminar con el nombramiento de tutor. A

<sup>30</sup> En este caso, LEGERÉN MOLINA defiende que la norma alude a la tutela administrativa, no civil ordinaria, para cuya constitución no se requiere una declaración judicial de incapacitación. «Así configurada la tutela como medida temporal de cobertura o protección, carecería de entidad el reproche de que la tutela no constituye, ni solo ni principalmente, una medida para remediar una desprotección social sino para completar un defecto de capacidad. En efecto, tal reproche, válido para la tutela civil ordinaria, no sería referible a la tutela administrativa a que ahora se alude» («Comentario al artículo 239 CC», op. cit., p. 1122).

<sup>31</sup> En efecto —sostiene LEGERÉN MOLINA, «Comentario al artículo 239 CC», op. cit., pp. 1121-1122—, «la constatación del desamparo conllevaría la remoción del tutor —por ejemplo, por conducirse mal en el desempeño de la tutela o incumplir deberes propios del cargo (cfr. Art. 247 CC)— y le necesidad de nombrar uno nuevo; y no «encontrando» a uno «adecuado», tal cargo vendría a recaer sobre la entidad pública».

falta de las personas mencionadas en el artículo 234 del Código Civil, el juez puede designar como tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de este, considere más idóneo (art. 235 CC), o atribuir la tutela a una persona jurídica (art. 242 CC). Carece de sentido, pues, en estos casos, la previsión que contemplaba el artículo 239.3 del Código Civil referente a la asunción de la tutela por ministerio de la ley por la entidad pública que tenga encomendada la tutela de los incapaces. Siendo así, entendemos que la tutela a la que se refería el precepto debe plantearse como una tutela administrativa transitoria, legalmente establecida, con fines protectores del incapacitado, en tanto el juez no acuerde la tutela ordinaria definitiva en cuanto pueda hacerlo; ello, por otra parte, otorgaría sentido a la expresión «por ministerio de la ley» que albergaba la norma. Esta interpretación, sin embargo, es escasamente apoyada por la doctrina, siendo tan solo seguida en estos términos por Legerén Molina<sup>32</sup>. No obstante, tal interpretación parece ser la única que salva al precepto, si no queremos terminar por afirmar, como hace algún sector doctrinal, que lo que sucede simplemente es que el legislador, debido a una mala técnica legislativa, mezcló dos cosas distintas<sup>33</sup>.

Otra opción es simplemente incardinar el artículo 239.3 del Código Civil en el juego de preceptos que componen los artículos 234, 235 y 242, así como 216 del propio Código, como hacen muchas de las resoluciones judiciales que tratan esta cuestión<sup>34</sup>. Verdaderamente, la mayoría de los litigios que abordan la aplicación del antiguo artículo 239.3 del Código Civil se ocupan del nombramiento de tutor en el marco de un proceso de incapacitación, asignando la tutela a la entidad pública correspondiente, por lo general una fundación pública para la tutela de adultos o la propia Consejería de

<sup>32</sup> LEGERÉN MOLINA se muestra partidario de esta interpretación por resultar, por varias razones, más adecuada con el texto del art. 239.3 CC, entre ellas, porque sería más acorde con el paralelismo de redacción existente entre este precepto y el art. 172 CC, además de casar perfectamente con la referencia que el art. 239.3 realiza al 234 CC y con no suprimir el juego del art. 235 CC; constituiría —entiende— una novedad legislativa y reafirmaría la posibilidad existente de nombrar como tutor ordinario a una persona jurídico-pública. Este autor evidencia, sin embargo, que la interpretación hasta ahora más frecuente en la jurisprudencia existente relativa al primer supuesto de hecho del art. 239.3 CC, es que se trata de una tutela ordinaria, en la que ha de nombrarse tutor a la entidad pública una vez se constate que no existen las personas mencionadas por el art. 234 CC («Un análisis del artículo 239.3 del Código Civil desde la perspectiva de la aplicación judicial», AC, nº 6, 2013, p. 6).

<sup>33</sup> Así, como sostiene MAYOR DEL HOYO, el legislador utilizó la capa de la «tutela administrativa» para cobijar dos puestos de tutela de la Administración que responden a estructuras jurídicas distintas. La explicación de este desliz es que inicialmente la Ley 41/2003 quería dar protección a los discapacitados que no pueden contar con un patrimonio protegido, creando para ello la tutela administrativa de los desamparados; pero más tarde el redactor se dio cuenta que quedaban fuera de la protección los que no tenían personas que asumiesen su tutela, de manera que había que colocar a la Administración al final del orden de preferencias. Lo que ocurre es que al incluir esta situación en el mismo precepto en lugar de introducir una norma de cierre sistemática, se creó la tan desafortunada redacción del artículo 239.3 CC, «Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas», op. cit., p. 200.

<sup>34</sup> Sobre un estudio jurisprudencial de la materia, véase LEGERÉN MOLINA, «Un análisis del artículo 239.3 del Código Civil desde la perspectiva de la aplicación judicial», op. cit., pp. 1-14.

la Comunidad Autónoma de que se trate; en ningún caso se ha planteado por nuestros tribunales la necesidad de clarificar este oscuro precepto en relación a alguna de las cuestiones que hemos señalado con anterioridad, ni se han lanzado distintas propuestas de interpretación respecto a su contenido. En ocasiones, la entidad pública recurre la sentencia por haber sido designada tutora sin habersele siquiera concedido audiencia en el proceso<sup>35</sup>; en otros casos, se desconoce desafortunadamente el artículo 234 del Código Civil, al existir familiares que sí pueden hacerse cargo del incapacitado<sup>36</sup>. Hay otras resoluciones que aplican el artículo 239.3 del Código Civil, asignando automáticamente la tutela a la entidad pública para que después esta contacte con fundaciones que puedan asumir el cargo tutelar y eleven la propuesta correspondiente al juzgado<sup>37</sup>, tras comprobar que los familiares no pueden cuidar de la personas del incapacitado, o en tanto no exista otra persona jurídica que se ofrezca y tenga los medios suficientes para asumir la tutela con las garantías que ofrece la entidad pública; en algunos de estos casos se mezclan o confunden los dos supuestos que contempla el precepto, el de falta de las personas referidas en el artículo 234 del Código Civil y la situación de desamparo del incapaz<sup>38</sup>. Finalmente, no falta alguna sentencia que

