

INFORME

Asunto: *informe de necesidad y de oportunidad del proyecto de Decreto del Consell, de regulación del Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria, como entidad pública tutelar de la Generalitat, y de la Defensa Judicial a las personas sometidas a procedimientos de incapacitación.*

- I) ANTECEDENTES
- II) COMPETENCIA NORMATIVA DE LA GENERALITAT
- III) MOTIVOS DE NECESIDAD
- IV) MOTIVOS DE OPORTUNIDAD
- V) MARCO GENERAL: CAMBIOS NORMATIVOS EN EL CÓDIGO CIVIL
- VI) CONCLUSIONES

I) ANTECEDENTES

I. a) Marco normativo estatal:

- Constitución Española (art. 49).

El artículo 49 de la Constitución Española establece la obligación de los poderes públicos de conceder un amparo especial a las personas con diversidad funcional ("disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos") para el disfrute de sus derechos fundamentales, sin perjuicio de sus derechos subjetivos a acceder a un sistema de servicios sociales, promover su bienestar y prestar la atención especializada que requieran.

- Código Civil (arts. 199 a 302).

- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Arts. 27-32. de la habilitación para comparecer en juicio y nombramiento de defensor judicial.

Arts. 43-52. De la tutela, la curatela y la guarda de hecho.

Arts. 56-58. De la protección del patrimonio de las personas con discapacidad

Arts. 61-66. De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente.

Arts. 87-89. De las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente.

D.F. Primera. Modifica arts. 219, 249, 256, 259, 263, 264, 265 (Tutelas) y 299 bis, 300 y 302 (Defensor Judicial).

- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (art. 12)

Marco normativo autonómico:

- Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana (art. 49.1.27ª).

1. La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

27ª. Instituciones públicas de protección y ayuda de menores, jóvenes, emigrantes, tercera edad, personas con discapacidad y otros grupos o sectores necesitados de protección especial, incluida la creación de centros de protección, reinserción y rehabilitación.

- Ley 11/2003, de 10 de abril, de la Generalitat, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad (art. 43).

Artículo 43. Tutela de personas incapacitadas judicialmente.

La Administración de la Generalidad Valenciana apoyará y dinamizará, en coordinación con la Autoridad Judicial, la atención a las personas presumiblemente incapaces o incapacitadas total o parcialmente, promoviendo entidades sociales sin ánimo de lucro que puedan desempeñar la tutela o curatela de aquéllas, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil.

Normativa vigente en materia de organización:

- Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, del Consell, de ordenación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Personas Mayores con Facultades y Capacidad Limitada, que ha sido objeto de modificación por:

- Decreto 59/2000, de 25 de abril, del Gobierno Valenciano, por el que se modifica el Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, del Gobierno Valenciano, de Ordenación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados (DOGV núm. 3743 de fecha 5-05-2000).

- Decreto 119/2000, de 25 de julio, del Gobierno Valenciano, por el que se modifican determinados decretos del Gobierno Valenciano relativos a órganos colegiados en los que participa la Conselleria de Bienestar Social (DOGV núm. 3811 de 9-08-2000).

- Decreto 136/2011, de 30 de septiembre, del Consell, por el que se modifica el Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, de ordenación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados (DOCV núm. 6622, de 4-10-2011).

Con arreglo al Decreto 136/2011, de 30 de septiembre se da nueva denominación a este órgano colegiado y modifica el título del Decreto 192/1998, que pasa a denominarse: Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, del Consell, de ordenación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Personas Mayores con Facultades y Capacidad Limitada.

Se encuentra en vigor, hasta su modificación o derogación:

Artículo 6. Asunción de cargos tutelares

La representación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados la ejercerá el director o la directora territorial de la Conselleria de Bienestar Social, dentro de su respectivo ámbito territorial, quien asumirá aquellos cargos que le asignen los órganos judiciales de la Comunitat Valenciana, previo estudio por el equipo técnico correspondiente.

Asumirá, en nombre de la Generalitat Valenciana, los cargos que sean asignados al ente autonómico por los órganos judiciales de la Comunitat Valenciana, de personas presuntos incapaces en procesos de incapacitación, y de personas judicialmente incapacitadas carentes de familiares que puedan asumir el cargo, así como de aquellas cuyos familiares, obligados a la

delación del mismo, hayan excusado el cargo de conformidad con lo que establece la legislación civil vigente.

