

**PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 239.3 DEL  
CÓDIGO CIVIL. LA TUTELA *EX LEGE* DEL MAYOR DE EDAD  
EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.**

**Antonio Legerén Molina**

*Doctor en Derecho. Investigador del Área de Derecho Civil.  
Universidade da Coruña.*

**RESUMEN:**

El presente artículo pretende dilucidar, de una parte, los sujetos a que se refiere el artículo 239.3 del Código civil, introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; y de otra, determinar lo que sea la “situación de desamparo” en que ha de encontrarse el incapaz para que surja la tutela *ex lege* a favor de “*la entidad pública, a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces*”, según dispone el citado precepto.

**Palabras clave:** Tutela – discapacidad – desamparo – incapaz – incapacitación – tutor – asistencia.

**ABSTRACT:**

This article tries to elucidate the people who are referred to in article 239.3 of the Civil Code, introduced by Law 41/2003, 18 November, about the patrimonial protection of the disabled people, and also helps to determine what is defined as “hopeless situations”, which incapable people must find themselves in order to arise the *ex lege* guardianship in favour of the public organization, which, according to that article of the Civil Code, has, in retrospect, the duty of being guardian for incapable people.

**Keywords:** Guardianship – disability – hopeless – incapable – incapacitated – guardian – assistance.



## ***Presupuestos de aplicación del artículo 239.3 del Código civil. La tutela ex lege del mayor de edad en situación de desamparo.***

**Sumario:** I. Introducción; II. Dimensión subjetiva del artículo 239.3 del Código civil. II.1. Elementos para la interpretación del término “incapaz”. II.1.1. Introducción. II.1.2. Génesis del precepto. II.1.3. El espíritu y la finalidad de la LPPD. II.2. Sujetos de la norma. II.2.1. Incapaz en caso de inexistencia de tutor. II.2.2. Incapaz en situación de desamparo; III. El desamparo. III.1. Introducción. III.2. Definición de desamparo. III.3. Elementos del desamparo. III.4. Tipos de desamparo. III.5. La declaración del desamparo.

### **1. INTRODUCCIÓN**

Una de las novedades introducidas por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (LPPD)<sup>1</sup> es el establecimiento de la tutela del incapaz “*por ministerio de la ley*” a favor de la entidad pública “*cuan-do ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor*” o cuando el incapaz “*se encuentre en situación de desamparo*”. En efecto, la aprobación de la citada Ley supuso una modificación del artículo 239 del Código civil dando entrada a las posibilidades apuntadas.

Así las cosas, el presente artículo tiene un doble objetivo: de una parte dilucidar los sujetos a que se refiere el artículo 239.3 Cc. ya que, según tendremos ocasión de advertir, la respuesta de esta cuestión tiene una repercusión directa tanto en la amplitud de la norma como en la delimitación del desamparo; y, de otra, determinar lo que sea “*la situación de desamparo*” en que ha de encontrarse el incapaz para que surja la tutela contenida en la norma a que nos referimos. Siendo ello así, comencemos con el análisis de la dimensión subjetiva del artículo 239.3 del Código civil.

## **II. DIMENSIÓN SUBJETIVA DEL ARTÍCULO 239.3 DEL CÓDIGO CIVIL**

### **II.1. Elementos para la interpretación del término “incapaz”**

#### ***II.1.1. Introducción***

Antes de proceder a la determinación de los sujetos a que se refieren cada uno de los dos supuestos de hecho que regula el artículo 239.3 del Código civil, analizaremos brevemente los dos elementos con que contamos, junto con el propio texto del precepto, para su interpretación. De un lado, nos referiremos a la *mens legislatoris*, examinando la génesis del precepto y la justificación que se adujo para su introducción. Y de

---

<sup>1</sup> El título completo de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, es de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.

otro, señalaremos la finalidad y el espíritu que subyace en la LPPD. Estos dos elementos permitirán determinar el alcance y el significado del término “*incapaz*” del artículo 239.3 Cc.

### II.1.2. Génesis del precepto

Uno de los primeros elementos de que disponemos para precisar el alcance y el sentido del término “*incapaz*” a que se refiere el artículo 239.3 Cc. viene constituido por el estudio de la génesis del precepto<sup>2</sup>. La citada norma se introdujo en la tramitación de la LPPD a través de una enmienda de adición que proponía la incorporación al Código civil del actual artículo 239.3 Cc. con la intención de “hacer frente a posibles situaciones en las que un *incapaz* se encuentre *sometido a tutela*, pero esté en *total desamparo moral o material*”<sup>3</sup>. Por tal motivo, se proponía que “*la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz o cuando éste se encuentre en situación de desamparo. Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad con las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*”. Así pues, el incapacitado –se hace referencia explícita a su sometimiento a la tutela (cfr. art. 199 Cc.)– en situación de desamparo; tal es, según los enmendantes, la finalidad con la que se introdujo la norma.