<sup>35</sup> La SAP Soria 22 abril 2009 (JUR 257864) estima el recurso de apelación formulado por la Fundación Tutelar Castellano-Leonesa de Deficientes Mentales, al no haberse cumplido con el principio de audiencia de partes, considerando que no es posible que se nombre a la apelante tutora sin haber sido previamente oída. Así, se entiende por el tribunal que asume la tutela por ministerio de la ley ex art. 239.3 CC la Junta de Castilla-León, hasta tanto se nombre tutor por medio del correspondiente proceso de jurisdicción voluntaria. En igual sentido la SAP Valladolid 8 junio 2012 (JUR 243150) y la SAP Ávila 10 diciembre 2014 (JUR 2015\46017).

<sup>36</sup> SAP Badajoz 16 junio 2008 (JUR 338316).

<sup>37</sup> SSAP Sevilla 12 noviembre 2007 (JUR 94108) y 8 febrero 2008 (JUR 370700). En igual sentido se pronuncia la sentencia de la misma Audiencia de 28 julio 2009 (JUR 14973), si bien en este caso la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social propuso como tutora a la Fundación Andaluza para la Integración del Enfermo Mental, pero al asistir la representante de esta a la vista oral y rechazar la tutela, la Delegación de dicha Consejería manifestó de manera expresa que aceptaba subsidiariamente el desempeño de funciones tutelares, de ahí que el tribunal desestimara el recurso de apelación formulado por esta frente a la sentencia de primera instancia que la designó como tutora y la confirmara en el cargo.

<sup>38</sup> SAP Segovia 31 marzo 2006 (AC 1476). La SAP Navarra 9 febrero 2009 (JUR 102989) simplemente asigna la tutela a la entidad pública por aplicación conjunta de los arts. 235 y 239.3 CC y la SAP Valladolid 7 mayo 2007, aplicando directamente el art. 242 CC. La SAP Burgos 27 diciembre 2012 (JUR 24435) establece que la tutela automática *ope legis* de la entidad pública para el supuesto del incapaz desamparado, al igual que para el menor desamparado —mezclando así los dos supuestos que prevé el 239.3 CC, al hablar de desamparo—, ha de entenderse con un carácter subsidiario en relación al nombramiento de tutor; el nombramiento de la entidad pública como tutor solo procederá ante la imposibilidad de familiares directos a los que se refiere el art. 234 CC o la negativa injustificada de fundaciones que en el respectivo territorio tengan como fin social la tutela de incapaces. La SAP Cáceres 8 junio 2007 (JUR 327649), en el caso de una anciana incapaz que vive en una residencia de ancianos desde años atrás, al declararla incapacitada, considera que es de aplicación el art. 242 CC, y no el 239.3 CC al no haber existido desamparo, pues se encontraba perfectamente cuidada en la residencia de monjas, nombrándose a una de estas como tutora. Por su parte, la SAP Vizcaya 5 mayo 2011 (JUR 301708) sostiene expresamente que la posibilidad de nombramiento de personas u organismos públicos se establece como última ratio en el Código Civil, y solo cuando se trate de mayores desamparados en la forma prevista en el art. 239 CC, siendo así que dicha situación de desamparo no tiene lugar cuando

interpreta el artículo 239.3 del Código Civil en el sentido de considerar que la entidad pública puede asumir la tutela por ministerio de la ley sin necesidad de nombramiento judicial expreso, para evitar que el incapaz se encuentre sin tutor concreto hasta tanto se nombre el definitivo en el proceso de jurisdicción voluntaria, instado por el Ministerio Fiscal u otra persona interesada<sup>39</sup>. Esta interpretación jurisprudencial es la que entendemos acorde con el alcance del artículo 239.3 del Código Civil, según hemos defendido anteriormente.

Un segundo caso sería el del incapaz —al cuidado o no de un guardador de hecho—, que se encuentra en situación de desamparo. Debe entenderse que la tutela automática en el supuesto de incapaces desamparados requiere, al igual que en el caso de los menores, que el desamparo haya sido declarado por la autoridad administrativa correspondiente por concurrir circunstancias de especial gravedad. De modo que el artículo 239.3 del Código reproducía para los incapaces lo previsto por el 172 para los menores desamparados: producida la declaración de desamparo, la entidad pública competente en el respectivo territorio asume la tutela por ministerio de la ley. Se trata igualmente, claro está, de una tutela administrativa, que tendrá carácter transitorio, hasta tanto se nombre judicialmente tutor tras el correspondiente proceso de incapacitación<sup>40</sup>. Aquí se pone de manifiesto más claramente la diferencia a la que antes hacíamos referencia entre la situación del menor y la del incapaz, pues la declaración de desamparo del incapaz se reviste de especial provisionalidad, la autoridad judicial deberá autorizar su internamiento y concluirá por lo general con el nombramiento de un tutor tras el proceso de incapacitación. Por su parte, la declaración de desamparo del menor puede finalizar por desaparición de las causas que dieron lugar a la misma, poniendo fin a la suspensión de la patria potestad y volviendo el menor a la guarda de los padres, o, por el contrario, con la culminación de un proceso de adopción. Puede suceder, no obstante, que el incapaz declarado en desamparo recupere su capacidad, lo que conllevaría la desaparición de la tutela administrativa y, en el caso de que ya se haya declarado la incapacitación judicial, que la sentencia de incapacitación quede sin efecto dando lugar a la recuperación de la plena capacidad. El reproche doctrinal a la imposibilidad de que un mayor de edad quede sometido a tutela al margen del procedimiento de incapacitación —al pugnar con las garantías buscadas por el legislador, se esgrime, y suponer una quiebra del sistema—, vendría superado por la obligación que corresponde a la Administración

