

PROF. DR. IGNACIO SERRANO GARCÍA
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Valladolid

Las fundaciones tutelares

I. ¿Qué son las Fundaciones?

Sucintamente, hay dos conceptos, uno legal y otro doctrinal. El legal destaca el aspecto organizativo de la fundación y el doctrinal el de patrimonio personificado adscrito a un fin. La Ley de Fundaciones dice: “Organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general” (artículo 2, 1 Ley 50/2002, de Fundaciones)¹.

Son organizaciones que tienen adscrito su patrimonio al cumplimiento de fines de interés general que benefician a “colectividades genéricas de personas” (artículo 3º, 1,

¹ Se echa de menos, en esta definición, la referencia a la personificación, que se encuentra en un artículo posterior, el 4º, número 1.

LF)² y que son personificadas (artículo 4, 1, LF)³. Por lo que al patrimonio se refiere, su existencia es inexcusable; no hay fundación sin patrimonio. La Ley de Fundaciones, 50/2002, exige que tenga una dotación mínima de 30.000 euros (art. 12. 1, LF; art. 13, 1 LF de interés gallego).

El patrimonio, de inexcusable existencia, es para atender fines de interés general en beneficio de “colectividades genéricas de personas”. De esta manera no es posible una fundación para atender a una persona en particular, o al cónyuge del fundador o los parientes de su familia hasta el cuarto grado (artículo 3, 3 LF), sino que los destinatarios de la actividad fundacional deben ser personas indeterminadas concretamente y solo determinables por su pertenencia a una categoría determinada por el fundador/es; el fin fundacional puede, inicialmente, ser impersonal, como la atención a circunstancias dignas de ser atendidas tales como la paz y la solidaridad, o la naturaleza, o el desarrollo sostenible, o el ejercicio de tutelas, curatelas y defensas judiciales, ...⁴ (se encuentra una larga lista ejemplificativa, no exhaustiva, en el número 1 del artículo 3 LF). En La

2 La Ley gallega dice: “organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tengan afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general para Galicia y desarrollen principalmente sus actividades y tengan su domicilio en el territorio de la comunidad autónoma”.

En la doctrina, Urbano Valero Agundez, ya había señalado que “...la fundación es organización de un patrimonio para servir permanentemente un fin” (Comp. La fundación como forma de empresa, Universidad de Valladolid, 1969, pag. 34). Vicente L. Montés Penadés, “Fragmentos de un estudio sobre las fundaciones en el Derecho español, después de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre”, Asociaciones y Fundaciones. XI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil, Universidad de Murcia, 2005, pag. 216 ss. Tomás González Cueto ha escrito: “Si bien hay quien considera que la definición legal de las fundaciones como organizaciones imprime un carácter más dinámico a la acepción de la institución de la que se desprendía de su conceptualización como patrimonios afectados a un fin, es lo cierto que la consideración de la fundación como una organización no aporta gran cosa”, “Concepto de fundación”, en Tratado de fundaciones, tomo 1, dirigido por José María Beneyto y coordinado por Alfonso Rincón García Loygorri, Barcelona, 2007, pag. 139.

3 “La fundación es una persona jurídica privada que el ordenamiento reconoce cuando un sujeto de derecho (o varios), el fundador, dispone para el futuro el destino de unos bienes al servicio permanente de una finalidad de interés general”, José Luis Lacruz, Elementos. (Igual Pedro de Pablo, Curso de Derecho civil, “...persona jurídica de sustrato patrimonial”; Carlos Lasarte, Principios de Derecho civil). También es expresiva la expresión de Planiol, en referencia al derecho alemán: “...une masse de biens affectée à un service déterminé et investie directement de la personnalité juridique” (Traité Élémentaire...). En la literatura especializada, Francisco J. Díaz Brito, dice: “... una persona jurídica, es decir, ... un sujeto de derecho, que resulta, no de la unión de varias personas físicas o jurídicas en torno a un fin, sino de la destinación de un conjunto de bienes a la consecución de un fin de interés general” (Normativa y competencias de Canarias sobre fundaciones privadas).

4 El artículo 4, 1 de la Ley gallega (12/2006), cuando ejemplifica los fines, tiene una mención concreta hacia “la atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales”.

Coruña, hay que referirse a que la Ley de Fundaciones gallega de 1983 se titula ley de fundaciones *de interés gallego* (igual la de 2006). Pero estos posibles fines impersonales, finalmente, tienen que ser concretados en actuaciones que afectarán a personas determinadas, lo que es especialmente claro —entre las ejemplificadas— en el caso de las fundaciones tutelares.

En épocas anteriores eran fines clásicos de las fundaciones los de asistencia y de educación. Las fundaciones eran benéficas, en su doble versión asistencial o benéfico-docente (ejemplo claro de ello es el artículo 746 del Código Civil que concede capacidad para suceder a “los establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública”)⁵. La asunción por parte del Estado del coste de la educación y de la sanidad ha hecho que la preocupación de los fundadores se oriente a otros asuntos. La legislación era antiquísima⁶ y se refería a estas dos finalidades, si bien la educativa fue regulada por un Reglamento de 1972⁷. Después de la Constitución, que reconoce el derecho de fundación en el artículo 34 (inmediatamente después del reconocimiento constitucional de la propiedad), se tardaron varios años, hasta 1994⁸ para que se dictara una norma de alcance nacional (se habían anticipado Cataluña con una Ley de fundaciones catalanas de 1982)⁹ y Galicia con la Ley de fundaciones de interés gallego 7/1983, de 22 de junio¹⁰; luego ha habido otra ley general (la 50/2002) que reforma levemente la ley de 1994.

5 En un cuadro en el que se define la distribución de los diferentes programas de actuación de las fundaciones por ámbitos de actividad, aparecen las de finalidad asistencial, que representan el 29 % de las existentes; el de educación y formación, el 27,7 % y el cultural, en general, el 26,9 %. Comp. Javier Cerrato Allende, “Aspectos sociológicos de las fundaciones: el interés general entre la estructura jurídico-formal y la actitud psicosocial”, en Tratado de Fundaciones, dir. José María Beneyto, coord. Alfonso Rincón, cit., tomo 2, pag. 1555.

6 Ley General de Beneficencia, de 14 de enero de 1822.

7 Reglamento de fundaciones culturales y docentes, aprobado por Decreto 2930/1972, de 21 de julio, que no fue expresamente derogado por la Ley de Fundaciones 30/1994, ni lo está tampoco de manera expresa por la Ley vigente, 50/2002.

8 Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general (BOE de 25 de noviembre).

9 Ley 1/1982, de 3 de marzo, del Parlamento de Cataluña, de fundaciones privadas. Esta Ley ha sido sustituida por una nueva, la Ley 5/2001, de 2 de mayo (BOE de 5 de junio). Aunque no se reconoce expresamente, esta nueva ley viene en gran parte dictada por la entrada en vigor de la Ley estatal que modifica el papel del protectorado en gran parte. La Exposición de Motivos de la Ley catalana de 2001 dice: “El Protectorado pierde funciones de fiscalización y asume otras de asesoramiento y de apoyo”.

10 También Galicia ha sustituido la Ley de 1983, por una nueva en 1991, referente al protectorado y, finalmente por la 12/2006, de 1 de diciembre, de fundaciones de interés gallego. Esta norma de 2006 reconoce la adaptación de la ley gallega a la norma estatal de 2002 (“algunos artículos están redactados en conformidad con los preceptos de aplicación general de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones, con la única finalidad de dotar al texto de sentido e inteligibilidad”).

Hay tres aspectos esenciales en toda fundación: la voluntad de fundar¹¹, que plasma en los estatutos fundaciones; el patrimonio con el que el fundador dota la persona jurídica¹²; y la organización sin la cual la persona no puede funcionar, y de la que he hablado. La voluntad es fundamental, por lo que la organización en general y el patronato en concreto son servidores del fin fundacional, y le sirven con la afectación del patrimonio, más su actividad. El segundo elemento es el patrimonial (dotación y patrimonio), también mencionado. Y el tercero es la organización que tiene un órgano pluripersonal llamado patronato (compuesto al menos por tres miembros) y otros unipersonales, como son —necesariamente— el presidente del patronato y el secretario. El Presidente tiene que ser patrono y el secretario puede no serlo. Los miembros ejercen sus cargos gratuitamente, aunque son responsables solidariamente de los daños causados por decisiones que tomen en nombre de la fundación. Además del Patronato, con su Presidente y Secretario puede haber otros órganos y suele haberlos; de esta manera es frecuente que haya un tesorero, o un Vicepresidente del Patronato.