El texto que se proponía en la enmienda de adición no sufrió evolución ni modificación alguna durante la tramitación de la ley, de manera que se incorporó definitiva-

2 De un tiempo a esta parte ha habido una evolución en cuanto al modo de denominar a las personas que carecen de plena capacidad de obrar o que padecen alguna enfermedad o deficiencia física o psíquica. Esa evolución responde a la finalidad de encontrar el término adecuado para referirse a la realidad de estas personas y no tanto en buscar una denominación *políticamente correcta* (cfr. SAINZ DE ROBLES, “Una perspectiva histórica”, en VVAA., *La protección jurídica del discapacitado*, I Congreso Regional (ed. Serrano García), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 26). En este sentido, la Constitución Española de 1978 incluyó en su texto el término “*disminuidos*” (art. 49 CE.), dejando atrás otros con mayor carga peyorativa como “*anormales*”, “*subnormales*”, “*deficientes mentales*”, “*locos*” o “*dementes*”. Posteriormente, el RD. 348/1986, de 10 de febrero, sustituyó los términos “*subnormalidad*” y “*subnormal*” por “*minusvalía*” o “*persona con minusvalía*” (vid. también el RD. 1368/1985, de 17 de junio, donde ya se utilizaba el término “*discapacidad*”). La reforma más reciente de la terminología se ha producido con ocasión de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. En su Disposición Adicional octava se indica que “*las referencias que en los textos normativos se efectúan a “minusválidos” y a “personas con minusvalía”, se entenderán realizadas a “personas con discapacidad”*”. Respecto a la dificultad de que exista un término único vid., a modo de ejemplo, lo que FABREGA RUIZ (*Protección jurídica de la tercera edad*, Colex, Madrid, 2000, p. 125) señala respecto del “*incapaz*” en el ámbito civil y penal. Así las cosas, y en lo que ahora interesa, se ha de señalar que actualmente los términos más utilizados son “*discapacitado*”, –o “*persona con discapacidad*”,–, “*incapaz*” e “*incapacitado*”. Términos que no son sinónimos en sentido jurídico. Así, dejando al margen las diferencias entre tales términos puestas de relieve por los autores, cabe señalar de modo general que mientras los tres primeros términos citados remiten a una deficiencia psíquica o física, el último hace referencia al resultado de un proceso judicial por el que a una persona se le declara como tal, estableciéndose, en consecuencia, unos mecanismos de protección que le garanticen la actuación en la vida jurídica. De este modo, ordinariamente todos los “*incapacitados*” son “*discapacitados*” o tienen alguna “*incapacidad*”, pero no todos los “*discapacitados*” o “*incapaces*” serán “*incapacitados*”, bien porque no se ha seguido el procedimiento de incapacitación con ellos, bien porque su deficiencia no les “*impide gobernarse por sí mismos*” (cfr. art. 200 Cc.). Una visión general sobre los diversos conceptos señalados se contiene en SERRANO GARCÍA, *Protección patrimonial de las personas con discapacidad. Tratamiento sistemático de la Ley 41/2003*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 33-99.

3 La cursiva es nuestra. Cfr. BOCG., *Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 154-05, de 10 de septiembre de 2003, pp. 27 y 28. La enmienda a que nos referimos era una enmienda de adición –la número 23– y fue presentada el 10 de septiembre de 2003 por María Teresa Fernández de la Vega como Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista.

mente a la LPPD tal cual estaba en la propuesta, sin que se efectuase tampoco referencia alguna a él en su Exposición de Motivos<sup>4</sup>. A consecuencia de lo anterior, el artículo 239.3 Cc. actual contiene una incorrección sintáctica relativa al orden del precepto que dificulta su entendimiento y que no fue subsanada durante la tramitación de la LPPD. En efecto, a lo que parece, el lugar lógico del primer supuesto de hecho a que se refiere la norma –“cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor”– ha de ser tras la mención de la asunción de la tutela –“asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz”– y no con anterioridad a ella. Efectuando el indicado cambio, se muestra con mayor nitidez los supuestos en los que la entidad pública asumirá la tutela *ministerio legis*: ante la inexistencia de tutor o en caso de desamparo. De acuerdo con la corrección sintáctica señalada, el precepto establecería que “la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces, asumirá por ministerio de la ley la tutela del incapaz cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor o cuando éste se encuentre en situación de desamparo”<sup>5</sup>.

Señalado lo anterior, la ausencia de modificaciones del precepto que comentamos –y también de debate parlamentario– conlleva que para la inteligibilidad del término “*incapaz*” que contiene la norma en cuestión únicamente contemos con la motivación que se adujo en el momento de su introducción durante la tramitación de la LPPD. En efecto, a excepción de lo expuesto entonces, no existe ningún otro criterio hermenéutico que ayude en la labor de determinación de la *mens legislatoris* respecto del alcance del término “*incapaz*”. Siendo ello así, la lectura del artículo 293.3 del Código civil en el orden apuntado en unión a las razones que se adujeron para su incorporación evidencia que el legislador, con este precepto, persigue hacer frente a posibles situaciones de desamparo de un incapaz sometido a tutela. Lo que permite colegir que el legislador, usando términos no del todo adecuados –hubiera sido preferible la utilización del término *incapacitado* en vez del de “*incapaz*” para evitar equívocos<sup>6</sup>– da por supuesto que para que surja la tutela *ministerio legis* ha de existir una previa declaración de incapacitación. Y es que la referencia al sometimiento a la tutela resulta determinante por cuanto ésta conlleva necesariamente –en el caso que comentamos– la existencia de una sentencia de incapacitación (cfr. art. 215 Cc.)<sup>7</sup>.