Asimismo, también se asumirán los cargos en los supuestos de desaparición o remoción del cargo tutelar cuando éste fuerfe ejecutado por persona física o jurídico-privada, y siempre que no exista otro ente público que, por su competencia y relación con el incapaz, pudiese ejercer el cargo.

La aceptación de los cargos se realizará en nombre de la Generalitat Valenciana, único ente con personalidad jurídica para la asunción de los cargos tutelares.

La consellera de Bienestar Social, en su calidad de presidenta de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados, podrá, por razones de agilidad y eficacia, y a petición de la Dirección General de Servicios Sociales, habilitar al personal del equipo técnico para la aceptación, en representación de la Generalitat Valenciana, de cargos referentes a presuntos incapaces, en los procedimientos judiciales de incapacitación.

Artículo 7. Unidad Técnica de Tutelas

En cada Dirección Territorial de Bienestar Social existirá un equipo técnico, que conformará la Unidad Técnica de Tutela, con rango de sección, asistido por técnicos y técnicas, letrados y letradas y personal administrativo necesario para el ejercicio de sus funciones.

Esta Unidad ordenará y ejecutará directamente las funciones de representación y administración derivadas del ejercicio de los cargos tutelares, tanto en la esfera personal y asistencial como en la patrimonial, y se coordinará con los equipos de las áreas de salud, equipos municipales de servicios sociales y demás organismos y centros del lugar de residencia de la persona sujeta a cargo tutelar.

- Decreto 152/2015, de 18 de septiembre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento orgánico y funcional de la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas, que establece, entre las competencias de la Dirección General de Diversidad Funcional:

Coordinar la actuación de la atención integral de las personas sujetas a tutela por la Generalitat, y proteger los intereses patrimoniales de las personas incapacitadas sometidas a cargos tutelares de la Generalitat (artículo 10.2.g).

Asimismo, a nivel administrativo, dicho Reglamento orgánico y funcional contempla la existencia de un Servicio de Coordinación Técnica de Tutelas y Sociosanitaria (art. 11, apartado 1.3).

II) COMPETENCIA NORMATIVA

De forma específica, el Estatut de Autonomia de la Comunitat Valenciana establece que la Generalitat tiene competencia exclusiva sobre instituciones pública de protección y ayuda a tercera edad, personas con discapacidad y otros grupos o sectores necesitados de protección especial (art. 49.1.27ª), además de la organización de sus instituciones de autogobierno y normad de procedimiento administrativo derivadas de las especialidades de la organización de la Generalitat (art. 49.1.1ª y 3ª).

Por tanto, la Generalitat tiene plena capacidad y competencia normativa para la regulación de los órganos encargados de velar por los derechos de las personas adultas con capacidad modificada judicialmente, en armonía y con sujeción a lo que establece la legislación básica estatal (Código Civil) y los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, entre los que cabe resaltar la Convención internacional de derechos de las personas con discapacidad (2006).

III) MOTIVOS DE NECESIDAD DE PROCEDER AL CAMBIO NORMATIVO

Desde 1992 funciona la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados, como órgano colegiado encargado de velar por la tutela y cargos tutelares de personas adultas (mayores de edad) encomendados por las autoridades judiciales a la Generalitat.

La asunción de la tutela recae, de forma efectiva, a cargo de la persona titular de las Direcciones Territoriales de la Conselleria competente en materia de bienestar social (hoy Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas), trabajando administrativamente a través de una Unidad Técnica de Tutelas, que cuenta con escasos recursos humanos y medios personales.

Transcurridos casi 25 años, desde esta regulación inicial, se han producido numerosos cambios en nuestro ordenamiento jurídico y en la propia Administración de Justicia (con la implantación de la Oficina Judicial, la existencia de Fiscales especializados en la protección de personas con discapacidad y tutelas) y la aplicación de la Convención de derechos de las personas con discapacidad (2006).

La propuesta de modificación normativa (proyecto de Decreto del Consell) tiene como **objeto**: la necesidad de adecuar el actual modelo de servicio tutelar (prestado por unidades administrativas que delegan toda responsabilidad en la atención asistencial y guarda de hechos en residencias específicas para la atención a los tutelados) a un modelo de servicio tutelar más próximo y cercano (sin perjuicio de mantener los recursos atencionales), con el fin de cumplir y dar cumplimiento a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Para ello se ha tenido en cuenta, la imperiosa necesidad de cambiar este modelo de atención, debido a:

- el crecimiento desbordado de tutelas ordinarias y ex lege, que asume la Generalitat.
- el desbordamiento de casos y posibilidad de atención directa, ante el número cada vez más elevado de causas judiciales.