---

existen parientes próximos que pueden hacerse cargo de la tutela. La SAP Ciudad Real 25 febrero 2015, por ejemplo, ni siquiera menciona el art. 239.3 CC, al entender que el juez debe nombrar a una entidad pública por el interés superior del incapaz ex art. 235 CC, que es el que debe primar en todo caso; así lo hace también la SAP Madrid 25 junio 2014 (JUR 240976).

<sup>39</sup> SAP Soria 22 abril 2009 (JUR 257864).

<sup>40</sup> También para LEGERÉN MOLINA tendría más sentido concebir esta figura tuitiva como una institución de protección de carácter administrativo en vez de referirse a una tutela judicial ordinaria, si bien poniendo nuevamente de manifiesto que la mayoría de las sentencias que abordan este tema conciben la figura que surge en caso de desamparo como una tutela judicial ordinaria, y defienden la apreciación del desamparo por el propio juez («Un análisis del artículo 239.3 del Código Civil desde la perspectiva de la aplicación judicial», op. cit., p. 7).

Pública de velar por las personas incapaces (art. 49 CE) y, por ende, por la finalidad protectora de la tutela administrativa, cuyo ejercicio quedará en todo caso bajo la salvaguarda del Ministerio Fiscal<sup>41</sup> ex artículo 174 del Código Civil, y de los tribunales en todos los supuestos en que legalmente se requiera autorización judicial, especialmente el del internamiento del presunto incapaz.

Aunque no existan resoluciones judiciales que se ocupen de propugnar expresamente esta doctrina, sí podemos tener en cuenta aquí los supuestos en los que los tribunales designan como tutor a la entidad pública que, con anterioridad, había procurado el internamiento del incapaz por razones de emergencia social<sup>42</sup>. Entendemos que el internamiento por razones de urgencia debe llevar aparejado la declaración de desamparo y la asunción automática por la entidad pública correspondiente de la tutela administrativa del incapaz, al mismo tiempo que se solicite la ratificación judicial de tal medida por imperativo del artículo 763.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Resulta también posible que la declaración de desamparo y el nombramiento como tutor provisional de la entidad pública lo realice directamente el juez. Este es el supuesto del auto de la Audiencia Provincial de La Rioja de 11 de julio de 2011, que recoge el caso de una anciana, diagnosticada de demencia progresiva, a la que en un procedimiento de medidas cautelares el juzgado designa por medio de auto como tutor provisional a la Fundación Tutelar de La Rioja; dos meses después, el mismo juzgado acuerda por medio de auto el ingreso de la presunta incapaz en un centro adecuado a sus necesidades, de cuyos gastos ha de hacerse cargo el gobierno de La Rioja. La Fundación Tutelar presenta recurso de apelación frente a este auto, que la Audiencia Provincial desestima al entender aplicable el artículo 239.3 del Código Civil, considerando que la situación de desamparo resulta más que evidente, al convivir la presunta incapaz con dos hijos que no pueden hacerse cargo del cuidado de su madre por padecer asimismo trastornos mentales; el Auto de la Audiencia Provincial confirma la designación de la Fundación como tutor provisional<sup>43</sup>. Entendemos que esta «tutela provisional» a la que se refiere el auto no puede identificarse con la tutela ordinaria que queda determinada tras el proceso de incapacitación, y encaja igualmente de forma plena con el sentido del artículo 239.3 del Código Civil.

<sup>41</sup> Sostiene RIVERA ÁLVAREZ que si no podemos aplicar el art. 239.3 CC a la situación de los incapaces, cuando las entidades públicas de protección tengan conocimiento de la desatención moral o material, el ordenamiento no se abstiene por ello de intervenir sino que deja en manos del Ministerio Fiscal dicha responsabilidad. El problema —concluye— es que este carece de los medios para hacerlo efectivo («El papel de la tutela legal de incapaces en las instituciones de guarda», pp. 271-272).

<sup>42</sup> En el supuesto de la SAP Asturias 11 enero 2010 (JUR 91870), la presunta incapaz fue ingresada en una residencia dependiente de los Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (ERA) porque vivía sola en el domicilio sin que fuera atendida por nadie y estaba en situación de abandono, tratándose de un caso de emergencia social; promovido el proceso de incapacitación, el juzgado de primera instancia designa como tutor a la ERA. Apelada esta sentencia por un sobrino de la incapaz, la AP determina que el apelante no es la persona idónea para ejercer dicha tutela, pues nunca se había ocupado de su tía.

<sup>43</sup> AAP La Rioja 11 julio 2011 (JUR 345168).

Un tercer caso es el de la persona incapacitada que queda desamparada debido al incumplimiento por el tutor de sus consabidas obligaciones para con el tutelado. Podría también entenderse aplicable aquí el mismo proceso que en el caso anterior, con la diferencia de que la persona incapacitada sí cuenta con representante legal: la administración declara al incapacitado en situación de desamparo y la entidad pública asume la tutela automática por ministerio de la ley hasta tanto se remueva al tutor y se nombre a uno nuevo. Sería un proceso similar al de la suspensión de la patria potestad de los padres cuando se declara la situación de desamparo del menor.