A la vista de lo expuesto se concluye que el legislador, en el artículo 239.3 Cc., únicamente ha querido referirse a los incapacitados en virtud de resolución judicial (cfr. art. 199 Cc.). Así, se ha de excluir que el artículo 239.3 Cc. también resulte referible a los incapaces de hecho: para la aplicación de la tutela *ministerio legis ex artículo 239.3*

4 En efecto, la enmienda presentada no fue objeto de comentario alguno en el Informe de la Ponencia (cfr. *BOCG., Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 154-06, de 16 de septiembre de 2003) y fue incorporada, sin modificación alguna, al Dictamen efectuado por la Comisión de Política Social y Empleo que actuaba con competencia legislativa plena (cfr. *BOCG., Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 154-07, de 23 de septiembre de 2003, pp. 63 y 71). La aprobación definitiva del texto de la enmienda fue efectuada por el Congreso de los Diputados el 12 de noviembre del mismo año, constituyendo el artículo 9.3 de la LPPD y actual artículo 239.3 del Código civil (cfr. *BOCG., Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 154-09, de 12 de noviembre de 2003, p. 117).

5 Sobre el origen de esta interpretación del artículo 239.3 Cc., vid. SERRANO GARCIA, *Protección patrimonial...*, cit., p. 514, nota 550.

6 En algunos preceptos del Código civil se usa el término “*incapacitado*”, en lugar del de “*incapaz*”, para referirse a las personas que han sido declaradas como tales por medio de una sentencia judicial de incapacitación. Vid. *ad ex.* arts. 171, 201, 1.060 ó 1.301 Cc.

7 En efecto, no resulta necesaria la existencia de una sentencia de incapacitación para constituir la tutela en los casos de desamparo de menores. Supuesto que, junto con el que comentamos, está contenido en el artículo 215 del Código civil que dispone que “*la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: la tutela, la curatela, el defensor judicial*”.

Cc. no es suficiente con la existencia de una causa que pueda dar lugar a la incapacitación, sino que se requiere una declaración judicial de incapacitación<sup>8</sup>. Lo anterior por lo que se refiere a la *mens legislatoris*.

### II.1.3. El espíritu y la finalidad de la LPPD.

Según se ha avanzado, el artículo 239.3 del Código civil se introdujo en el citado Cuerpo legal por medio de la Ley de protección patrimonial de la discapacidad cuya finalidad es “regular nuevos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial”<sup>9</sup>. A la vista de tal finalidad, no parecería descabellado efectuar una interpretación extensiva del contenido de la LPPD de modo que alcance al mayor número posible de personas. De acuerdo con esta perspectiva cabría admitir que el término “*incapaz*” que se contiene en el artículo 239.3 Cc. no se haya de referir únicamente a las personas judicialmente incapacitadas (cfr. art. 199 Cc.). La tutela por ministerio de la ley *ex artículo 239.3 Cc.* podría surgir también en los supuestos en que se combinen dos elementos: situación de posible incapacitación –incapacidad natural persistente– y real desprotección –desamparo–. O dicho de otra forma: de acuerdo con este razonamiento sería factible que el párrafo tercero del artículo 239 Cc. resultase de aplicación tanto a las personas incapacitadas en virtud de procedimiento judicial como a aquellas que padecen una incapacidad pero que no han sido sometidas a dicho procedimiento.

Con todo, la ya señalada inexistencia de más elementos para la hermenéutica de este precepto que el propio texto y la motivación aducida por los legisladores, la ausencia de referencia alguna en la Exposición de Motivos de la LPPD, y los términos en que está redactado el párrafo en cuestión, parece que únicamente refieren la tutela automática a los judicialmente incapacitados. En efecto, aunque el sujeto de la norma es el “*incapaz*”, en el artículo 239.3 Cc. se añade que la tutela de la entidad pública surgirá cuando no exista tutor para aquél –para que haya tutela se precisa, como es conocido, la existencia de una sentencia de incapacitación– o cuando haya desamparo ante la ausencia de adecuado cumplimiento de los deberes “*que le incumben de conformidad con las leyes*”. Expresión última que cobra pleno sentido cuando hay un tutor: hay desamparo si hay desprotección; hay desprotección si hay deberes de protección. De todos modos sobre estos extremos volveremos en breve.

Señalados los elementos con que contamos para la interpretación del término “*incapaz*” *ex artículo 239.3 Cc.*, determinemos ya de modo definitivo los sujetos a que se refieren los dos supuestos de hecho que contempla la norma que comentamos.

## II.2 Sujetos de la norma

### II.2.1. Incapaz en caso de inexistencia de tutor

El primero de los dos supuestos de hecho ante cuya concurrencia surge la “*tutela del incapaz*” por ministerio de la ley a favor de “*la entidad pública a la que, en el*

---

<sup>8</sup> De todos modos, en el artículo 239.3 del Código civil se ha omitido –por la razón que sea– la referencia a la incapacitación, lo que ha permitido diversas interpretaciones a las que en breve nos referiremos.