En este sentido cabe recordar que el año 2011 el Consell promovió y aprobó el Decreto 136/2011, de 30 de septiembre, del Consell, por el que se modifica el Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, de ordenación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados, que da nueva denominación a este órgano colegiado y modifica parcialmente el Decreto 192/1998.

En su Prámbulo aparece explicitada una alusión al notable incremento de casos de personas tuteladas por parte de la Generalitat y una mención a dicha Convención de la ONU.

Es obvio, sin embargo, que una mera denominación o cambio de nombre, por el que pasa a llamarse la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Personas Mayores con Facultades y Capacidad Limitada, resulta significativo, pero al mismo

tiempo insignificante, si no va aparejado con una mayor dotación de medios y un cambio en profundidad en el modo de atención y prestación de los servicios tutelares, que deben contemplar:

- el apoyo a la capacidad jurídica de las personas tuteladas,
- el conocimiento de las necesidades personales, contacto y proximidad que solo puede prestarse a través de personas físicas en quienes delegar la tutela,
- el seguimiento de los casos y de estas necesidades, que son evolutivas.
- el trabajo de inserción, de promoción de la autonomía y de reintegración de la capacidad o modulación de las medidas de protección y de tutela.

Necesidad del cambio normativo:

Plasmar, en una norma reglamentaria y organizativa, la reciente modificación de la disposición adicional novena de la Ley 11/2000, de 28 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat, en cuanto al objeto, denominación y adscripción del Instituto Valenciano de Acción Social (IVAS), por el artículo 46 de la Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat (DOGV núm. 7948, de 31-12-2016), que establece:

1. La entidad de derecho público **Instituto Valenciano de Acción Social** pasa a denominarse **Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria (IVASS)**, conservando su naturaleza de entidad de derecho público, y consiguientemente su personalidad jurídica, patrimonio propio, recursos y plena capacidad de obrar para la realización de sus fines de desarrollo de la política de la Generalitat en el ámbito del bienestar social, la dependencia, la atención a las personas con diversidad funcional, **la protección, salvaguardia y cargos tutelares de las personas con capacidad modificada judicialmente atribuida a la Generalitat**, así como de la prestación, asistencia y ejecución de actuaciones en materia de servicios sociales y atención social-sanitaria.

Tras muchos años ejerciendo tutelas desde los organismos administrativos (Direcciones Territoriales de la Conselleria competente en materia de servicios sociales), se ha puesto de relieve que no es el mejor sistema para garantizar un buen ejercicio de la tutela personal, próxima e individualizada, que pueda prestar servicios de acompañamiento y de apoyo, ni que los organismos públicos, que cuentan con medios personales limitados, sean el mejor sistema para prestar garantías de atención; planteándose, en algunos, casos, conflictos de atribuciones y de intereses: entre los órganos de servicios sociales y los encargados de instituciones de protección, como la tutela.

Las Comunidades Autónomas han configurado un servicio tutelar, de forma distinta (gestión directa, encomienda a una Entidad Pública o Instituto, potenciación y delegación en Fundaciones Tutelares, etc.), de acuerdo con su propia experiencia, capacidad normativa y normas de autorganización.

Así se puede indicar entre los diversos sistemas públicos existentes:

- Entidad Tutelar Pública creada como organismo autónomo: Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos (AMTA)

- Órgano colegiado, sin personalidad jurídica propia: Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados; Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos de Aragón; Comisión de Tutela de Adultos de Extremadura.
- Fundaciones Públicas autonómicas (específicas o no): Fundación Tutelar de La Rioja; Fundación Murciana de Tutela y Defensa Judicial de Adultos; Fundación Navarra para la Tutela de Personas Adultas (FNTPA); Fundación Asturiana de Atención y Protección a Personas con Discapacidad o Dependencia (FASAD)
- Organismos y Fundaciones Públicas de ámbito provincial: Andalucía e Instituto Tutelar de Bizkaia
- Apoyo y delegación por las CC.AA. a Fundaciones Tutelares de base asociativa: Cataluña.