II. ¿Qué es la tutela?

Es una institución parafamiliar. Se construye a semejanza de la familia, asumiendo el tutor cargas semejantes a las que los padres tienen respecto de los hijos¹³. Es institución de representación legal permanente.

De los padres, dice el Código Civil que tienen las obligaciones de: “1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos y procurarles una formación integral. 2.º Representarlos y administrar sus bienes” (art. 154 C.c.). El tutor “está obligado a velar por el tutelado y, en particular: 1.º) A procurarle alimentos. 2.º) A educar al menor

11 Comp. Iñigo Martínez–Echevarría Castilla, “Constitución condicional de fundaciones: el respeto a la voluntad del fundador...” en *Constitución y extinción de fundaciones*, dir. Alicia del Real Pérez.

12 Un estudio sociológico que se ocupa de las fuentes de financiación de las fundaciones en la actualidad pone de relieve que las fuentes hoy proceden de dotación testamentaria, de donativos y de prestación de servicios remunerados. De entre ellas, las rentas del patrimonio dejado por el fundador son hoy las menos frecuentes, y se da entre las de mayor antigüedad pertenecientes a los ámbitos cultural y educativo. Las benéfico–asistenciales se han convertido en asilos y hospitales y tienden a financiarse a través de convenios con la Administración Pública. Son hoy más frecuentes las fundaciones conocidas como captadoras de recursos: son aquellas cuyo escaso poder económico determina la necesidad de buscar fuentes de financiación externa. Suelen ser de dotación inicial mínima y originadas a partir de un grupo de personas que previamente desarrollaban las mismas actividades pero a través de otras organizaciones (comp. Javier Cerrato Allende, trabajo citado, pag. 1581). Vid. María Eugenia Serrano Chamorro, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, 2ª edic., Madrid, 2003.

13 De Relaciones cuasi familiares hablaba Diego Espín Cánovas, *Manual...*, tomo IV, 1984, pp. 521 ss.

y procurarle una formación integral. 3.º) A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad. 4.º) A informar al juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración” (art. 269 C.c.). De la comparación entre las dos instituciones y las obligaciones que conllevan, resultan obligaciones bastante semejantes entre los padres y los tutores; hay diferencias en cuanto a tener al protegido en su compañía y a la obligación de alimentos (el padre debe alimentar y el tutor, procurarle alimentos)¹⁴. También en ambos casos hay representación legal permanente, si bien en el caso de la patria potestad con unas atribuciones más autónomas, que en el caso de la tutela, que está controlada por jueces y fiscales.

Se ocupa por tanto la tutela de la guarda y protección de los que no pueden gobernarse a sí mismos y que carecen de la guarda de los padres ¿Quién carece de la capacidad de autogobierno? Los menores, en primer lugar y los incapacitados luego (art. 222 C.c.).

A) TUTELA DE MENORES

Los **menores** se encuentran sometidos a tutela cuando no tienen establecida la filiación o teniendo padres han sido privados de ella por el juez por no ser aptos para ejercer la patria potestad. Esta tutela no requiere de un previo procedimiento judicial de incapacitación, pero no termina con el nombramiento de un tutor, porque se les somete a tutela por ser menores, no por ser incapacitados¹⁵. Hay que buscar, primero entre los familiares quien pueda encargarse del menor sin padres o con padres ineptos. Si no hay familiares entra en juego la asistencia social del Estado y es la Comunidad Autónoma, a través de los servicios sociales, la que asume la protección del menor¹⁶ que puede no ser permanente, sino con la duración necesaria para resolver el problema.

14 Artículo 123. Alimentos. A falta o por insuficiencia del patrimonio del pupilo, así como de parientes obligados a prestarle alimentos, el tutor debe procurárselos por otras vías y, en última instancia, sufragarlos él mismo.

15 Puede coincidir la doble circunstancia: minoridad e incapacitación judicial (comp. art. 201 C.c.). Cfr. María Ángeles Parra Lucán, Comentario del Título IX del Libro Primero (De la incapacitación), en Comentarios al Código civil, coordinados por J. Rams Albesa, Barcelona, 2000, pags. 1668 ss.

16 Bartolomé Vargas Cabrera, La protección de menores en el ordenamiento jurídico, Granada, 1994. Pedro de Pablo Contreras, “Comentario al artículo 172 Cc”, en Comentarios a las reformas del Código civil, Madrid 1993.

B) TUTELA DE INCAPACITADOS

Los **incapacitados**. Se someten a tutela cuando ha habido previamente un procedimiento judicial especial (Libro IV LEC, *De los procesos especiales*), con todas las garantías procesales, en el que el Juez determina la incapacitación de la persona que no puede gobernarse a sí misma y delimita el ámbito de capacidad de la que priva a la persona y la que conserva¹⁷; posteriormente como acto jurisdiccional distinto, se le nombra tutor¹⁸. Antes del procedimiento de jurisdicción voluntaria para el nombramiento de tutor (que puede evitarse, porque el procedimiento de incapacitación puede incluir el “nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz” “cuando se hubiera solicitado en la demanda”; comp. art. 759.2 LEC) debe haber precedido una declaración judicial de que no pueden gobernarse a sí mismos.

La privación de la capacidad es cuestión muy trascendente en Derecho. El incapacitado, para serlo, tiene que haber *sufrido* un procedimiento contradictorio, en el que alguien alega la incapacidad (legitimación en art. 757 LEC) y otro defiende la capacidad (art. 758 LEC); el juez, valorando las pruebas presentadas y practicando las que taxativa e inexorablemente establece la ley procesal y los dictámenes periciales necesarios o pertinentes que considere el juez, resuelve en sentencia lo que estime conveniente (art. 237 C.c.) en beneficio del incapacitado (art. 234 C.c.)¹⁹, y en caso afirmativo en qué grado incapacita. La aspiración del legislador es la de hacer una incapacitación a la medida de cada persona que no pueda autogobernarse (*tailored* dicen en lengua inglesa).

La realidad es bastante distinta. En todo caso, con la reforma de 1983 el juez debe pronunciarse sobre la capacidad de que priva al incapaz y resultado de ello será que hay un resto de capacidad que conserva, o que puede conservar. Debe afinarse mucho en esta materia, pues, insisto, la privación de la capacidad de obrar es tema muy relevante.

17 En todo caso hay ámbitos personalísimos que están sustraídos de la determinación judicial, y para los que la ley consiente una realización personal, si bien incluso para los que es oportuna una determinación judicial, el juez tiene que establecer “la extensión y los límites” (art. 760 LEC) de la incapacitación en función del “grado de discernimiento” del sujeto (art. 287 C.c.).

18 Título III LEC (1881) Del nombramiento de tutores y curadores y del discernimiento de estos cargos.

19 Este procedimiento está regido por el principio inquisitorio, de forma que el Juez no está vinculado por las peticiones de las partes, ni siquiera por las previsiones del propio incapacitable cuando conservaba su capacidad. Tiene autonomía para resolver lo que entiende más conveniente, si bien con el principio decisorio del superior interés del incapaz (*incompetent’s best interest*).

III. Relación entre minoridad e incapacitación

Pero los menores, en minoridad, pueden ser incapacitados, en cuyo caso sí hay incapacitación y tutela, que continuará cuando alcancen la edad de dieciocho años²⁰.

Si los menores con padres aptos son incapacitados en su minoridad, no se les somete a tutela, sino que siguen bajo la potestad de sus padres, potestad que se prorrogará cuando alcancen los dieciocho años y que solo cesará, y aparecerá la tutela si los padres llegan a situación de imposibilidad de ejercicio de la patria potestad prorrogada (rehabilitada, si eran naturalmente incapaces pero no fueron incapacitados durante la minoría de edad)²¹ bien por muerte, o por ausencia o incapacidad (quizá también inaptitud)²².