<sup>9</sup> *BOCG., Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 154-09, de 12 de noviembre de 2003, p. 109. Nótese que los destinatarios principales de la LPPD son las personas con discapacidad, con independencia de que concurran en ellas o no las causas de incapacitación *ex art. 200 Cc.* y de que, concurriendo, hayan sido o no judicialmente incapacitadas (cfr. *BOCG., Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 154-09, de 12 de noviembre de 2003, p. 110).

respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces” es la inexistencia de tutor; o, en términos legales: “cuando ninguna de las personas recogidas en el artículo 234 sea nombrado tutor”. Según se colige, en el caso apuntado se ha iniciado un procedimiento de incapacitación, y el juez, por el motivo que sea, entiende que las personas a que remite el artículo 234 Cc. para el nombramiento de tutor, o bien no existen, o bien no son hábiles para tal cargo<sup>10</sup>. Entonces, el nombramiento de tutor recaerá sobre la entidad pública.

En lo que ahora interesa, en el supuesto que comentamos el precepto presupone la existencia de una declaración de incapacitación previa o, por lo menos, la existencia de un procedimiento abierto a tal fin: de lo contrario no sería posible y holgaría la referencia a la inexistencia de tutor. Siendo ello así, es preciso apuntar que, conforme establece el artículo 762 LEC., durante dicho proceso de incapacitación cabe arbitrar diversas medidas cautelares “para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio”<sup>11</sup>.

En efecto, según es conocido, el mecanismo tuitivo de la tutela se constituye con la intención de completar la ausencia de plena capacidad de una persona, y necesariamente ha de ser declarada por un juez tras un procedimiento judicial (cfr. arts. 756 y ss. LEC.), por medio de “sentencia judicial” y “en virtud de las causas establecidas en la ley” (art. 199 Cc.). Como consecuencia del proceso, cuando sea menester, se declarará la incapacidad de la persona y se establecerán los mecanismos tuitivos adecuados. De acuerdo con ello, y por lo que se refiere específicamente a la tutela, el artículo 222 del Código civil indica que pueden estar sometidos a ella “1. Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; 2. Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido; 3. Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela; y 4. Los menores que se hallen en situación de desamparo”. A lo que parece, al margen de tales supuestos no resulta posible constituir la tutela.

Por tanto, a la vista de lo expuesto cabe concluir que en este primer supuesto recogido por el artículo 239.3 del Código civil la tutela a favor de la entidad pública surgirá por ministerio de la ley cuando una persona *incapacitada* carezca de tutor. Esta tutela a favor de la entidad pública constituye, en nuestra opinión, una tutela civil ordinaria cuya principal peculiaridad reside en que el nombramiento de tutor recae sobre una entidad pública al no existir, o no encontrar el juez, persona adecuada para tal cargo. Siendo ello así, otra característica de esta tutela sería la imposibilidad de la entidad pública de alegar excusa alguna para no aceptar tal nombramiento, ni siquiera tomando apoyo en la insuficiencia de medios a que se refiere el

---

10 En concreto, el artículo 234 Cc. indica que “Para el nombramiento de tutor se preferirá: 1. Al designado por el propio tutelado, conforme al párrafo segundo del artículo 223. 2. Al cónyuge que conviva con el tutelado. 3. A los padres. 4. A la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad. 5. Al descendiente, ascendiente o hermano que designe el juez. Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor”. Según se advierte, el juez ha de motivar el nombramiento de tutor en caso de que altere, en aras a salvaguardar mejor los intereses del tutelado, el orden de prelación establecido por el artículo 234 Cc. Respecto de la dificultad de conciliar los artículos 234 *in fine* y 235 Cc. con el artículo 239.3 Cc. y su posible solución, vid. PEREZ ALVAREZ, en VVAA., *Curso de Derecho civil, volumen IV, Derecho de Familia*, Colex, Madrid, 2007, pp. 383 y 415.

11 En tal supuesto, y sólo en ése, se daría protección a los incapaces de hecho, todavía no incapacitados. Así las cosas, y al margen de la imposibilidad señalada, y sobre la que volveremos de nuevo, de conceder protección en virtud del artículo 239.3 Cc. a los *incapaces de hecho* que no hayan sido incapacitados, nos parece conveniente modificar la legislación para dar cabida y articular los mecanismos necesarios para garantizar protección suficiente a tales personas.



artículo 251.2 Cc.<sup>12</sup>. Este sería, a nuestro parecer, el significado que cabría atribuirle a la expresión “*por ministerio de la ley*” contenida en el artículo 239.3 Cc. para este primer supuesto<sup>13</sup>.

## II.2.2. Incapaz en situación de desamparo

El segundo supuesto de hecho que recoge el artículo 239 del Código civil en su apartado tercero se define con los siguientes términos: “*cuando éste se encuentre en situación de desamparo*”. Por tanto, si el “*incapaz*” está desasistido –“*en situación de desamparo*”–, “*la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces (...) asumirá por ministerio de la ley*” su tutela.