Dado que en determinadas CC.AA. existe una fuerte implantación de Fundaciones Tutelares creadas por Asociaciones para la tutela de personas adultas con trastorno mental grave, personas con discapacidad intelectual y personas mayores, esta última fórmula es factible en ellas, con el necesario apoyo público. Ello no ha sido posible en la Comunitat Valenciana, porque apenas existen Entidades Tutelares de base privada o pública.

III) MOTIVOS DE OPORTUNIDAD

En cualquier propuesta de cambio normativo-organizativo en esta materia, se debe tener en cuenta:

1. Recomendación Nº R(99) 4, del Consejo de Europa, de 23 de febrero de 1999, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre los principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados.
2. Artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21-04-2008).

Cabe significar los cambios demográficos y sociales, que han acarreado el aumento del número de personas mayores y/o con diversidad funcional, que son incapaces de proteger sus intereses por causa de una alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, cognitivas, volitivas e intelectuales.

Asimismo, tener en cuenta, en especial, los cambios en los núcleos familiares y la mayor prevalencia de enfermedades neurológicas y psíquicas, que afectan a la función cognitiva y a la salud mental, han acarreado una necesidad mayor de recursos y de disposiciones apropiadas destinadas a garantizar la protección de tales personas.

Los procedimientos, normas y prácticas referentes a la protección de las personas mayores con facultades y capacidad limitada deben descansar sobre el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, teniendo en cuenta las restricciones de estos derechos contenidas en los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes.

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, en concreto, ha venido a remarcar en el Artículo 12 la necesidad de una flexibilidad en la respuesta jurídica apropiada a los diferentes grados de incapacidad y a la variedad de las situaciones.

Para las personas afectadas, por razón de diversidad funcional intelectual o mental, en su capacidad, se deben arbitrar medidas de protección u otros mecanismos jurídicos apropiados, que han de ser siempre proporcionales, apropiados –en caso de requerir asistencia o apoyos para garantizar la autonomía personal-; y dentro del abanico de posibilidades, se ha de optar por aquellas medidas que sean menos restrictivas de la capacidad natural que mantienen las personas, que sean más efectivas y eficaces para su voluntad; y con el fin de prevenir y acabar con cualquier abuso, sometidas a seguimiento, control y revisión, ya que pueden existir diferentes grados de autonomía y la mayor o menor incapacidad puede variar asimismo con el tiempo.

De acuerdo con esta nueva concepción de las funciones y cargos tutelares, la Generalitat como entidad pública que vela y ha sido designada como tutor, curador, administrador o representante de personas incapacitadas judicialmente, ha de actuar, preferiblemente a través de una Entidad Pública Tutelar especializada, como puede ser el Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria (IVASS):

1º/ con medios económicos y recursos personales necesarios, que sean suficientes;

2º/ conjuntamente con la mayor coordinación, para establecer el tratamiento y las medidas de apoyo más adecuadas que requieren cada persona;

3º actuar de forma planificada para prevenir las consecuencias de toda futura incapacidad;

4º/ mantener y preservar al máximo la capacidad, en particular en aquellas decisiones que presentan un carácter menor o rutinario y que afecten al bienestar, que deben ser tomadas en nombre de la persona con capacidad modificada judicialmente con necesidad de apoyos o asistencia ;

y 5º/ considerar la posibilidad de rehabilitación de la capacidad o, al menos, prever expresamente que pueden recuperar sus facultades.

La persona jurídica tutora de una persona con capacidad modificada judicialmente está obligada, en el plano personal, a velar por el tutelado, a procurarle alimentos, a educar, en su caso, al menor y procurarle una formación integral, y a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y a su mejor inserción en la sociedad (art. 269 CC).

Sin embargo, "el nombramiento no habilita a la persona jurídica para llevar a cabo el ejercicio de las funciones tutelares, sino que se precisa la **toma de posesión** del cargo, que será efectuada por el órgano de la persona jurídica que haya sido designada en los estatutos al efecto" (o en la norma autonómica), "debiendo acudir el representante legal ante el juez para aceptar el cargo y para que éste le instruya sobre las obligaciones y facultades de sus funciones tutelares, tras lo cual el juez le dará posesión" (Blanco Pérez Rubio, L. *Las personas jurídicas tutoras*. Madrid: Marcial Pons, 2003).

Es entonces cuando comienzan las funciones del tutor, que normalmente comienzan -si no dispone- por asignar un alojamiento y servicio de apoyo adecuado, si carece de medios, no utiliza un recurso social bajo responsabilidad pública y/o la estancia en su hogar familiar no es idónea, estando obligado a realizar el inventario de sus bienes en el plazo de 60 días, a contar desde aquel en que tomó posesión (art. 262 CC).