Cuando un menor se encuentra privado de asistencia moral o material, por incumplimiento o imposible ejercicio de los deberes paterno-filiales, y consecuentemente con ello ha sido declarado en desamparo, la Administración tiene que hacerse cargo del mismo y estaremos ante una tutela administrativa del artículo 172 del Código Civil (en la que no hay intervención ni decisión judiciales), en cuyo caso, al llegar a los dieciocho años hay que constituir la tutela conforme a las reglas ordinarias de este instituto²³.

IV. Incapacidad, discapacidad y dependencia

Hay que dedicar unas líneas sobre la distinción entre incapacidad, discapacidad y dependencia. Porque la terminología es importante, en cuanto que detrás de cada palabra hay situaciones personales muy distintas. La incapacidad, ya he dicho qué es. La discapacidad es una deficiencia psíquica, física o sensorial en unos grados determinados reglamentariamente y que tiene consecuencias en el orden fiscal, administrativo, educativo... La Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, en su

20 María Ángeles Parra Lucán La tutela de los menores en derecho catalán, RDP, 2003, pags. 423–460.

21 Jerónimo López Pérez, Prórroga y rehabilitación de la patria potestad, Barcelona, 1992.

22 Ver Ley de Derecho de la Persona, de Aragón, Artículo 40.– Excepción a la prórroga o rehabilitación. El Juez, no obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, atendidos el grado de deficiencia del incapacitado y la edad o situación personal y social de las personas a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, puede en su lugar acordar la constitución de la tutela o curatela.

23 Ver mi trabajo “Vacilaciones y dudas acerca del concepto de tutela introducido en el Cc por Ley 21/1987 (arts. 172, 222 y 239)” en Estudios homenaje a Jose Luis Lacruz, tomo 2º, pag. 2011 ss. Ampliamente José Luis Escudero Lucas, La tuición del menor abandonado (Artículo 172 del Código civil), Universidad de Murcia, 1995. María Ballesteros de los Ríos, El desamparo y la tutela de las entidades públicas, Madrid, 1997.

artículo 2º dice: “2. A los efectos de esta ley únicamente tendrán la consideración de personas con discapacidad:

- a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento.
- b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento.

3. El grado de minusvalía se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme”. La discapacidad psíquica está muy cercana a la incapacidad, pero su determinación es diferente, porque ya he dicho que la incapacidad la decreta el juez y la discapacidad el Centro de Valoración de Minusvalías, que emita un certificado de minusvalía, que puede tener trascendencia en ámbitos muy variados, por ejemplo, en orden al IRPF²⁴ o a la realización de oposiciones²⁵, o si es menor, a que sea atendido como persona con necesidades educativas especiales²⁶.

La discapacidad puede ser, también, física o sensorial²⁷ y se refiere a personas que padecen un menoscabo físico (por ejemplo, carecen de brazos o sufren diabetes); la sensorial como su nombre indica afecta a los sentidos y aquí entran los ciegos, los sordos (no parece que otros sentidos sean relevantes: el gusto, el tacto), para los que hay toda una política de supresión de los obstáculos que les imposibilitan comunicarse con los demás. Es lo que se denomina supresión de barreras. Si bien todos entendemos que son las arquitectónicas, hay otras muchas, porque un ciego o un sordo pueden subir escaleras, pero para leer o realizar muchas actividades necesitan que se eliminen aquellos obstáculos que no lo son para quienes vemos u oímos, pero que para ellos, son barreras²⁸.

Queda, en último lugar la dependencia que es la situación personal de quien necesita de otro para decidir acerca de cómo vivir y para desarrollar en forma autónoma las actividades básicas de la vida diaria. La dependencia, en la Ley de Autonomía Personal y de Prevención (Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia), es fundamentalmente

24 Ver Ley 35/2006, de 28 de noviembre del IRPF (art. 20.3, entre otros) y su Reglamento aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo.

25 Ver Ley 30/1984, de 2 de agosto y Reglamento aprobado por Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre por el que se regula el Acceso al Empleo Público y la provisión de puestos de trabajo para personas con discapacidad. Hay disposiciones particulares para determinadas oposiciones.

26 Por ejemplo Ley Orgánica 10/2002, de Calidad de la Enseñanza y otras posteriores.

27 Es fundamental el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración y Calificación del grado de minusvalía.

28 Fundamental la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

aquella situación que padece quien no puede realizar por sí solo las Actividades Básicas de la Vida Diaria. Yo entiendo que el dependiente por antonomasia es el recién nacido; pero la Ley es de mayores y, posiblemente, de los mayores de los mayores. Por ello está poco definida la situación de quien pudiendo realizar con autonomía las ABVD, necesita de otro para decidir, para elegir, porque su incapacidad no le consiente elegir adecuadamente, y necesita de otro que sustituya su voluntad y actúe por él y para él²⁹. No obstante la anterior afirmación es cierto que la Ley lleva en su título la “promoción de la autonomía personal”; esta inclusión se encuentra en una propuesta del CERMI, entidad muy preocupada por la deriva que venía produciéndose y que dejaba fuera de las previsiones legales a las personas con discapacidad. Consecuencia de ello es que la Ley recoge el concepto de autonomía, en el artículo 2º, 1, definiéndola como la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como desarrollar las actividades básicas de la vida diaria. La primera situación de las dos definidas contiene un elemento volitivo (querer vivir conforme a lo que el propio sujeto decida) que es el trascendente en lo que ahora interesa, porque existe una dependencia psíquica que consiste en la ausencia de la posibilidad de gobernarse.

V. ¿Qué son las fundaciones tutelares?

Son organizaciones altruistas que, por voluntad de su fundador, tienen afectado su patrimonio al ejercicio de la función tutelar propiamente dicha. Son organizaciones personificadas (personificación de entes carentes de corporeidad) que tienen, por voluntad de su fundador, la finalidad de ejercer tutelas, curatelas y defensas judiciales en beneficio de personas que no pueden gobernarse a sí mismas; con frecuencia las fundaciones tutelares están especializadas en el ejercicio de tutelas de personas con una afectación determinada. Insisto en decir que son organizaciones porque las fundaciones tutelares son más organizaciones que patrimonios personificados.

Es complicado explicar cómo una persona jurídica que, por definición, es un ente lógico, nunca ontológico, puede atender a una persona que no puede gobernarse por sí misma. Especialmente difícil es la obligación de “velar por el tutelado” (art. 269 C.c.).

29 Al final de la tramitación de la Ley de la Dependencia (como se conoce) se ha introducido en el art. 2.2 una frase para la dependencia psíquica: “...en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”. Los servicios que se enumeran en el art. 15, para la dependencia intelectual, no incluyen el servicio tutelar, y entre los grados de dependencia hay tres que pivotan únicamente respecto de la posibilidad de realizar con mayor o menor autonomía las ABVD.

VI. Historia de las fundaciones tutelares

Con la Ley de 24 de octubre de 1983 se introduce en España el sistema de tutela de autoridad, abandonando el anterior, en el que la tutela estaba encomendada a las familias. Cuando una persona se encontraba en situación de necesitar de otro para tomar decisiones y para gestionar sus bienes, el Derecho anterior a 1983 señalaba que debía ser una persona física, preferentemente familiar, quien asumiera el encargo de cuidar, proteger su persona y gestionar y administrar sus bienes. Había un órgano llamado *Consejo de familia* que nombraba tutor, vigilaba su actuación, autorizaba los actos que el tutor no podía hacer por sí solo. El Consejo de Familia se componía por las personas que el padre, o la madre en su caso, hubiesen designado en su testamento, y, en su defecto, por los ascendientes y descendientes varones, y por los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor o incapacitado, cualquiera que sea su número. Si no llegaren a cinco, se completará éste número con los parientes varones más próximos de ambas líneas paterna y materna; y si no los hubiere o no estuvieren obligados a formar parte del Consejo, el juez municipal nombrará en su lugar personas honradas, prefiriendo a los amigos de los padres del menor o incapacitado (art. 294-I, Código Civil, redacción original de 1889). Entre el tutor y el Consejo de Familia se interponía un llamado protutor, cuyas funciones venían señaladas, esencialmente, en el viejo artículo 239 del Código Civil.