Es en este segundo supuesto donde la determinación del alcance del término “*incapaz*” al que remite el pronombre demostrativo “*éste*” reviste mayor trascendencia. En efecto, mientras que en el supuesto ya comentado de inexistencia de tutor conforme al artículo 234 Cc. la sola referencia al proceso de nombramiento de una persona para tal cargo despeja dudas interpretativas, exigiendo, en todo caso, una declaración judicial de incapacitación, no sucede lo mismo cuando el “*incapaz*” se encuentre “*en situación de desamparo*”. Y es que, en este punto, y según hemos visto, caben dos posibilidades de interpretación del término “*incapaz*”: entender que “*incapaz*” únicamente se refiere a los declarados incapaces por resolución judicial –los incapacitados–, o interpretar que el citado término resulta referible tanto a los declarados incapaces por resolución judicial –los incapacitados– como a los que, en ausencia de tal declaración, carecen de capacidad natural de modo persistente –los incapaces de hecho–<sup>14</sup>.

12 SERRANO GARCIA (“Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 52, octubre-diciembre, 2004, p. 262) apunta también que, en tales casos, la entidad pública no tendría que prestar fianza, al igual que establece el artículo 260.2 Cc. en el ámbito de menores. Por su parte, el párrafo 2 del artículo 251 del Código civil dispone que “*las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela*”. Así las cosas, de entrada no parecería admisible que en un Estado social de Derecho, las Administraciones Públicas alegasen tal insuficiencia para cumplir unas funciones que entran dentro de sus competencias y que están legalmente atribuidas (art. 1.1 CE.; vid. también los arts. 49 y 50 CE.). Lo adecuado sería que arbitrasen medios oportunos para cumplir tales funciones. Siendo ello así, es preciso apuntar que la imposibilidad de las entidades públicas de excusarse para el nombramiento de tutor por carencia de medios no es, en modo alguno, absoluta. En efecto, el artículo 251.2 Cc. califica el desempeño de la tutela como “*adecuado*”. De acuerdo con ello, resulta posible que, de modo excepcional, la entidad pública se ampare en el artículo 251.2 Cc. cuando carezca de personal cualificado o estructura que impida un “*adecuado desempeño de la tutela*” de manera que acarree desatención o perjuicio para la persona tutelada. Vid., en tal sentido, la Consulta 2/1998 sobre “*la asunción de tutelas por personas jurídicas públicas*” disponible en el apartado documentos/circulares del sitio web [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es).

13 Respecto de la conveniencia o no de que las personas jurídicas sean tutoras vid., entre muchos otros, HEREDIA PUENTE y FABREGA RUIZ, *Protección legal de incapaces*, Colex, Madrid, 1998, pp. 55-75, SALINERO ROMAN, “Delación y ejercicio de la tutela por persona jurídica” en VVAA., *La protección jurídica del discapacitado, I Congreso Regional* (ed. Serrano García), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 133-154, BLANCO PÉREZ-RUBIO, *Las personas jurídicas tutoras*, Marcial Pons, Madrid, 2003, y GIL RODRIGUEZ, “La entidad pública y las instituciones privadas en la tutela de incapaces desamparados”, en VVAA., *La protección jurídica del discapacitado, II Congreso Regional* (ed. Serrano García), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 46 y ss.

14 Ello es posible en atención a la ausencia de rigor terminológico del Código civil. En efecto, según se advierte, en dicho Cuerpo legal se usa el término “*incapaz*” para referirse tanto al “*incapacitado*” en virtud de sentencia judicial (cfr. arts. 9.6, 10.8, 121, 199, 303 ó 776 Cc.) como a la persona que es “*incapaz*” para realizar algún acto pero que no ha sido ni ha de ser “*incapacitado*” (cfr. arts. 745, 756 ó 760 Cc.). De igual modo, y aunque el término “*incapacitado*” usualmente remite a la persona judicialmente incapacitada (cfr. arts. 171, 289, 443, 1.263 ó 1.393 Cc.), en alguna ocasión hace referencia a la persona que carece de capacidad para un acto sin que medie sentencia de incapacitación (cfr. art. 663 Cc.). Paralelamente a lo anterior, cuando el Código civil se refiere a la “*incapacidad*” remite tanto a la “*incapacitación*” (cfr. arts. 108, 156 ó 1.314 Cc.) como a la falta de capacidad para un acto concreto (cfr. art. 1.264 Cc.). En cambio, con el término “*incapacitación*” únicamente alude a las personas que han sido declaradas “*incapacitadas*” por medio de resolución judicial.



Según hemos avanzado esta última interpretación –defendida por algunos autores– estaría dando cabida en el artículo 239.3 Cc a un mecanismo de protección para aquellos incapaces de hecho no incapacitados<sup>15</sup>. En definitiva, se estaría extendiendo la tutela a favor de la entidad pública a aquellos supuestos en que una persona incapaz –no incapacitada– se encuentre en una situación de desprotección. Vendría a ser, salvando las distancias, una tutela similar a la que surge en el ámbito de menores cuando éstos se encuentran en situación de desamparo en la que no es necesaria la existencia de declaración judicial de incapacidad<sup>16</sup>.