Resulta importante distinguir dos planos de la actuación administrativa:

1. Las funciones ejecutivas, como consecuencia de la asunción y ejercicio de cargos tutelares (tutela, curatela, defensa judicial y administración cautelar de bienes) asignados a la Generalitat por los órganos judiciales de la Comunidad Valenciana, sobre personas presuntamente incapaces mayores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente.
2. Las funciones de coordinación y de supervisión, que corresponden ejercer a la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial, como órgano interdepartamental; si bien como éste se reúne anualmente, en cuanto a las funciones de supervisión ejecutivas o efectivas, estas pueden y deben recaer en un centro directivo de la Conselleria (en este caso, la Dirección general de Diversidad Funcional, de acuerdo con el Decreto 5/2017, de 20 de enero, del Consell, por el que se aprueba el ROF de esta).

Asimismo es **oportuno** una modificación y adecuación normativa, en orden a modificar la composición de la Comisión Valenciana de Tutelas y su Comité Técnico, de acuerdo con las nuevas funciones que asume el IVASS, con el fin de estar presente, poder establecer propuestas de estudio y preparar las oportunas convocatorias de este órgano colegiado interdepartamental. Asimismo, es posible y oportuno una remodelación de la presencia de representantes de diversas Consellerias, ya que la tutela, que asume la Generalitat, de algún modo afecta a todos y debe tener conocimiento de su incidencia, en sus ámbitos funcionales.

La regulación de este órgano interdepartamental -que en todo caso se debe mantener- debe adecuarse en cuanto a su responsabilidad: instar a las diferentes instituciones y departamentos del Consell a la coordinación, la dotación y creación de nuevos recursos para atender las necesidades crecientes de personas desamparadas y carga tutelares, para la atención digna de las personas más vulnerables; y ayudar -en lo posible- al cuidado y mejora de calidad de vida de las personas adultas que tienen limitada o modificada su capacidad jurídica, y que requieren, por tanto, cuidados, servicios de apoyos morales, materiales y de cualquier tipo para el desarrollo, en la medida posible, de una vida autónoma o plena.

Teniendo en cuenta que, cada vez es mayor el número de personas que, por su situación personal y afectación psíquica o mental persistente, situación familiar grave o inexistente, con el riesgo consiguiente de exclusión social, se asume su tutoría por la Generalitat, es necesario recabar el compromiso de diferentes departamentos del Consell y de otras entidades tutelares e instituciones intermedias, para todas aquellas funciones que se puedan delegar para el mejor bienestar, calidad de vida y trato humano de las personas con deterioro cognitivo, demencia de tipo Alzheimer, trastornos mentales y/o discapacidad intelectual grave, para un ejercicio tuitivo de las funciones tutelares.

V) MARCO GENERAL QUE ESTABLECE EL CODIGO CIVIL

1º. Terminología utilizada en el Código Civil.

Uno de los principales problemas que acarrea nuestro ordenamiento jurídico en las últimas décadas es la dispersión de términos y vocablos que se utilizan en el ámbito de la discapacidad y personas con diversidad funcional. En concreto, en el Código Civil las personas con discapacidad únicamente vienen mencionadas en los arts. 172 bis.1, 173.1, 756.7º, 822 y 1041, además de la Disposición Adicional Cuarta que señala:

La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

De esta forma, parece que el Código civil no presta una atención específica a todas las personas con discapacidad o con diversidad funcional, sino solo a los “incapacitados”, es decir, a aquellos en los que por concurrir alguna causa del artículo 200 C.c, se ven privados o modificada su capacidad jurídica de obrar en virtud de sentencia.

De acuerdo con la última reforma legislativa (se ha puesto fin al término “incapacitación” (construido *versus* capacidad), habiendo sido sustituido por el de “**capacidad modificada judicialmente**”, con lo que todas las personas físicas tienen no solo plena personalidad jurídica, sino -también como adultos o personas con mayoría de edad- capacidad jurídica, que puede ser modificada judicialmente a los efectos de establecer una institución de protección y adecuadas medidas de apoyo para completar la capacidad de obrar.