Veamos un cuarto supuesto: el del tutor que se ve imposibilitado para ejercer adecuadamente sus funciones y se dirige a la autoridad administrativa correspondiente para que asuma la guarda del tutelado. Hasta el momento nos hemos referido a la tutela asumida por la entidad pública, pues es esta la que mencionaba el antiguo artículo 239.3 del Código Civil, pero este cuarto caso no parece encajar en la letra de este precepto, sino en la del artículo 172.2 del Código Civil. El tutor del incapaz se puede encontrar en idénticas circunstancias que los padres respecto del menor para cuidar de él, por motivo de enfermedad —tanto del tutor como del tutelado—, de trabajo o de ausencia temporal por causas diversas. Es en estos supuestos donde cobra sentido la figura de la guarda legal administrativa, que puede solventar problemas transitorios en el ejercicio del cargo tutelar, transfiriendo las responsabilidades tutelares sobre el incapacitado a la entidad pública en tanto aquellos se solventan; caso de resultar imposible hacerlo, habrá de procederse al nombramiento judicial de un nuevo tutor por imposibilidad sobrevenida del primer designado a través del correspondiente proceso. A nuestro juicio, no se trataría, entonces, de remover al tutor por incumplimiento de sus funciones, sino de admitir *a posteriori* una excusa legal a la asunción, en este caso continuación, del ejercicio del cargo<sup>44</sup>; la admisión de la excusa determina el nombramiento de un nuevo tutor *ex artículo 258 del Código Civil*<sup>45</sup>. Tal como señala la doctrina en relación a los menores, la tutela automática de la entidad pública debe gozar de carácter subsidiario<sup>46</sup>, en el sentido de acordarse cuando no

<sup>44</sup> En esta línea de argumentación, explica NAVARRO MENDIZÁBAL, que puede ocurrir que sea el propio tutor quien desee ser removido del cargo, por ejemplo, por los problemas de convivencia graves y continuados de los que es consciente, si bien en este caso estaríamos más bien ante una excusa del artículo 251 CC, sin que se entienda por qué no se ha incluido al tutor entre las personas legitimadas para iniciar el proceso de remoción, «De la delación de la tutela y del nombramiento del tutor» (op. cit., pp. 1920-1921).

<sup>45</sup> Entiende MARTÍNEZ PEREDA que la excusa sobrevenida determina que el tutor está obligado al ejercicio del cargo, porque si el juez nombra un defensor queda el excusante, si fuere rechazada su excusa, responsable de todos los gastos ocasionados («Capacidad e incapacitación. Discapacidad», en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, coord. por González Poveda, Pedro/González Vicente, Pilar, Sepín, Madrid, 2005, p. 642).

<sup>46</sup> En tal sentido, MORENO TORRES-SÁNCHEZ, para quien la medida de desamparo no pueda acordarse nunca con carácter instrumental (*El desamparo de menores*, cit. pp. 37-38). Esta subsidiariedad, como señala la citada autora, aparece expresamente reflejada en algunas leyes autonómicas de protección de menores, como la Ley 3/1999, de 31 de marzo, del Menor, de Castilla-La Mancha, cuyo artículo 8 dispone: «La actuación de los poderes públicos de Castilla-La Mancha tendrá carácter subsidiario

existan otras alternativas para la adecuada protección del menor; la misma reflexión ha de realizarse, a nuestro modo de ver, respecto de los incapaces.

Finalmente, al igual que para los menores, puede el juez *ex artículo 158 del Código Civil* —al que se remite, como se ha adelantado, el art. 216 CC—, de oficio o a instancia de cualquier interesado, tomar cuantas medidas se prevean legalmente para su protección en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores o incapaces cuando lo requiera el interés de estos. Resulta posible, pues, para los incapaces, al igual que para los menores, que el juez atribuya la guarda legal a quien considere oportuno en todas aquellos casos legalmente previstos. Las medidas cabrían, pues, tanto para el caso de incapaces como para el de incapacitados que requieran actuaciones determinadas para asegurar su adecuada protección, hasta tanto le sea nombrado, en su caso, un tutor.

En definitiva, en aras de esclarecer, en la medida de lo posible y de forma breve, la oscuridad del antiguo artículo 239.3 del Código Civil, entendemos que, como regla de principio, este se refería a la tutela administrativa que, de forma automática<sup>47</sup>, asume la entidad pública para el caso de incapaces o incapacitados que se encuentren en situación de desamparo, sin perjuicio de hacer extensivo a los mismos el resto de mecanismos de protección que preveía el también anterior artículo 172 para los menores.

Otra cuestión es, una vez asumida la guarda por la entidad pública, si esta es capaz de llevar a la práctica las medidas necesarias para la protección del incapaz, en el mismo sentido o intensidad en que lo hace respecto de los menores. Así, para estos el mecanismo de guarda previsto es el del acogimiento, familiar o residencial<sup>48</sup>, instrumento de más complicado encaje en el caso de personas incapaces, particularmente el de modalidad familiar, aunque en modo alguno descartable<sup>49</sup>;

---

respecto de la que corresponde a los padres, tutores o guardadores, como responsables de asegurar, dentro de sus posibilidades, las condiciones de vida necesarias para el desarrollo integral del menor»; y la Ley 1/1995, de 27 de enero, de protección del menor de Asturias, que, también en su artículo 8, que lleva por rúbrica «Subsidiariedad de la intervención administrativa», establece: «Los padres y tutores tiene la obligación de ejercer responsablemente las funciones inherentes a la patria potestad o tutela, sin perjuicio de la actuación subsidiaria de la Administración del Principado de Asturias en los términos legalmente establecidos».

<sup>47</sup> Con anterioridad a la introducción del apartado tercero en el artículo 239 CC, ya la doctrina había defendido la necesidad de crear en nuestro ordenamiento un sistema legal de tutela automática o de salvaguardia judicial, tal como ocurre respecto de los menores, como defendieron FÁBREGA RUIZ/HEREDIA PUENTE, *Protección legal de incapaces*, op. cit., p. 48.