Si bien con anterioridad, y con fundamento en la *mens legislatoris* y en el texto del precepto, ya quedó demostrada la imposibilidad de asumir *lege data* la última interpretación citada, a continuación, y a efectos de determinar de modo definitivo el sujeto a que se refiere la situación de desamparo *ex art.* 239.3 Cc., señalaremos otros motivos que impiden su asunción.

En primer lugar, la interpretación a que nos referimos –aun siendo loable por razón de la finalidad que persigue– no resulta convincente porque supondría instaurar un nuevo mecanismo de protección con fundamento en una inexactitud terminológica; recuérdese que los que propusieron la adición de este precepto pretendían “hacer frente a posibles situaciones en las que un *incapaz* se encuentre *sometido a tutela*, pero esté en *total desamparo* moral o material”<sup>17</sup>. En efecto, si la intención del legislador hubiese sido introducir un nuevo instrumento tuitivo se hubiera hecho de un modo más claro y adecuado. Y así, por ejemplo, se hubiera procedido a modificar el artículo 222 Cc. relativo a las personas sometidas a tutela incluyendo también a las personas mayores *incapaces de hecho* en situación de desamparo<sup>18</sup>.

En segundo lugar, no parece adecuado extender la tutela *ex art.* 239.3 Cc. a los incapaces de hecho que se encuentren en situación de desamparo porque la tutela no constituye, ni solo ni principalmente, una medida para remediar una desprotección social sino para completar un defecto de capacidad. En tales situaciones lo adecuado

---

15 Admitiendo la posibilidad de dar cabida a incapaces de hecho en caso de desamparo vid. LINACERO DE LA FUENTE, “Protección jurídica de las personas mayores”, *Actualidad Civil*, 19 de noviembre de 2004, p. 2272, FABREGA RUIZ, “Dos aspectos en la evolución del derecho de familia: la protección del discapacitado y la nueva regulación procesal de las uniones paramatrimoniales”, *Seminario sobre Derecho de Familia para Fiscales*, 2004, p. 2431 disponible en [www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL53.pdf](http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL53.pdf) y también DE COUTO, MIRAT y ARMENDARIZ, *La protección jurídica de los ancianos*, Colex, Madrid, 2007, pp. 59 y 60. Asimismo, aunque sin enunciar tal posibilidad de modo expreso, parece partidario de esta opción GIL RODRIGUEZ, “La entidad pública...”, *cit.*, pp. 18-22. A favor de exigir en todo caso previa incapacidad judicial vid. FERNANDEZ CAÑAMAQUE, “Comunicación sobre la tutela pública automática de incapaces”, en VVAA., *La protección jurídica del discapacitado, II Congreso Regional* (ed. Serrano García), Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 258 y 259, REPRESA POLO, “Autotutela, mandato y tutela automática de los incapaces” en VVAA., *La protección jurídica de las personas con discapacidad (Estudio de la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad)*, dir. Díaz-Álabart, Ibermutuamur-Associació Catalana Nabui, 2005, disponible también en la dirección web [www.ibertalleres.com/web\\_juridica/inicial.htm](http://www.ibertalleres.com/web_juridica/inicial.htm), y SERRANO GARCIA, “Discapacidad...”, *cit.*, p. 268.

16 Reconociendo las dos posibilidades de interpretación del precepto a que aludimos vid. GIL RODRIGUEZ, “La entidad pública...”, *cit.*, pp. 39 y ss. Según apunta este autor, en caso de admitirse la segunda interpretación señalada en el texto, estaríamos ante una tutela que sería el fruto de una superposición de la presunta incapacidad y una real desprotección. Lo que supondría entender que hay como una rebaja de la incapacidad para aplicarla a otros supuestos: compatibilizar la plena capacidad de obrar con la función tuitiva de la administración.

17 Cfr. *BOCG.*, *Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 154-05, de 10 de septiembre de 2003, pp. 27 y 28.

18 En efecto, al igual que el artículo 222 Cc. recoge el supuesto de tutela de menores en desamparo –“estarán sujetos a tutela: (...) 4. Los menores que sea hallen en situación de desamparo”–, habría de recoger también esta nueva modalidad.

será articular medidas de índole administrativa o las medidas cautelares recogidas en el artículo 762 LEC. para remediar las necesidades reales de asistencia, y, si es el caso, iniciar el proceso de incapacitación, sin vincular la existencia de tales necesidades de modo inexcusable a una falta de capacidad de obrar<sup>19</sup>. Y es que establecer el surgimiento de la tutela ante una situación de desamparo de una persona mayor de edad supone equiparar, desde el punto de vista de la consecuencia que origina, la desprotección con la ausencia de plena capacidad de obrar.

En tercer lugar, tampoco parece adecuado incluir a los incapaces de hecho dentro del término “*incapaz*” ex art. 239.3 Cc., porque la extensión de la tutela *ministerio legis* a los supuestos de desamparo sin previa declaración judicial de incapacidad podría conllevar, tal y como está regulada actualmente, un recorte o dejar en desuso la figura de la guarda legal; y no parece que tal fuera la intención del legislador.