2º. Mecanismos de protección e instituciones previstas en el Código Civil:

De acuerdo con las disposiciones generales del Código civil existen una serie de principios básicos y esenciales:

- Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (Artículo 199).
- Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (Artículo 200).
- La guarda y protección de la persona y bienes se realiza, en los casos que proceda, conforme estable el artículo 215, mediante:

1. La tutela (regulada en Título X Capítulo II)
2. La curatela (Título X Capítulo III)
3. El defensor judicial (Título X Capítulo V)

Por otra parte, en cuanto a su extensión:

- La guarda y protección puede venir referida a la persona y bienes conjuntamente, solamente a la persona o solamente a los bienes, según se establezca en cuanto a su extensión y límites por la sentencia judicial.

- En el caso de presuntos incapaces (en proceso de incapacitación), se pueden imponer medidas cautelares (entre otras, administración de bienes).

3º Tutelas ordinarias y ex lege.

Con la Ley 13/1983 de 24 de octubre, que modifica el Código Civil en materia de tutela, se introdujo un cambio profundo para adecuarse a los principios constitucionales, de protección a las personas y tutela judicial efectiva, como garantía de protección de los derechos fundamentales de la persona.

Dicha reforma se inspiró en el principio del beneficio del incapacitado ("incapaz" o persona carente de capacidad de obrar), introduciendo —entre otras novedades— la tutela a cargo de personas jurídicas, por lo que la tutela (hasta entonces reservada al núcleo familiar) puede recaer tanto en una persona física, como en personas jurídicas sin ánimo de lucro, que tengan entre sus fines dicha finalidad.

En virtud de los cambios legislativos operados en la última, en cuanto a la tutela de las Entidades Públicas Tutelares, de hecho, existen dos modalidades de asignación de tutela (ordinaria y ex lege), que vienen determinadas en el párrafo primero y segundo el Artículo 239 bis del Código civil:

Artículo 239 bis.

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.

La tutela "ex lege" se introdujo a través de una enmienda, en el proceso de debate en las Cortes Generales de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria (con una redacción similar a la vigente del art. 239 bis).

Repercusión:

Desde esta importante modificación legislativa, al menos en nuestro ámbito territorial, es un hecho que se ha incrementado de forma muy notable el número de tutelas que viene asumiendo la Generalitat, con la consiguiente carga administrativa y de recursos para la guarda y protección de las personas y bienes de presuntos incapaces, que por resolución judicial, son sometidos a tutela de la Generalitat, para garantizar su asistencia y protección jurídica, social y socio-sanitaria, con independencia de tener una familia (ascendientes o personas con grado de parentesco) más o menos directo y/o extensa.

4º. Características que definen el cargo de defensor judicial.

El defensor judicial constituye una figura autónoma para la representación y defensa judicial de personas con capacidad modificada judicialmente o que están en proceso de estarlo.

Se trata de una representación excepcional, provisional y transitoria, por la que una persona física o jurídica (Defensor Judicial) ejerce unas funciones provisionales, supliendo a los padres, tutor o curador, para la representación del menor o persona “incapacitada” o presuntamente incapaz.

Su designación y nombramiento ya no lo realiza la autoridad judicial. En la última reforma legislativa, se significa que su nombramiento no corresponde al Juez, sino al Secretario judicial (Letrado de la Administración de Justicia), ni se circunscribe a la representación procesal.

En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial **que administre** los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.

Puede darse los siguientes supuestos:

- a) cuando hay tutela o curatela constituida y existe conflicto de intereses o por cualquier causa (ej. muerte u otra: incapacidad física) no desempeña las funciones adecuadamente (art. 299).
- b) cuando aún no existe tutela o curatela constituida, pero va a abrirse un procedimiento para esta declaración y no desempeñe la función de Defensor judicial el Ministerio Fiscal (art. 299 bis):
 - en caso de que sea él quien promueve la acción.
 - en caso de que, además de la defensa, haya que procurar el cuidado de la persona y de sus bienes.

En el primer caso, el D. Judicial asume funciones de representación y defensa judicial (el Ministerio Fiscal ejercerá la acción de remoción y el Defensor Judicial la defensa).

En el segundo caso, el D. Judicial asume funciones de representación y defensa judicial (el Ministerio Fiscal ejercerá la acción de incapacitación y el Defensor Judicial la defensa) y, en su caso, administración provisional de bienes .

Así se pone de manifiesto en la legislación consolidada de esta institución en el C.c.:

Artículo 299.