Cuando la persona no tenía familiares (en la terminología del momento era **expósito**), y estaba internado en un Centro asistencial, eran los Jefes de las casas de expósitos los tutores de los recogidos y educados en ellas; también personas físicas. Pero la representación en juicio de aquellos directores, en su calidad de tutores, estaba a cargo del Ministerio fiscal (art. 212 Código Civil, original).

Desde 1983, se cambia el sistema de atención, basado en la familia, por un sistema en el que la delación se produce por decisión de la autoridad judicial y el propio juez, junto al ministerio fiscal, tienen la encomienda de la superior vigilancia de las tutelas. Ya no es el Consejo de Familia quien señala tutor, protutor, quien recibe las cuentas de la tutela, quien debe autorizar previamente los actos de extraordinaria importancia (en lo personal y en lo patrimonial); ahora es el Juez, oído el Ministerio Fiscal es el que nombra tutor, recibe la aceptación del encargo, el inventario, exige la fianza y la rendición de cuentas, y autoriza una serie de actos que el tutor no puede realizar sin previa autorización judicial o sin posterior aprobación. Desaparece la figura del protutor.

VII. El artículo 242 del Código Civil

El precepto (procedente de Ley 24-X-1983) dice que “podrán también ser tutores las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados”, cambiando las disposiciones hasta entonces vigentes que exigían que el tutor fuera una persona física y permitiendo que lo sea una jurídica.

Hay, por tanto, dos requisitos, siendo el primero la ausencia de ánimo de lucro³⁰, que se exige con todo rigor. De esta exigencia resulta que las personas jurídicas que persigan el lucro, no pueden ejercer tutelas. Quedan fuera de la posibilidad de tutelar las sociedades mercantiles, que se constituyen, precisamente, para obtener ganancias (no quiere decir que las obtengan, puesto que es perfectamente posible que una sociedad por la poca previsión de quienes la constituyen, o por circunstancias del mercado o por cualquier otra razón, tenga pérdidas; pero no se trata de que tenga ganancias o pérdidas; de lo que se trata es de que quienes celebran el contrato de sociedad lo hacen con el propósito de obtener lucro). Y, por el contrario, están en esa situación de ausencia de lucro las asociaciones y las fundaciones. Lo que no quiere decir que las fundaciones no puedan realizar actividades lucrativas, puesto que la actividad económica es una posibilidad para las fundaciones³¹, pero esta actividad no quiere decir que el fundador tenga ánimo de lucro, ni que los patronos le tengan. El lucro posible si se ejercen actividades económicas redundará en beneficio de las finalidades fundacionales. Esta posibilidad existe sólo en las fundaciones dotacionales, sin que se pueda aplicar a las fundaciones que son mera organización.

Hay personas jurídicas, respecto de las cuales hay dudas teóricas, como las cooperativas³², si bien entiendo que no pueden ejercer tutelas, porque en ellas predomina el aspecto societario. Se incluyen entre las personas jurídicas que pueden tutelar, las de carácter público; pueden tutelar tanto el Estado como las Comunidades Autónomas e

30 Este requisito era el único que se contenía en el Proyecto de Ley enviado por el Gobierno. En la tramitación parlamentaria, adoptando una enmienda, se introdujo en la Ponencia el segundo requisito de que entre sus fines figure la protección de menores e incapacitados.

31 Puso de relieve esta posibilidad Urbano Valero, *La fundación como forma de empresa*, cit. Posteriormente la Ley de Fundaciones de 1994, primero, y la de 2002 más tarde han incorporado la posibilidad de que las fundaciones ejerzan actividades económicas (vid, artículo 26. Actividades económicas). Ver también la monografía de Antonia Nieto Alonso, *Fundaciones: su capacidad. Especial consideración a la realización de actividades mercantiles e industriales*, Fundación Pedro Barrié de la Maza Conde de Fenosa, febrero 1996.

32 Ver las consideraciones de Bercovitz, Rodrigo, en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, pag. 362, donde se sostiene la necesidad de tener en consideración la función social que... “se explicita especialmente en el Fondo de Educación y Obras Sociales”.

incluso entes municipales (Diputaciones, de larga tradición en materia asistencial, y Ayuntamientos). Esta posibilidad está amparada por varios artículos de la Constitución Española, que ordena a los poderes públicos la protección de la infancia, la de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos y la de los ancianos³³ (arts. 39-4, 49 y 50). Como quiera que esta materia está transferida a las Comunidades Autónomas, que a su vez, en caso de ayuntamientos de más de 20.000 habitantes transfieren competencias a estos (*vid*, Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases del Régimen Local; deben verse también las leyes autonómicas de servicios sociales, porque es competencia transferida en virtud del 148.1.20 de la Constitución española) esas personas jurídico-públicas son las que pueden tutelar (Comp. Consulta a la Fiscalía General del Estado de 1988)³⁴.

El segundo requisito dice que debe tener entre sus fines el de la protección de menores o incapaces. Este requisito es de mayor flexibilidad: por una parte pueden tener como finalidad la protección de uno de los dos grupos de personas, o bien los menores sin que incluyan los incapacitados o bien los incapacitados, pero no los menores. También se entiende que pueden ser tutores las personas jurídicas que persigan fines asistenciales para grupos vulnerables de personas, por ejemplo (STS de 22 de julio de 1993). En el caso de fundaciones tutelares es frecuente que se especialicen en alguna de las afectaciones y no de las demás. Por lo que más conozco, en Castilla y León hay tres fundaciones tutelares importantes: la de personas con discapacidad intelectual, la de enfermos mentales y una tercera de mayores (FTCLDM, FECLEM y FUNDAMAY)³⁵.

La posibilidad del ejercicio tutelar por persona jurídica se ha concretado en fundaciones, en la figura concreta de persona jurídica tipo fundación y en personas jurídico-públicas (239-III, introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre). Sin desconocer que hay bastantes tutelas ejercidas por asociaciones. La posición de las Asociaciones y de las Fundaciones es distinta, porque se puede afirmar empíricamente que las Asociaciones

33 Esta protección puede ser tutelar. En ocasiones, tiene que serlo.

34 “La atribución de las funciones tutelares sobre un incapaz mayor de edad a una Administración Autonómica, tras el rechazo no amparable en excusa legal por parte de los familiares, es el supuesto que da lugar a la consulta elevada.” Después de señalar las figuras jurídico públicas existentes, desde el Instituto Almeriense de tutelas de 1990 (que creó la Diputación almeriense), se plantea si se puede encomendar la tutela a las Administraciones públicas que no tienen ningún ente creado específicamente para esta función. La contestación de la Fiscalía General del Estado es afirmativa.

35 Rodrigo Bercovitz (Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela) y José Manuel Lete del Río (Comentarios al Código civil y Compilaciones forales) sostienen una postura como la del texto; por el contrario García Cantero cree que la exigencia debe cumplirse con mayor fuerza (“El nuevo régimen jurídico de la tutela” RGLJ, 1984). Muñiz Espada se orienta hacia la primera postura (Las personas jurídico-privadas tutoras).

ejercen tutelas de forma esporádica y ocasional, mientras que entre las Fundaciones las hay que sólo se dedican, de forma exclusiva, a ejercer la guarda y protección de aquellos que les resultan encomendados por la autoridad judicial.

Ejemplos de la solución de ejercer tutelas a través de fundaciones constituidas por la Administración autonómica son: la **Fundación Gallega para la Tutela de Adultos**. Se constituyó en el año 1996 por las Consellerías de Sanidade y Servicios Sociais y de Familia y Promoción de Empleo, Muller e Xuventude, como ente estable y especializado, con exclusiva y constante dedicación en el ejercicio de las tutelas, curatelas y defensas judiciales atribuidas a la Xunta de Galicia por los órganos jurisdiccionales, respecto de aquellos mayores de edad, incapacitados legalmente o incurso en un procedimiento de incapacidad, carentes de familia, personas o instituciones idóneas para su protección, encontrándose en situación de desamparo. También puede mencionarse la **Fundación Tutelar de La Rioja**; se constituye, por iniciativa pública en el año 2003, entidad sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el desempeño de los fines atribuidos, entre otros: el ejercicio de la tutela y curatela de las personas mayores de edad incapacitadas judicialmente, cuando la autoridad judicial encomiende dicho ejercicio a la Comunidad Autónoma así como la administración de sus bienes y la guarda y protección de los bienes de los menores desamparados tutelados por la Comunidad Autónoma de La Rioja.