Y por último, la interpretación del término “*incapaz*” a que se refiere el artículo 239.3 Cc. de modo que incluya también los incapaces de hecho no resulta acertada, porque, si ya existen dificultades para determinar, cuando de un incapacitado se trata, la persona a la que “*le incumben de conformidad con las leyes*” el ejercicio de los deberes de protección cuyo “*incumplimiento o (...) imposible o inadecuado ejercicio*” devendría en situación de desamparo si se produjese la privación de la “*necesaria asistencia moral*”, tales dificultades resultarían insalvables de aceptarse la citada interpretación *extensiva*<sup>20</sup>. En efecto, mientras que respecto del menor existen diversas personas que tienen deberes “*morales*” de protección “*establecidos por las leyes*” (cfr. art. 172 Cc.) cuyo incumplimiento o inadecuado ejercicio puede dar lugar al desamparo y a la tutela automática –tutor, guardador de hecho o padres (cfr. arts. 154 y ss., 215 y ss., y 303 y ss. Cc.)– no acontece lo mismo respecto de los mayores<sup>21</sup>. Todo lo más a que cabe referirse en dicho ámbito es a los deberes que establece el artículo 269 Cc. para el tutor con respecto del tutelado: velar por él, etc.<sup>22</sup>. Así pues, de entenderse que

---

19 Según veremos en los siguientes epígrafes, el desamparo es una realidad fáctica de carácter objetivo que no necesariamente conlleva ni supone la ausencia de capacidad. Siendo ello así, en la doctrina, FABREGA RUIZ (“*Dos aspectos...*”, *cit.*, p. 2432) parece dar a entender, cuando se refiere a los sujetos del artículo 239.3 Cc., que el desamparo implica, por lo menos, una incapacidad natural: “*ya que, si una persona se halla desamparada siendo mayor de edad, es porque, al menos, está aquejado de una incapacidad natural que va a provocar, al detectarse el abandono, la iniciación de un procedimiento de incapacidad*”. De otra parte, la interpretación que vincula la tutela a la existencia de un incapaz natural en desamparo supondría multiplicar el número de tutelas, desde nuestro punto de vista, innecesariamente.

20 En el texto únicamente nos referimos ahora al desamparo moral por cuanto en el ámbito del desamparo material cabe referirse, de una parte, al deber de alimentos entre parientes, de manera que quedarían cubiertos los aspectos materiales de la existencia –“*sustento, habitación, vestido, asistencia médica*” (art. 172 Cc.)–; y, de otra, en los supuestos de incapacitación, a la obligación establecida para el tutor en el artículo 269 Cc. de “*procurarle alimentos*”. Según se advierte, en este ámbito, sí cabe determinar las personas a quienes les incumbe el ejercicio adecuado de los deberes de protección cuyo incumplimiento puede dar lugar al desamparo material.

21 Si nadie ostenta un deber de protección, no hay incumplimiento que pueda generar la desprotección que acaba en desamparo. Por su parte, el artículo 154 Cc. determina que “*los hijos no emancipados están bajo la potestad de sus progenitores. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad y comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral; 2. Representarlos y administrar sus bienes (...)*”.

22 En concreto, el artículo 269 Cc. establece: “*el tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: 1. A procurarle alimentos; 2. A educar al menor y procurarle una formación integral; 3. A promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad; 4. A informar al Juez anualmente sobre la situación del menor o incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración*”. Junto con ello no se ha de olvidar que en caso de que se haya contraído matrimonio también surgen obligaciones para con el cónyuge, tales como “*respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia*” (art. 67 Cc.) o “*vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente*” (art. 68 Cc.).

con el término “*incapaz*” también se ha de incluir los *incapaces de hecho*, la indicada determinación del sujeto obligado al cumplimiento de los deberes de asistencia moral sería imposible –a diferencia de lo que sucede si únicamente se refiere a los “*incapacitados*”; razonamiento que encaja con la intención del legislador ya señalada–. Entonces carecería de sentido la referencia del artículo 239.3 Cc. al desamparo moral: quedaría vacío de contenido.

Así pues, descartada, en atención a los argumentos señalados, la extensión del artículo 239.3 Cc. a los *incapaces de hecho*, la referencia al desamparo contenida en dicho precepto resulta congruente y adecuada. Y es que, así entendido este precepto, constituye una salvaguarda para las personas incapacitadas que se encuentren en desamparo por el “*incumplimiento o (...) imposible o inadecuado ejercicio*” por el tutor y que, por no tener parientes o por no poder o no querer éstos asumir tal tutela, puedan verse desprotegidos<sup>23</sup>.

Expuesto lo anterior, veamos ya las notas características de la privación de asistencia moral o material que origina esta tutela.

### III. EL DESAMPARO

#### III.1. Introducción

El artículo 239.3 del Código civil, introducido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, contiene la definición de lo que ha de ser desamparo a efectos de la tutela *ministerio legis* que en él se contempla. De acuerdo con lo que prescribe tal precepto “*se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes que le incumben de conformidad con las leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material*”.