Se nombrará un defensor judicial que **represente y ampare** los intereses de quienes se hallen en alguno de los siguientes supuestos:

1. **Cuando en algún asunto exista conflicto de intereses** entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador. En el caso de tutela conjunta ejercida por ambos padres, si el conflicto de intereses existiere sólo con uno de ellos, corresponderá al otro por ley, y sin necesidad de especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado.
2. **En el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones** hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo.
3. En todos los demás casos previstos en este Código.

Artículo 299 bis.

Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, **cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes**, el Secretario judicial podrá designar un defensor judicial **que administre** los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida.

Artículo 300.

En expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, **se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo.**

Artículo 301.

Serán aplicables al defensor judicial las causa de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores.

Artículo 302.

El defensor judicial tendrá las atribuciones que se le hayan concedido, debiendo rendir cuentas de su gestión una vez concluida.

5º Últimas modificaciones legislativas en tutelas.

La Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha introducido varias modificaciones en disposiciones generales, Tutelas y Defensor Judicial.

TUTELAS. Se prevé el nombramiento de Defensor Judicial desde el primer momento de la remoción de una tutela o la interposición de excusa al cargo, y se conceden mayores atribuciones y competencias al Secretario judicial (hoy Letrados/as de la Administración de Justicia), a la vista del art. 249, 256, 259, 263, 264 y 265.

El artículo 249 queda redactado de la forma siguiente:

«Durante la tramitación del expediente de remoción, se podrá suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado un defensor judicial.»

El artículo 256 queda redactado de la forma siguiente:

«Mientras se resuelva acerca de la excusa, el que la haya propuesto estará obligado a ejercer la función.

No haciéndolo así, se procederá a nombrar un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada.»

El artículo 259 queda redactado de la forma siguiente:

«El Secretario judicial dará posesión de su cargo al tutor nombrado.»

El artículo 263 queda redactado de la forma siguiente:

«El Secretario judicial podrá prorrogar este plazo en resolución motivada si concurriera causa para ello.»

El artículo 264 queda redactado de la forma siguiente:

«El inventario se formará ante el Secretario judicial con intervención del Ministerio Fiscal y con citación de las personas que aquél estime conveniente.»

El artículo 265 queda redactado de la forma siguiente:

«El dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos que, a juicio del Secretario judicial, no deban quedar en poder del tutor serán depositados en un establecimiento destinado a este efecto.

Los gastos que las anteriores medidas ocasionen correrán a cargo de los bienes del tutelado.»

DEFENSOR JUDICIAL

Además, el artículo 300 queda redactado de la forma siguiente:

«En expediente de jurisdicción voluntaria, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, del propio menor o de cualquier persona capaz de comparecer en juicio, **se nombrará defensor a quien se estime más idóneo para el cargo.**»

El artículo 302 queda redactado de la forma siguiente:

«El defensor judicial tendrá las atribuciones que se le hayan concedido, debiendo rendir cuentas de su gestión una vez concluida.»

Por otra parte, se debe tener en cuenta que, según el Estatuto del Ministerio Fiscal, entre sus funciones en estos procedimientos, se encuentra: "Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, **incapaces** o desvalidas **en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación**" (artículo 3. 7 de la Ley 24/2007, de 9 de octubre).

6º Nombramiento de tutor y otros cargos tutelares.

Tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (2001), el Art. 761 dispone que el nombramiento, en todo caso, de la tutela se hará en la propia sentencia de incapacidad, debiéndose oír a los parientes más próximos del presunto incapaz y a éste, si tuviera bastante juicio, y a las demás personas que el Tribunal considere oportuno.

El artículo 234 del Código Civil (en su redacción vigente por Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil) establece que: "Para el nombramiento de tutor se preferirá:

- 1º Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223.
- 2º Al cónyuge que conviva con el tutelado.
- 3º A los padres.
- 4º A la persona o personas designados por éstos en sus disposiciones de última voluntad.
- 5º Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez".

El juez no queda vinculado, sin embargo, por esta prelación si considerara que por alguna circunstancia debe alterar este orden en beneficio del propio incapaz, o incluso prescindir de todos ellos. Así, la ley se refiere a que: "el juez designará tutor a quien por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo" (art. 235).

6º Capacidad y excusas para el ejercicio de la tutela.

El Código Civil requiere una moralidad intachable y plena capacidad de obrar en las personas llamadas a ejercer la tutela. Es decir, se requiere "idoneidad".