<sup>48</sup> La nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley 15/2015, de 2 de julio, se ocupa con nuevas normas del régimen jurídico aplicable al acogimiento de menores. La regulación del acogimiento también ha sido objeto de muy diversas reformas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>49</sup> Para FÁBREGA RUIZ/HEREDIA PUENTE, la figura del acogimiento familiar, muy extendida en el caso de los menores, puede ser usada también para los incapacitados tutelados por una persona jurídica que encomendara parciales funciones tutelares a una familia sustituta o funcional, ya que el entorno familiar es el ideal para el desarrollo humano. Estos autores no encuentran inconveniente para su utilización por

piénsese en el acogimiento familiar de ancianos, refrendado legalmente por algunas leyes autonómicas<sup>50</sup>. Cobran aquí trascendental importancia las fundaciones públicas que se han ido creando en cada comunidad autónoma para la protección y defensa de las personas incapaces —como la Fundación Galega para la Tutela de Adultos, que aparece en el caso que comentamos—, muchas de las cuales cuentan con los medios necesarios para la atención personal del incapaz o incapacitado, facilitando, entre otras medidas, su internamiento; en cualquier caso, es viable que, asumiendo la tutela la entidad pública que corresponda, se ceda la gestión del internamiento o atención del incapaz a centros públicos o privados especializados, sin perjuicio del obligado control que sobre sus actuaciones corresponde a la autoridad administrativa y judicial.

En todo caso, lo que sí ha parecido evidente para la mayoría de la doctrina que ha venido interpretando el artículo 239.3 del Código Civil, según se deduce de sus críticas al contenido y redacción del precepto, como hemos señalado a lo largo de páginas anteriores, era la necesaria revisión del texto del mismo. A nuestro parecer, de esta revisión debería resultar una norma que claramente regule una institución protectora de incapaces e incapacitados con las características de una tutela administrativa, además de una guarda legal transitoria al modo en que ambos mecanismos existen para la protección de los menores. Para dar efectividad a estas medidas protectoras, una nueva norma en esta materia debería incidir también en la regulación del acogimiento<sup>51</sup>, tanto residencial como familiar, para las personas incapaces o incapacitadas. No ha sido esa, sin embargo, la voluntad del legislador de 2015.

#### 4.5. *El nuevo artículo 239 bis del Código Civil: tutela por ministerio de la ley de las personas con la capacidad modificada judicialmente*

---

personas jurídicas tutoras privadas en cuanto esto redundaría en el interés del incapaz; de hecho, este procedimiento es utilizado, de forma excepcional, dadas las especiales características de los enfermos mentales, por la Fundación Andaluza de Integración Social del Enfermo Mental, pudiendo ser más operativo —concluyen— en el caso de deficientes y seniles (*Protección legal de incapaces*, op. cit., p. 72). En opinión de MORENO FLÓREZ, el legislador desaprovechó la oportunidad de haber incorporado a la disciplina del Código Civil este tipo de acogimiento con ocasión de la Ley 41/2003, que se limitó a añadir un tercer párrafo al artículo 239 CC, reproduciendo casi en su literalidad, la tutela *ex lege* de los menores, pero, en este caso, referido a los incapacitados por resolución judicial, o a la situación de desamparo en que estos se pudieran encontrar, sin aclarar si dicha situación se refiere solo al incapacitado judicialmente, o si ese desamparo pudiera describir la situación de otras personas en quienes no concurren las causas de incapacitación (*Acogimiento familiar*, op. cit., pp. 237-238).

<sup>50</sup> Pueden destacarse la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de Acogida de Personas Mayores del Parlamento de Cataluña, o la Ley 34/2002, de 10 de diciembre, de Acogida Familiar de Personas Mayores de Navarra. En este sentido, LINACERO DE LA FUENTE postula de *lege ferenda* la regulación sustantiva en el Código Civil de lo que podría denominarse «acogimiento familiar de ancianos», es decir, la asunción por una familia acogedora idónea, normalmente con carácter remunerado, del cuidado y atención de personas de edad avanzada, de modo paralelo aunque no idéntico a la figura del acogimiento familiar de menores («Protección jurídica de las personas mayores», op. cit., p. 2267).

<sup>51</sup> Como propuesta de *lege ferenda* también la adelanta MAYOR DEL HOYO, «Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas», op. cit., pp. 206-207.

Como hemos adelantado, la Ley 26/2015 ha introducido un nuevo artículo 239 bis en el Código Civil, referente a la asunción de la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente por parte de la Entidad Pública a la que en el respectivo territorio le esté encomendada su protección y apoyo. Con la introducción de este nuevo artículo 239 bis, el legislador deslinda el tratamiento de los menores respecto del de las personas judicialmente incapacitadas, que anteriormente aunaba en el antiguo artículo 239 del Código, subsistiendo este tan solo referido a los menores de edad. Con esta idea, el legislador ha dotado al artículo 239 bis del Código Civil del siguiente contenido:

«La entidad Pública a la que en el respectivo territorio esté encomendada la protección y apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente, será designada como tutora cuando no haya sido constituida la tutela en favor de persona alguna conforme al artículo 234.

Asimismo, asumirá por ministerio de la ley la tutela de las personas con la capacidad modificada judicialmente cuando se encuentren en situación de desamparo, debiendo dar cuenta a la autoridad judicial que modificó su capacidad.

Se considera como situación de desamparo a estos efectos, la que se produce de hecho cuando la persona con la capacidad modificada judicialmente quede privada de la necesaria asistencia a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que incumben a la persona designada para ejercer la tutela, de conformidad a las leyes, o por carecer de tutor».