Son Fundaciones sin patrimonio, predominando en ellas el aspecto organizativo, que reciben sus recursos, no del patrimonio del que carecen, sino de aportaciones anuales de la Consejería correspondiente de la Comunidad Autónoma respectiva.

Esta es una fórmula de explicitación del encargo constitucional: constituir un ente que se encargue de tutelar y que no se incluye propiamente en el organigrama de la Comunidad Autónoma correspondiente. El otro sistema es el de reconocer la existencia de fundaciones tutelares constituidas por iniciativa privada, a las que el ente autonómico también subvenciona, para que ejerzan las tutelas de quienes carecen de persona física que tutele. La que mejor conozco, que es la castellano y leonesa, es de 1991.

La primera fundación tutelar, en el tiempo, del segundo tipo, es la guipuzcoana Aztegi, que se constituye con el otorgamiento de la escritura fundacional el día 28 de diciembre de 1983, (día de los Santos Inocentes; no me resisto a mencionar que con esta denominación de *inocentes* se calificaba en otro tiempo a los minusválidos psíquicos) dos meses después de la fecha de la ley. Han seguido más tarde muchas otras fundaciones, que unas tienen un ámbito de actuación provincial, otras municipal y otras autonómico.

Las más grandes son la catalana Aspanias y la castellano y leonesa (FTCLDM), que tienen la primera alguno más de trescientos tutelados y la segunda poco menos de trescientos. Estas citadas y otras fundaciones tutelares hermanas son creación de FEAPS (Federación Española de Padres de Subnormales; hoy denominada Federación Española de Personas con Discapacidad Intelectual). Los padres de las personas con retraso mental tenían y tienen la preocupación de que va a ser de sus hijos cuando ellos falten. Con esta inquietud alentaron la creación de fundaciones tutelares para que se ocuparan de la guarda y custodia de sus hijos cuando ellos fallecieran. La fuerza del movimiento asociativo de personas con discapacidad intelectual propició la reforma legislativa y la introducción del artículo 242 en el Código Civil.

VIII. Dificultad para adoptar la tutela al supuesto de que sea ejercida por una fundación

El articulado del Código está pensado para personas físicas, lo que se advierte bien en los artículos que se ocupan de la delación de la tutela. El orden de personas a quien el Juez tiene que ofrecer el ejercicio de la tutela son: el designado por el propio tutelado, el cónyuge, los padres, la persona designada por los padres en testamento, el descendiente, ascendiente o hermano y el que por sus relaciones con el tutelado designe el Juez (arts. 234 y 235). Todos estos, en principio son personas físicas. No quiere ello decir que el propio incapaz haya designado, cuando conservaba capacidad, a una fundación para le tutelara, si era incapacitado judicialmente; también es posible que los padres, en testamento, designen como tutor a una fundación (tutela testamentaria).

Se ve también que el Código sigue pensando en una persona física, en el caso de las excusas de la tutela del artículo 251-I, “será excusable el desempeño de la tutela cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase entre tutor y tutelado o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo”.

Es también muy significativo de lo que estoy exponiendo lo relativo a las condiciones personales requeridas para el desempeño de la tutela (ver arts. 243 y 244).

El legislador se ha olvidado de las personas jurídicas en la relación de los que tienen el deber de asumir la tutela ofrecida por el Juez. El 234 no menciona a las personas jurídicas. Hay, sin embargo un señalamiento de asunción de tutela *ministerio legis* en el 239-III, respecto de una persona jurídica pública, sin mencionar quién es. Esto puede

significar, en una primera aproximación, la muerte de las fundaciones tutelares, por la atribución automática a la *entidad pública* de la tutela de los mayores desamparados.

IX. Guarda y protección de las personas desamparadas

La situación de los más vulnerables es la siguiente: si un menor no tiene quien le cuide o recibe unos cuidados muy deficientes o directamente perjudiciales, y que no tiene quien le ampare, de forma que se encuentra en situación de *desamparo*, la Administración autonómica decretará —administrativamente— el desamparo (antes se decía abandono). La resolución declarando a un menor en situación de desamparo conlleva, de acuerdo con lo que dispone el art. 172 C.c., la asunción automática de la tutela administrativa por parte de la entidad pública (generalmente los servicios sociales). En el Derecho civil de Galicia, el artículo 7 de la Ley de 2006, tiene una norma semejante, si bien menos farragosa que el artículo 172 del Código Civil.

Esta tutela tiene poco que ver con la tutela ordinaria, porque en ella no hay delación (no existe una resolución judicial señalando a los servicios sociales tutores), no hay inventario (que en la tutela ordinaria es imprescindible, aunque fuere negativo), no hay rendición anual de cuentas (que, a pesar de su nombre, incluye también indicaciones acerca de la situación personal de la persona que se tiene encomendada), tampoco hay inscripción registral y termina automáticamente por la llegada del menor a la mayoría de edad. Por todo esto, prefiero hablar de servicio asistencial del Estado, en lugar de hacerlo de tutela³⁶.

Esta llamada tutela automática o administrativa no se ejerce, teóricamente, por la propia Junta o Xunta, ni por los Servicios Sociales, sino que el legislador, bien advertido, señala que “la guarda” del menor desamparado se hará a través de la figura del acogimiento, familiar, preferentemente, y si no hay familia de acogida o, cuando no se encuentra familia dispuesta, a través del acogimiento residencial (artículo 172-3 del Código Civil y artículo 14 de la Ley del Derecho civil de Galicia), esto es de un Centro en el que se encuentre internado. Es decir, se busca para el menor que estaba desamparado y que se *tutela* una familia y, cuando no es posible, un Centro. Se procurará no separar a los hermanos.

Si quien se encuentra en situación de desamparo es un mayor, lo cual jurídicamente es muy difícil de construir, porque nadie tiene obligación de amparar a los mayores,

36 Debe verse sobre esta especial tutela la obra de José Luis Escudero Lucas, La tuición...citada.

(podría únicamente ser un tutelado, a quien su tutor deja de prestar atención) pero que sociológicamente se entiende bien, el art. 239-III Código Civil (procedente de 2003) encomienda *ex lege* la tutela a la entidad pública, sin decir cuál sea esta³⁷.

Esta tutela de la fantasmagórica entidad pública es una tutela ordinaria —la cuestión no es del todo segura, pero esta es mi opinión y la práctica judicial—, de forma que debe haber un procedimiento de incapacitación, una delación, un inventario, una rendición de cuentas. Ya se han pronunciado los tribunales en torno a esta figura y lo han hecho en el sentido que les señalo³⁸. Un mayor desamparado, a lo que entiendo, sólo puede ser aquel que estando sujeto a tutela, queda sin guarda y protección, por ejemplo, por muerte del tutor, y mientras no se provea al nombramiento y aceptación de un tutor nuevo. En estos casos de desamparo de un mayor (que no es una persona que esté en el estado civil de mayoría, sino en el de incapacitación), corresponde a los Servicios Sociales, la atención inmediata de la persona: recogerle en algún Centro o Residencia, alimentarle, en general. Pero para actuar como representante del incapacitado desprovisto —por la razón que sea de tutor— requiere de una encomienda de la autoridad judicial y posterior toma de posesión del cargo.

Lo que se pretende afirmar, es que ante una situación de desamparo sea de menores de dieciocho años o de mayores de esa edad, las Administraciones Públicas tienen que actuar para guardarle y protegerle, aunque no para representarle, porque, incluso en caso de menores “serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en representación del menor y que sean beneficiosos para él” (artículo 172.1-II *if* del Código Civil y artículo 9.2 de la Ley del Derecho civil de Galicia). Esto evidencia, a mi modo de ver, que la *tutela* de los desamparados menores de dieciocho no es tal, porque es de esencia de la tutela la potestad representativa por contraste con la curatela que tiene sólo potestades asistenciales.