Los arts. 243 y 246 del Código Civil establecen un catálogo de causas que incapacitan para ser tutor, **de forma que** no pueden ser tutores quienes hubieren sido condenados, tuvieren mala conducta, falta de medios para vivir, mala relación o conflictos de intereses con el incapaz, etc.

Además de la falta de capacidad para ser tutor, cabe interponer causas de excusas por las que los llamados a ejercer la tutela y teniendo capacidad de hacerlo, "no quieren o no pueden" (art. 251):

1. Por razones de edad
2. Por razones de enfermedad.
3. Por razones de ocupaciones personales o profesionales
4. Por falta de vínculos de cualquier clase entre el tutor y el tutelado
5. Por resultar excesivamente gravoso el ejercicio de la tutela

El artículo 251 párrafo segundo señala que:

"Las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de los medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela".

Y previamente, el artículo 242 señala:

"Podrán ser también tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores incapacitados".

En principio, en los casos de desamparo familiar, los Juzgados designaron tutores a entidades públicas y entidades sin ánimo de lucro o fundaciones tutelares (donde existan), que planteaban excusas para su asunción. Se elevaron consultas al respecto a la Fiscalía General del Estado que, en un principio, manifestó la posibilidad de excusa de aquéllos por falta de medios adecuados.

Sin embargo, esta interpretación ha evolucionado, jurisprudencial y normativamente, Por diversas sentencias dictadas en varias CC.AA. (Castilla León y Andalucía), se puso de relieve que una Administración Pública, como garante que debe ser además de los derechos fundamentales de las personas, viene obligada a ejercer tales funciones tutelares en situaciones de desamparo familiar, y cuando no hubiere otros medios para ello, sin que desde luego pueda excusarse de su ejercicio por no tener los medios adecuados para ello, dado que, como tal administración, sí tiene la capacidad de impulsarlo y los medios para su creación.

Por tanto, cualquier planteamiento de excusa por "carecer de los medios suficientes" por una Comunidad Autónoma se hace hoy imposible, y la normativa vigente parece inducir a que sea designado para la tutela, precisamente, la Comunidad Autónoma, en detrimento de otras entidades tutelares o sin ánimo de lucro.

Por otra parte, tras el nombramiento de tutor, puede que éste fallezca o le sobrevenga causa de incapacidad. Cuando se haya declarado una incapacidad o el declarado ya incapaz carezca o se haya quedado sin tutor, vendrán obligados a solicitar ese nombramiento el Juez, el Fiscal y los parientes llamados a la tutela o los guardadores de hecho.

7º Ejercicio de la tutela.

El art. 269 del Código Civil establece: "El tutor está obligado a velar por el tutelado, y en particular:

1º A procurarle alimentos.

2º A educar al menor y procurarle una formación integral.

3º A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.

4º A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración".

Por otra parte, junto al Juez, se configura como órgano fiscalizador al Ministerio Fiscal. Así, el artículo. 232 del Código Civil establece: "La tutela se ejercerá bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado.

En cualquier momento podrá exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de administración de la tutela".

VI) CONCLUSIONES

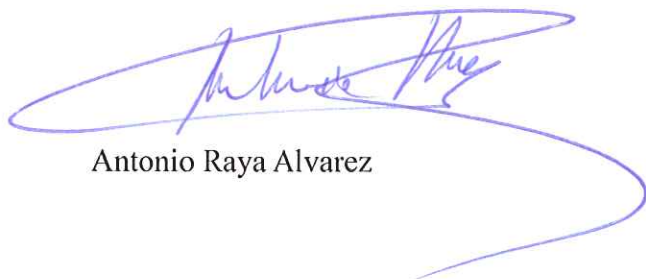
1º Es necesario y oportuno modificar el órgano encargado de asunción de tutelas, en nombre y representación de la Generalitat, regulando adecuadamente las funciones tutelares que, con arreglo a la Ley su objeto, deben venir siendo a partir de ahora prestadas por el Instituto Valenciano de Atención Social-Sanitaria (IVASS).

2º Asimismo es necesario y oportuno modificar la composición de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial, adecuándola a:

Todo lo cual debe conllevar, con arreglo a una adecuada técnica legislativa, a la derogación de la actual normativa en materia de organización y la aprobación de un nuevo Decreto del Consell.

Valencia, 9 de mayo de 2017.

El director general de Diversidad Funcional,



Antonio Raya Alvarez