Al igual que el anterior artículo 239.3, el nuevo precepto contempla también dos situaciones: la asunción de la tutela a falta de persona a la que se refiere el artículo 234 del Código Civil, y la asunción de la tutela en caso de situación de desamparo. Sin embargo, ambas normas se distancian en una cuestión relevante: el artículo 239 bis solo se refiere de forma expresa a las personas con la capacidad modificada judicialmente, dejando al margen, pues, al incapaz natural. El legislador ha descartado, por tanto, aplicar a la situación de los incapaces naturales las mismas instituciones protectoras que al menor, según hemos defendido en las páginas anteriores. Lo más plausible de la nueva regulación —además de la sustitución del término «incapacitado» por la expresión «persona con capacidad modificada judicialmente»—, radica en la mayor claridad que aporta a esta cuestión respecto del antiguo párrafo tercero del artículo 239. Ahora bien, tampoco es posible ya utilizar la oscuridad que caracterizaba a esta norma para determinar en caso alguno la tutela o la guarda administrativa para los incapaces por interpretación amplia de la misma.

Por otra parte, aunque, ciertamente, el nuevo precepto supone una mejora en la redacción respecto de su predecesor, su tenor literal sigue provocando ciertas incertidumbres. Así, por lo que respecta al primer supuesto, podría predicarse del mismo igual vacuidad que la que se criticaba del artículo 239.3 en relación a lo previsto por los artículos 234, 235 y 242 y 216 del propio Código Civil, subsistiendo igualmente las mismas dudas en cuanto a la interpretación que haya de darse a la asunción de la tutela por ministerio de la ley en caso de desamparo. En este sentido, la tutela que ha de asumir la Entidad Pública parece ser automática, no judicialmente establecida, y, en

cuanto tal, no se alcanza bien a entender su carácter, si se trata de una tutela provisional hasta tanto el juez la confirme y se proceda a un nuevo procedimiento de nombramiento de tutor, o en espera de que desaparezca la situación de desamparo, o más bien de lo que hablamos es de la asunción legal de la tutela ordinaria de forma definitiva por dicha Entidad, una vez se haya dado cuenta a la autoridad judicial. Este último parece ser el sentido de la norma, habida cuenta la definición del desamparo que acoge en su párrafo tercero. De modo que si el tutor no cumple adecuadamente sus funciones o acaece alguna imposibilidad a estos efectos, se produce una situación de desamparo, que lleva a la Entidad Pública a asumir automáticamente, por ministerio de la ley, la tutela, debiendo solo dar cuenta de ello a la autoridad judicial que modificó en su momento la capacidad del tutelado. Tampoco en estos supuestos ha contemplado el legislador la posibilidad de acudir a figuras como la guarda legal, que prevé el artículo 172 bis del Código Civil para la situación del menor en caso de imposibilidad de los padres o tutores para asumir su debida atención y cuidado, o, incluso, la nueva guarda provisional para situaciones de urgencia previas a la declaración de desamparo.

La situación de desamparo de la persona con la capacidad modificada judicialmente se produce también, en virtud del último inciso del artículo 239 bis del Código Civil, por carecer esta de tutor; debe entenderse que el tutor ha fallecido o desaparecido, puesto que la persona fue judicialmente incapacitada, y se supone que le fue designado un tutor, a no ser que este inciso se refiera de nuevo al primer supuesto contemplado por el precepto, esto es, cuando no existe persona alguna conforme al artículo 234 del Código Civil, o bien cuando se ha producido la incapacitación pero no se ha procedido aún al nombramiento de tutor.

En cualquier caso, entendemos que el legislador ha vuelto a perder la oportunidad de introducir en el Código Civil una regulación más exhaustiva de las situaciones de desamparo en las que se puede encontrar la persona naturalmente incapaz, de forma paralela o similar a la prevista para los menores. Hubiese sido positivo incorporar, al menos, la figura de la guarda provisional que se ha previsto para el menor por resolución administrativa, en cumplimiento de la obligación de prestar atención inmediata que corresponde a la Entidad Pública, y ello tanto para el caso del incapaz como para la persona judicialmente incapacitada. De igual manera, hubiese sido deseable, en nuestra opinión, que clarificara de manera efectiva las características de la tutela automática de la Entidad Pública que ha previsto para este último caso, así como el procedimiento de declaración de desamparo, además de regular el acogimiento como medida de protección de estas personas en situación de especial vulnerabilidad.

##### 5. RECAPITULACIÓN: GUARDA LEGAL DEL HIJO MAYOR INCAPACITADO BAJO PATRIA POTESTAD REHABILITADA

Llegados a este punto, hemos de volver al caso que nos ha servido de hilo conductor de este trabajo, intentando aplicar estas reflexiones al supuesto de hecho del litigio. Como punto de partida, quizás deba tenerse en cuenta que en el caso de la patria potestad

rehabilitada la aplicación del antiguo artículo 172 del Código Civil resulte más fundamentada si cabe que en el caso de incapaces en general o incapacitados sometidos a tutela; y es que, como se ha reiterado, el régimen jurídico de la patria potestad prorrogada no es otro que el que viene marcado por el título VII del libro I del nuestro Código, relativo a las relaciones paterno-filiales. Entendemos que tampoco deberían existir problemas para la aplicación a aquellos de la nueva regulación derivada de la Ley 26/2015.