X. Aplicado literalmente el 239–III supone la muerte de las fundaciones tutelares

Con el art. 239-III se cierra el círculo, porque si no hay persona física y el necesitado de guarda y protección es menor, se encomienda su guarda a la entidad pública que en

37 Las monografías sobre el desamparado de Ballesteros de los Ríos y de Vargas Cabrera no contemplan el abandono (desamparo) de un mayor. Peña Bernaldo de Quirós, en su Derecho de Familia, plantea si un emancipado puede quedar desamparado.

38 Hace interesantes consideraciones Jacinto Gil Rodríguez, “La “Entidad Pública” y las “Instituciones privadas” en la tutela de incapaces desamparados”, Protección jurídica del discapacitado. II Congreso Regional, Titant lo Blanch, Valencia, 2007, pags. 21 ss.

el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores (art. 172 C.c.) y si es mayor se encomienda a esa entidad que no se define concretamente y que en muchas Comunidades Autónomas no existe. De acuerdo con esto, sólo cabría la tutela por fundación cuando haya autodelación de la tutela o designación testamentaria.

La autodelación de la tutela en favor de persona jurídica es un supuesto teóricamente posible, pero sociológicamente raro porque los tutelados por persona jurídica suelen ser incapaces *nunc et semper*; nacen con discapacidad intelectual y mueren con ella, porque la Medicina no ha encontrado remedios para el retraso. En el caso de la fundación tutelar de mayores la situación es distinta, porque muchas veces la afectación surge con el paso del tiempo, porque la Medicina nos ha alargado la vida, pero no tanto la calidad de la vida, y con el paso del tiempo vienen demencias, alzheimer, parkinson, demencia senil y otras de este tipo que hacen que una persona que era plenamente capaz, con el paso del tiempo devenga progresiva e inexorablemente incapaz.

La tutela testamentaria es situación no excesivamente frecuente, pero sumamente interesante, y que previsiblemente vaya a ser fuente de tutelas por fundaciones en un futuro. Los miembros de FEAPS, que impulsaron la figura de “tutor-persona jurídica”, con posterior respaldo legal, aun viven, y no sería difícil que hayan hecho testamento nombrando tutor para sus hijos, señalando que ejerza el cargo alguna fundación tutelar.

Tampoco es descartable que, dada la especialización de las fundaciones tutelares, personas aquejadas de demencia, en estadios iniciales de la afectación, señalen como tutor para ellos mismos, a una fundación que conoce perfectamente la enfermedad y su cuidado.

No obstante lo enunciado anteriormente, es posible que las fundaciones tutelares puedan seguir teniendo una vida próspera, en el no siempre grato ejercicio de las tutelas. Pues, a lo que entiendo, la tutela de la entidad pública del 239-III, siendo de obligatoria aceptación, no es situación que deba prolongarse en el tiempo. Cabe excusa, no mencionada expresamente en el Código Civil, ya que la persona jurídica tutora sólo puede excusarse por falta de medios que, por definición, la Administración pública no puede alegar. Pero, en aras del beneficio del tutelado, puede presentarse ante el Juez que lleve la concreta tutela, una persona física o jurídica que ejercerá mejor las funciones tutelares que la propia Administración pública y como en esta materia preside el principio del mayor interés del incapaz, puede el Juez admitir una excusa sobrevenida, en beneficio del incapaz, y la atribución a una persona jurídica de carácter privado, o sea a una fundación tutelar.

XI. Ventajas e inconvenientes de la tutela por persona jurídica

En la tutela por persona jurídica hay ventajas y desventajas. Comenzando por las segundas, debe decirse que la tutela por fundaciones no es lo más deseable, pues siempre es mejor para el incapacitado que exista una persona física que la cuide y proteja, estando cerca de él y que se ocupe de su patrimonio. Por eso la tutela por una fundación es siempre subsidiaria de la existencia de alguien persona física que, en el mejor beneficio del tutelado, asuma el encargo. Cuando no hay persona física, debe entrar en juego la jurídica que, siendo siempre peor que la anterior, tiene el beneficio de la permanencia en el tiempo de la persona jurídico-fundacional y la de la especialización.

La persona física tiene una vida finita, limitada en el tiempo y siempre incierta en cuanto a duración; la jurídica, por el contrario, no puede morirse, aunque sí extinguirse; presumiblemente, las personas jurídicas tienen una vida más prolongada que la del propio tutelado, cosa que no ocurre con el tutor persona física, que con frecuencia es persona de mayor edad que el tutelado.

La segunda ventaja es la de la especialización que consiente un ejercicio tutelar acomodado a la afectación que ha llevado a la persona a ser declarada incapacitada judicialmente. En el caso del mayor dependiente, que suma a su dependencia una discapacidad psíquica de la clase de las demencias, se ha señalado ya lo oportuno del ejercicio tutelar por quien conoce la enfermedad, está al día de los avances médicos para su tratamiento y, sobre todo, conoce y aplica diariamente los cuidados y atenciones acomodadas al tipo de demencia. Estas consideraciones hacen que las Asociaciones que constituyen los familiares de enfermos afectados sean muy adecuadas para tutelar a aquellas personas afectadas por el tipo de demencia del que la Asociación de que se trate se ocupa.

Lo anteriormente señalado hace referencia al cuidado de la persona, que es una de las facetas de quien ejerce una tutela (“guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes...”; artículo 215 del Código Civil). La guarda y protección de los bienes, y, más en general el cuidado de los aspectos patrimoniales³⁹ se puede ejercer de manera más especializada por una persona jurídica que, en general, por una persona física. En efecto, como luego se dirá, entre los departamentos de una fundación tutelar hay uno que se ocupa de lo patrimonial, a cuyo frente suele haber una

39 Gestión y administración de los bienes, inventario, rendición anual de cuentas, gestión de pensiones –especial consideración de las establecidas en la LAPPD–, administración de su dinero, aceptación de sus herencias...

persona que, por su formación, tiene competencia profesional para esta actividad, y hay otro departamento jurídico, que asimismo, es más competente, en principio, que una persona física para resolver los problemas jurídicos que le puedan surgir al tutelado. Hay especialidad en la tutela fundacional, respecto de la ejercida por persona física; especialidad que aporta ventajas.

En resumen, en lo que se refiere a la guarda y protección de la persona, siempre es mejor que la tutela la ejerza una persona física, pero en la guarda y protección de los bienes es, en principio y como regla, que la tutela sea encargada a una persona jurídica especializada en el ejercicio de tutelas, curatelas y defensas judiciales.

XII. Diferencias entre las dos clases de tutores

En el aspecto personal, hay diferencias. El tutor no tiene obligación legal de tener en su compañía al tutelado. Si la tutela la ejerce el cónyuge o un familiar (comp., artículo 234, 2º 3º y 5º del Código Civil), puede tener consigo al incapacitado, incluso puede tener la obligación de tenerle consigo (*vid.*, artículo 68: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos...”) pero también puede internarle, con autorización judicial, en un establecimiento de salud mental (artículo 271, 1.º Código Civil).

Esta alternativa no la tiene la fundación. Porque la fundación no vive en ningún sitio, al carecer de cuerpo, ni tiene manos que acaricien, ni labios que besen, ni boca que hable. Para remediar esta carencia, se han inventado los llamados **delegados tutelares**. Estos llamados delegados tutelares con desafortunada expresión, porque la tutela no es delegable, son voluntarios, (están bajo el amparo de la Ley del Voluntariado; Ley 6/1996, de 15 de enero) que, altruistamente, asumen las obligaciones de visitar y atender afectivamente al tutelado.