El desamparo implica la suspensión de la patria potestad de los padres, situación que carece de sentido cuando los padres son hábiles para tomar decisiones sobre la vida del hijo, pero incapaces de ejercer sus funciones en determinadas circunstancias, como sucede por el comportamiento o enfermedad del tutelado. Este es el caso del litigio que analizamos: el hijo mayor de edad esquizofrénico cuyo cuidado resulta imposible para los padres. Frente al acuerdo de remoción de la patria potestad rehabilitada, el Juzgado de Primera Instancia de Carballo podría haber atribuido la tutela a la entidad pública —representada en la Fundación Galega para la Tutela de Adultos—, quedando la potestad paterna tan solo suspendida. No parece que fuera este, sin embargo, el sentido del auto, al menos a simple vista, en cuanto la resolución se fundamentó en los artículos 247 y 251 del Código Civil, relativos a la remoción y excusa al cargo de tutor, respectivamente. Así fundamentado, resulta más que difícil defender que no se decretó la extinción de la patria potestad, y más inverosímil aún entender por qué el juzgado no procedió a la suspensión de la patria potestad por aplicación del artículo 239.3 del Código Civil. A pesar de todo, puestos a forzar la interpretación del auto —a todas luces viciado de nulidad, como pusieron de manifiesto las resoluciones posteriores—, podríamos aventurarnos a considerar que dicha resolución no pretendía remover a los padres de la patria potestad, sino suspender su ejercicio en aras de atribuir la tutela automática a la entidad pública, todo ello sobre el argumento de la oscuridad que caracteriza a aquel precepto, que obstaculiza la identificación de la tutela que regula, bien como ordinaria o como administrativa. No podemos desconocer, obviamente, que el argumento resulta inopinadamente pírrico.

Por otra parte, siendo la tutela automática solución más deseable que la remoción de la patria potestad rehabilitada, no es sin embargo la opción más acertada de entre las que podía haber tomado la autoridad judicial. Efectivamente, como se ha indicado, junto a la tutela por ministerio de la Ley, el artículo 172 —ahora 172 bis— contempla la posibilidad de acordar simplemente la guarda del menor, bien a solicitud de los padres o bien por decisión judicial cuando legalmente proceda. Aunque el artículo 239.3 del Código Civil no se refiriera a esta medida, la entendemos de aplicación analógica, como se ha defendido anteriormente, al caso del incapaz en general y, con evidente mayor razón, al incapacitado mayor de edad que queda bajo la patria potestad prorrogada o rehabilitada. La guarda legal tiene lugar cuando los padres se dirigen a la autoridad administrativa solicitando que asuman la guarda del hijo ante la imposibilidad de ejercer adecuadamente su función. En el caso que estudiamos, los padres se dirigen directamente al Juzgado de Carballo por medio de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, por lo que no nos encontramos ya ante un supuesto de entrega de la guarda

a la entidad administrativa competente por medio del documento escrito que requiere el artículo 172.2 del Código Civil, sino ante la guarda judicial que se acuerda por aplicación del artículo 158.1.4º del Código en relación con el último apartado de aquella norma, así como por remisión del artículo 216 del propio texto legal. En esta línea, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 30 de junio de 2006 recoge el supuesto de rehabilitación de la patria potestad sobre una hija incapacitada que, por enfermedad del padre, queda bajo la custodia de la madre hasta el fallecimiento de esta; los guardadores de hecho de la incapaz solicitan entonces la privación o suspensión de la patria potestad rehabilitada del padre, para continuar con la guarda de aquella, a lo que se opone el progenitor solicitando la custodia de la hija. El tribunal, confirmando la resolución de primera instancia, niega la solicitud de privación total o parcial de la patria potestad sosteniendo que esta ha de revestir un carácter excepcional y por ello solo puede basarse en causas graves y muy justificadas; resuelve así, mantener al padre en la titularidad de la patria potestad, prorrogando la situación de guarda de hecho existente hasta la fecha hasta tanto el padre pueda asumir la custodia definitiva de la hija<sup>52</sup>. Aunque la sentencia se refiera a la guarda de hecho, entendemos que se trata de guarda legal judicialmente acordada.

Sírvanos de conclusión final reiterar, en respuesta al objetivo inicialmente marcado para este trabajo, la necesidad, aun después de la reforma de 2015, de contar con una regulación clara y precisa que determine la aplicación de la institución jurídica adecuada a los casos de personas incapaces o incapacitadas que se encuentran en situación de desamparo, sin que exista al mismo tiempo fisura alguna respecto al particular supuesto del hijo mayor incapacitado que se encuentra bajo la patria potestad rehabilitada de sus padres.

#### BIBLIOGRAFÍA:

BALLESTEROS DE LOS RÍOS, María, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997.

CHIMENO CANO, Marta, «Problemas que suscita la designación y el seguimiento del guardador legal», en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, coord. por De Salas Murillo, Sofía, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 117-137.

<sup>52</sup> SAP Islas Baleares 30 junio 2006 (JUR 258863). No actúa de la misma manera la SAP Murcia 16 octubre 2015 (JUR 2969), que acuerda la privación de la patria potestad prorrogada de una madre de 83 años y escasa formación que no puede desempeñar adecuadamente su función de guarda de su hijo incapacitado; la sentencia nombra, entonces, como tutor a la Fundación Murciana para la Tutela y Defensa Jurídica de Adultos, sin perjuicio de que el incapaz siga manteniendo sus vínculos afectivos con la familia, visitándola y permaneciendo con ella en vacaciones o fines de semana, con el debido control.

DE PABLO CONTRETAS, Pedro, «Comentario al art. 172 CC», en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 35-88.

DEL VAS GONZÁLEZ, Juan M<sup>a</sup>, *Instituciones jurídicas de protección del menor en el Derecho Civil español*, Fundación Registral, Madrid, 2009.

LLEBARÍA SAMPER, Sergio, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores*, Bosch, Barcelona, 1990.

MAYOR DEL HOYO, M<sup>a</sup> Victoria, «Hacia un sistema tuitivo funcional de los incapacitados en el marco de la Convención de Naciones Unidas», en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, coord. por De Salas Murillo, Sofía, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 193-210.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2006.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal/HEREDIA PUENTE, Mercedes, *Protección legal de incapaces*, Colex, Madrid, 1998.

FELIÚ REY, Manuel Ignacio, *Comentarios a la Ley de Adopción*, Tecnos, 1989.