En el organigrama ideal de una fundación tutelar, hay en primer término la fundación tutora, que es quien decide por el tutelado, salvo “en aquellos actos que pueda realizar por sí solo” (artículo 267 del Código Civil). La actuación del tutor se efectuará unas veces solo, y cuando no pueda hacerlo por sí mismo él solo, con autorización judicial. En segundo lugar un Centro donde reside el tutelado, que puede ser centro específico en sí mismo, o bien un piso tutelado, o una vivienda normal en alquiler, dependiendo del grado de autonomía o de capacidad que le reste al incapaz. En tercer lugar hay un delegado tutelar que atiende los aspectos más sensibles, como pueden ser sacar al tutelado los días festivos, o bien llevarle a su casa a comer, o llevarle al fútbol o al cine, si le gusta, hacerle un regalo el día de su santo, etc. Este tipo de atenciones son de especial

importancia, especialmente cuando mayor sea el grado de afectación que le impida el autogobierno, pues posiblemente la expresión de afecto sea la última capacidad que se pierde. Por otra parte, muchos discapacitados psíquicos son especialmente sensibles a las muestras de afecto.

Permítanme un ejemplo. Una tutelada clasificada como sorda y, en consecuencia, carente de habla, que tenía un delegado tutelar llamado Melchor, que iba a visitarla una vez por semana y como no se podía comunicar con ella, le ayudaba a merendar, y la llevaba algún pequeño obsequio. Un día estando solos la tutelada y Melchor en el comedor del centro, oye pronunciar su nombre. Era la incapaz, que en realidad no era sorda, sino que tenía un mutismo selectivo por carencia de afecto. En cuanto lo recibió empezó a hablar.

XIII. Funcionamiento de la tutela por persona jurídico–fundacional

Para la asunción del cargo tutelar es preciso acuerdo expreso del Patronato. Decide el Patronato en vista de la designación judicial, que se materializa inicialmente como una propuesta de asunción de la concreta tutela. La decisión se efectúa en función de la condición de beneficiario de la fundación. Así la de deficientes mentales, sólo tutela a personas con discapacidad psíquica, para entendernos, personas con retraso mental, y no a enfermos mentales.

Sin embargo, para el ejercicio ordinario de las tareas del cargo de tutor, una vez asumida la tutela por el Patronato en pleno, decide el Presidente por sí solo. Puede incluso delegar en el Director del Centro donde se encuentre internado para las cuestiones menores, como la entrega de dinero de bolsillo, o el llevarle al médico en una enfermedad ordinaria (lo cual, por otra parte es bastante operativo, en una fundación como la castellano y leonesa que tiene un ámbito geográfico muy extenso; si para llevar al incapaz al médico, tuviera que desplazarse un asistente social, podría agravarse la enfermedad, por lo que es conveniente que rápidamente se atienda esa necesidad desde el centro, con mayor eficacia).

Para atender actos especialmente trascendentes, es preciso el acuerdo del Patronato en pleno. Por ejemplo, para decidir la venta de un inmueble o instar una ligadura de trompas o una vasectomía. No parece adecuado eliminar la pulsión sexual, pero parece conveniente que no tenga la consecuencia de engendrar hijos. Hemos tenido que ver en la castellano y leonesa una petición de una tutelada de interrumpir su embarazo. El acuerdo fue que una decisión de ese tipo excedía de las atribuciones del tutor, por lo

que canalizamos al Juzgado la petición, clarísima, de la tutelada embarazada, y fue la autoridad judicial la que decidió. Otra situación singular, semejante a la resuelta por la STS de 27 de febrero de 1999 y la del TC 311/2000 de 18 de diciembre⁴⁰, es el caso de la separación matrimonial. En el caso de que se planteó ante los tribunales y que llegó hasta el Constitucional, era de abuso patrimonial por parte del marido estando la tutela de la incapaz encomendada a la madre. El tutor, teóricamente, no puede separar a personas casadas, ni divorciarlas, no puede sustituir la voluntad de la incapaz por la suya propia en estos casos; pero tampoco puede permanecer pasivo ante situaciones de abuso patrimonial, o en el caso de la castellana y leonesa de malos tratos. El juez dispuso, no en función de representación, sino actuando en interés y beneficio del tutelado y al tener, por mandato de la Ley, interés legítimo, la autorización para instar una separación matrimonial (se hace al amparo de la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución) o la interrupción del embarazo.

En la fundación tutelar hay separación máxima entre el patrimonio de la fundación y el de los tutelados, y los de estos entre sí, de forma que no puede aplicar un excedente patrimonial de un pupilo a satisfacer necesidades para otro tutelado que carece de medios. Sí puede, sin embargo, aplicar la parte de los rendimientos de los bienes de la fundación (el 70 % de los beneficios que tenga tienen, por disposición legal, que ser aplicados al cumplimiento de los fines fundacionales; artículo 27 de la Ley de Fundaciones 50/2002) a la atención de los tutelados.

Hay singularidades en lo que se refiere a la dotación de la fundación. Suele ser la mínima, que sólo se exige desde la Ley 50/2002, por lo que como antes no se exigía dotación mínima, suele ser pequeñísima (con lo que se destaca el aspecto organizativo sobre el patrimonial). Viven de las subvenciones de los entes autonómicos encargados de los servicios sociales, que unas veces son generosos y otras son tacaños. Hay Comunidades Autónomas que han establecido un sistema de módulos, de forma que se bareman las dificultades para el ejercicio del cargo tutelar, estableciendo varias categorías, y una vez hecho esto, se multiplica el número de tutelados por la categoría que a cada uno corresponda. De esta manera la tutela puede ejercerse con relativa facilidad, desde el punto de vista económico. La otra fórmula es la de asignar una cantidad única, sea cual sea la dificultad para ejercer las tutelas y el número de tutelados. Esta cantidad no suele

40 El Tribunal Constitucional decide con ponencia del Magistrado D. Vicente Conde Martín de Hijas quien, curiosamente, formula un voto particular a la misma sentencia. (Ver la sentencia en BOE de 16 de enero de 2001).

ser generosa, por lo que las fundaciones tienen que vivir en una parte importante de las retribuciones que los juzgados asignan a la fundación por el ejercicio de la tutela.

La general actividad subvencionadora de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas revela el carácter de servicio social que tiene el ejercicio de tutelas⁴¹. El apoyo que las Fundaciones Tutelares prestan es el servicio social tutelar. Entiendo que el ejercicio de la tutela puede configurarse como un servicio social, y así viene entendiéndose por la legislación española, que, para los menores desamparados, presta a través de la tutela administrativa del artículo 172 del Código Civil, que ejercen los responsables de los servicios sociales de la correspondiente Comunidad Autónoma; y como servicio social tutelar puede entenderse la nueva tutela por la “entidad pública” de la que habla —para los mayores desamparados— el artículo 239 del propio Código (ya hay varias resoluciones judiciales que atribuyen esa tutela nueva del 239 a las Gerencias de Servicios Sociales). FEAPS incluye entre su “Cartera de Servicios”, la tutela.

¿Qué quiere decir que los Servicios Sociales ejerzan esas tutelas? Lo que, en mi opinión, se quiere decir es que el apoyo del incapacitado que carece de familiares, o de personas jurídico-privadas que estén en condiciones de ejercer la tutela, se encomienda, como servicio social, a quien tiene por ley este cometido. Este es un tema de algún calado, porque si no hay nadie de entre los señalados en el artículo 234 para ejercer la tutela (en la relación no se mencionan a las personas jurídicas que carezcan de ánimo de lucro y entre cuyos fines esté encomendada la protección de menores e incapaces —art. 242 C.c.—) el legislador entiende que la protección tutelar inmediata tiene que ser asumida por esa ignota “entidad pública”.

XIV. La retribución

Este tema de la retribución tiene alguna problemática pues hay una tendencia en el Derecho comparado —que no voy a referir en este momento— y en el Derecho español foral que inciden en esta cuestión. El Derecho de la Persona, de Aragón⁴² en este punto, afirma en el artículo 88-3, que “las funciones tutelares se ejercen de forma gratuita si no ha establecido expresamente una remuneración”.

41 La tutela, dice la reciente reforma francesa del Código civil (Ley nº 2007-308, de 5 de marzo), que se encuentra en *vacatio legis* (la entrada en vigor es 1º de enero de 2009), dispone en el artículo 394 que la tutela de los menores es una carga pública (*charge publique*). Y para los mayores protegidos, el artículo 415 finaliza señalando que “Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique”.

42 Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, de Aragón.

Para las fundaciones tutelares y en consideración a la afirmación hecha anteriormente, de que gran parte de los gastos fundacionales se afrontan con las retribuciones de las tutelas, la cuestión es de alguna trascendencia, en vista también de una amenaza que ha anunciado la Sala de lo civil del TSJ de Castilla y León, de que la fundación tutelar puede no tener derecho a retribución, argumentando que, por definición, para el cumplimiento de los fines, debe tener un patrimonio adecuado y suficiente. A lo que entiendo la retribución no se concede por el patrimonio del tutor, sino por el ejercicio de la tutela y debe estar en función de la cuantía del patrimonio del tutelado y de la dificultad mayor o menor de gestionar y administrar sus bienes.

XV. Servicios que debe tener cualquier fundación tutelar

La fundación tutelar tiene necesariamente tres servicios en su plantilla de empleados: el primero es el social, que procura la elección del lugar en que el tutelado vaya a residir y la vigilancia de los cuidados que en el centro se le prestan. El segundo servicio es el económico encargado de llevar las cuentas, separadamente para cada uno de los tutelados, y de confeccionar y presentar la rendición anual de cuentas. Debe existir también un servicio jurídico, para cuidar de aquellas vicisitudes de este carácter que en el ejercicio de la tutela pueden surgir.

XVI. Singularidad de la tutela cuando es ejercida por una fundación

El cuidado inmediato de la persona se encomienda a un Centro. Las fundaciones tutelares (no todas) carecen de centros. La red FEAPS sí los tiene, por lo que en numerosas ocasiones los pupilos están en centros de la red FEAPS. Las fundaciones incluidas en la Asociación española de fundaciones tutelares tienen como filosofía tutelar, no cuidar. En el buen entendimiento que ejercen mejor sus funciones tutelares si no tienen que exigirse a sí mismas la prestación de las atenciones que el pupilo requiere. Sí pueden, fácilmente, exigir las a un centro ajeno.

La gestión y administración de los bienes es la tarea más fácil, y no tiene especialidad respecto de la tutela ejercida por persona física. Es el servicio económico el encargado de realizar esta tarea. En ocasiones se entremezcla el servicio jurídico. Conozco casos de tutelados que tienen tarjetas de crédito, porque su afectación no revela la incapacidad, o esta es leve, aunque estén incapacitados, y las entidades de crédito conceden tarjetas con una gran facilidad. Hay que intervenir desde los servicios jurídicos porque la incapacidad inhabilita al incapaz para concluir contratos. Hay que intentar la nulidad de los contratos, lo que es tarea jurisdiccional.

XVII. La LAPPD y la tutela

La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, de 2006, trata de la discapacidad psíquica y de la enfermedad mental, y también del tercer sector en este campo de atención. En la Exposición de Motivos, en el número 2, se habla de la “colaboración especial del tercer sector” en los servicios sociales y afirma que “es un hecho indudable que las entidades del tercer sector de acción social vienen participando desde hace años en la atención a las personas en situación de dependencia y apoyando el esfuerzo de las familias y de las corporaciones locales en este ámbito. Estas entidades constituyen una importante malla social que previene los riesgos de exclusión de las personas afectadas”.

En materia de tutela, la atención económica que requiere la guarda y protección se hace con cargo al patrimonio del tutelado. En este ámbito se incluye en la LAPPD, en su Exposición de Motivos (número 3) que “...los beneficiarios contribuirán económicamente a la financiación de los servicios de forma progresiva en función de su capacidad económica, teniendo en cuenta para ello el tipo de servicio que se presta y el coste del mismo”. Los gastos de la tutela son afrontados con el patrimonio del propio sujeto por lo que no parece que en el ámbito de la discapacidad intelectual y de la enfermedad mental, ni tampoco en el de las demencias, que provoquen el sometimiento a tutela, esta previsión del llamado *copago* aporte novedad alguna.

Y en lo personal, se habla de *apoyos* para su autonomía personal. Hay personas que necesitan apoyos para decidir cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias⁴³. El baremo que aprueba el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, incluye anexos que establecen cómo efectuar la valoración de la dependencia psíquica, y se refiere constantemente a la necesidad de apoyos. En todo caso, la impresión que se tiene es la de que la perspectiva de la Ley de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia es social y no tanto jurídica. Los apoyos pueden ser contemplados en relación con la búsqueda y atribución de plazas residenciales o de Centros para menores dependientes psíquicos⁴⁴. Pero la perspectiva jurídica está aún sin afrontarse plenamente. Las fundaciones tutelares tienen una importante misión en el sentido de concienciar de que la tutela, en sí misma considerada, es un servicio social que necesita ser apoyado.

43 Parece un poco pretenciosa la idea del legislador de procurar que la persona dependiente pueda ser apoyada para vivir de acuerdo con sus preferencias. A lo que entiendo, la forma de vivir se plantea de acuerdo con las posibilidades, no con las preferencias.

44 El artículo 15. 1 e), ii) señala entre los servicios, “Centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad”.

XVIII. El tercer sector y la LAPPD

Por lo que al tercer sector se refiere, éste es definido en el artículo 2, número 8, de la siguiente manera: “organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales”. Aquí entran de lleno las fundaciones tutelares que cumplen plenamente los requisitos que se predicen de este llamado “tercer sector” o “sector no lucrativo”. La expresión “tercer sector” es más sociológica que jurídica. En la perspectiva del Derecho deberíamos hablar de Asociaciones y Fundaciones, que son, precisamente, las formas jurídicas a través de las cuales la iniciativa privada afronta problemas sociales en colaboración con las autoridades públicas.

XIX. LAPPD, art. 29. Programa individual de atención

En el marco del reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes, los servicios sociales correspondientes del sistema público, establecerán un Programa Individualizado de Atención en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le represente.

XX. Superación de la perspectiva de la LAPPD, como una ley de mayores, exclusivamente

La Ley de la Dependencia de 2006 es una ley de mayores⁴⁵. A la edad acompaña con demasiada frecuencia una necesidad de atención por tercera persona, en lo que se refiere a las ABVD. Pero, además a la dependencia “física”, con frecuencia se superpone otra psíquica, porque el mayor dependiente padezca una afectación en la psique que le

45 La iniciativa de esta Ley procede de la iniciativa de las Asociaciones de familiares de enfermos de Alzheimer, que es demencia que suele aparecer en edades avanzadas. Es muy significativo de este enfoque el libro de José Luís Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete, María Nieves Moreno Vida, Juan Antonio Maldonado Molina y Rosa M^a González de Patto, La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, Comares, Granada, 2007. Sin menoscabar la valía de la obra, hay que reseñar que el título de la Ley de 2006 está mal transcrito, ya que no es de protección sino de promoción.

impida el tomar decisiones con autonomía. Lo cual es grave porque puede dar lugar a abusos, en lo económico. Sobre esto hay literatura en inglés (acerca del llamado *elder abuse*) y en castellano⁴⁶. Los abusos a veces son físicos, otras son morales, y pueden también afectar a lo económico.

El cuidado personalizado y constante de un tercero crea una situación en las personas mayores que supone la necesidad de recurrir constantemente a su cuidador, y ello supone una estrechísima relación entre cuidador y cuidado, no sólo en lo material, sino también en lo psíquico, que puede ser usado de diferente modo por el cuidador. Puede comportarse correctamente y atender a todos los aspectos de la persona, pero puede comportarse de forma poco correcta o directamente incorrecta, y si el cuidado conserva su capacidad, por no haber sido sometido a un juicio y declarado incapacitado, podrá disponer de lo suyo libremente. La consecuencia no es difícil de imaginar. La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, no aporta soluciones específicas para estas situaciones, aunque tampoco quedan excluidas. Se trata de afinar las prestaciones sociales, de manera que se incluya la tutela como un servicio social más.

46 Isabel Iborra Marmolejo (ed.), *Violencia contra personas mayores*, Ariel, Barcelona, 2005, con amplia bibliografía al final de la obra.