FERNÁNDEZ CAÑAMAQUE, «Comunicación sobre la tutela pública automática de los incapaces», en *La protección jurídica del discapacitado*, coord. por Serrano García, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 253-264.

GARCIMARTÍN MONTERO, Regina, «La designación judicial del guardador legal», en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, coord. por De Salas Murillo, Sofía, Dykinson, Madrid, 2013.

GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup> Carmen/SOLÉ RESINA, Judith, *Filiación y potestad parental*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

LEGERÉN MOLINA, Antonio, «Presupuestos de aplicación del artículo 239.3 del Código Civil. La tutela *ex lege* del mayor de edad en situación de desamparo», *Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 12, 2008, pp. 545-564.

LEGERÉN MOLINA, Antonio, «Comentario al artículo 239 CC», en *Código Civil Comentado*, Vol. I, coord. por Cañizares/De Pablo/Orduña/Valpuesta, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 1118-1127.

LEGERÉN MOLINA, Antonio, *La tutela del incapaz ejercida por la entidad pública. Estudio del artículo 239.3 del Código Civil*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012.

LEGERÉN MOLINA, Antonio, «El funcionamiento de la guarda legal ejercida por personas jurídicas», en *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*, coord. por De Salas Murillo, Sofía, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 139-165.

LEGERÉN MOLINA, Antonio, «Un análisis del artículo 239.3 del Código Civil desde la perspectiva de la aplicación judicial», *AC*, nº 6, 2013, pp. 1-14.

LETE DEL RÍO, José Manuel, «Comentario al artículo 239 CC», en *Comentario del Código Civil*, M<sup>o</sup> de Justicia, T. I, Madrid, 1993, pp. 732-734.

LINACERO DE LA FUENTE, María, «Protección jurídica de las personas mayores», *AC*, 2004-2, pp. 2262-2275.

LÓPEZ PÉREZ, Jerónimo, *Prórroga y rehabilitación de la patria potestad*, Bosch, Barcelona, 1992.

MARTÍN GARCÍA, M<sup>a</sup> del Lirio, «Comentario a los arts. 172-174 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por Domínguez Luelmo, Andrés, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 292-299.

MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel, «Capacidad e incapacitación. Discapacidad», en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, coord. por González Poveda, Pedro/González Vicente, Pilar, Sepín, Madrid, 2005, pp. 619-686.

MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos, «Comentario a los arts. 169-171 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por Domínguez Luelmo, Andrés, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 289-291.

MORENO FLÓREZ, Rosa M<sup>a</sup>, *Acogimiento familiar*, Dykinson, Madrid, 2013.

MORENO FLÓREZ, Rosa M<sup>a</sup>, «De la adopción y otras formas de protección de menores», en «De la delación de la tutela y del nombramiento del tutor», *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 2<sup>o</sup>, coord. por Rams Albesa, Joaquín/Moreno Flórez, Rosa M<sup>a</sup>, Bosch, Barcelona, 2000, pp.1541-1621.

MORENO TORRES-SÁNCHEZ, Julieta, *El desamparo de menores*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

NAVARRO MENDIZÁBAL, Íñigo Alfonso, «De la delación de la tutela y del nombramiento del tutor», *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 2<sup>o</sup>, coord. por Rams Albesa, Joaquín/Moreno Flórez, Rosa M<sup>a</sup>, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 1855-1936.

ORDÁS ALONSO, Marta, «Comentario al artículo 239 CC», en *Comentarios al Código Civil*, coord. por Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 384.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, «Comentario al artículo 172 del Código Civil», en *Código Civil Comentado*, Vol. I, coord. por Cañizares/de Pablo/Orduña/Valpuesta, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 851-867.

PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989.

REPRESA POLO, M<sup>a</sup> Patricia, «Autotutela, mandato y tutela automática de los incapaces», en AAVV, *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, dir. por Díaz Alabart, Ibermutuamur-Associació Catalana Nabui, 2005.

RIVERA ÁLVAREZ, Joaquín María, «El papel de la tutela legal de incapaces en las instituciones de guarda», *Acciones e investigaciones sociales*, 2006, nº 1, pp. 267-276.

RUBIO SAN ROMÁN, José Ignacio, «De la extinción de la patria potestad», *Comentarios al Código Civil*, II, vol. 2<sup>o</sup>, coord. por Rams Albesa, Joaquín/Moreno Flórez, Rosa M<sup>a</sup>, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 1525-1539.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, «La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores», *Actualidad Civil*, nº 2-3, 1988, pp. 59 y ss.

RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel, *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Comares, Granada, 1989.

SANCHO REBULLIDA, Francisco, *El nuevo régimen de la familia IV. Acogimiento y adopción*, Cuaderno Civitas, Madrid, 1988.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana, «Comentario al artículo 171 del Código Civil», en *Código Civil Comentado*, vol. I, coord. por Cañizares/De Pablo/Orduña/Valpuesta, Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 845-851.

SERRANO GARCÍA, Ignacio, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Iustel, Madrid, 2008.

SERRANO GARCÍA, Ignacio, «Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre», *RJN*, nº 52, octubre-diciembre 2004, p. 262.

UTRERA GUTIÉRREZ, José Luis, «Protección de menores: acogimiento, adopción y tutela», en *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos y procesales*, coord. por González Poveda, Pedro/González Vicente, Pilar, Sepín, Madrid, 2005, pp. 291-364.

VALLADARES RASCÓN, Etelvina, «Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción», *Poder Judicial*, nº 9, 1999, pp. 29-62.

VENTOSO ESCRIBANO, Alfonso, «Patria potestad: apunte histórico y su prórroga o rehabilitación», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, pp. 481-524.

Fecha de recepción: 02.07.2015

Fecha de aceptación: 14.09.2015