Según cabe advertir, esta definición reitera la que contiene el artículo 172 del Código civil respecto de los menores. La única diferencia entre ambas reside en que el artículo 172 Cc. se refiere a los deberes “*de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores*” mientras que el artículo 239.3 Cc. remite a los deberes “*que le incumben de conformidad con las leyes*”. El resto de ambos preceptos es idéntico, por lo que, dejando de lado la deficiente técnica legislativa que supone la repetición de conceptos, cabe referirse aquí a la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código civil en materia de tutela, al ser la que introdujo el actual concepto de desamparo que resulta de aplicación al ámbito de los menores (cfr. art. 172 Cc.) y, tras la LPPD, también al de los mayores incapacitados (cfr. art. 239.3 Cc.).

El concepto de desamparo recogido en el artículo 172 Cc. –y actualmente repetido por el artículo 239.3 del mismo Cuerpo legal– sustituyó al antiguo concepto de

---

23 En la doctrina, algunos autores han criticado la interpretación expuesta en el texto –exigencia de incapacitación judicial– señalando que, de ser ése el modo en que se haya de entender el artículo 239.3 Cc. no supondría novedad alguna. Entre éstos, GIL RODRIGUEZ, “La entidad pública...”, *cit.*, p. 74. En nuestra opinión, sí resulta novedoso por cuanto resuelve con rapidez los supuestos de desasistencia. Asimismo, en el ámbito de menores, FERNANDEZ GONZALEZ (*El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, p. 45) explica que el hecho de que existan situaciones de desamparo originadas por descuidos reiterados de las obligaciones para con ellos es lo que justifica que las autoridades públicas, en tanto garantes de los derechos, deban intervenir, no debiendo dejarse la solución de tales situaciones “en manos exclusivamente privadas”.

abandono referido a los menores (cfr. art. 174 antiguo del Código civil)<sup>24</sup>. La actual formulación resulta de mayor amplitud que la anterior –la actual institución de desamparo engloba al anterior abandono–, concede un mayor campo para la interpretación y, en teoría –tal es lo que se pretende–, permite un mayor predominio del interés del “presunto desamparado”.

Así las cosas, la determinación del contenido de la definición de desamparo no ha sido una cuestión pacífica, a la vista de las enmiendas presentadas durante la tramitación de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. En efecto, entonces se presentaron diversos textos que contenían concepciones contradictorias respecto de lo que había de ser el desamparo<sup>25</sup>. Ante tal situación, la Ponencia decidió adoptar una “fórmula transaccional” entre la enmienda presentada por el Grupo parlamentario vasco que exigía un resultado final para la declaración de desamparo y la presentada por el Grupo socialista que ponía el acento, no tanto en la situación final de desamparo, cuanto en el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos a favor de los menores por la ley<sup>26</sup>. Así pues, y en lo que ahora interesa, la fórmula final recogida desde entonces en el Código civil –y tras la LPPD también adaptada al ámbito de los mayores incapacitados– exige una situación objetiva de desamparo a la vez que, de

---

24 El término “abandono” referido a los menores a efectos de adopción fue introducido por la Ley de 24 de abril de 1958 de modificación de ciertos artículos del Código civil. Con todo, la definición de dicho término fue posterior. En efecto, la ley de 4 de julio de 1970 fue la que definió la situación de abandono indicando que “se considerará abandonado el menor de catorce años que carezca de persona que le asegure la guarda, el alimento y educación. Para apreciar la situación de abandono será irrelevante que ésta se haya producido por causas voluntarias o involuntarias. La entrega del menor en una casa o establecimiento benéfico se considerará también como abandono en los siguientes casos: a) Cuando el menor hubiere sido entregado sin datos que revelen su filiación; b) Cuando, aun siendo conocida la filiación, constare la voluntad de los padres o guardadores de abandonar al menor, manifestada con simultaneidad a su entrega o inferida de actos posteriores. En uno y otro caso, la apreciación del abandono exigirá que hayan transcurrido durante el internamiento del menor seis meses continuos sin que el padre, madre, tutor u otros familiares del menor se interesen por él de modo efectivo mediante actos que demuestren su voluntad de asistencia. La mera petición de noticias no interrumpe por sí sola el referido plazo. La situación de abandono será apreciada y declarada por el Juez competente para conocer del expediente de adopción” (cfr. antiguo artículo 174 del Código civil). Así las cosas, y según va dicho, el citado concepto desapareció con la reforma 21/1987, de 11 de noviembre, dándose entrada al concepto de desamparo. Éste, según señalaba PEREZ ALVAREZ (*La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 78 y 88), se diferencia de aquél en que tiene una mayor amplitud, no exige declaración judicial para ser apreciado ni el transcurso del tiempo, no decae en virtud de actos de asistencia ocasionales a favor del menor y ocasiona una tutela de la entidad pública con la consiguiente guarda inherente y un control administrativo de las medidas a adoptar respecto del menor en desamparo. Junto con ello, también cabe apuntar que el concepto de “desamparo” frente al de “abandono” –ambos remiten a situaciones de hecho de carácter objetivo– carece de la tacha de culpabilidad de éste y abarca supuestos no sólo de carencia de personas sino también de, existiendo tales personas, imposibilidad de ejercicio de los deberes de protección. Así las cosas, y considerando que, en cierto modo, el legislador pretendió mantener el “antiguo concepto general de *abandono* cuando menos parcialmente” de manera que “sería admisible acudir a aquél –al concepto de *abandono*– para, en su caso, resolver las dudas y oscuridades que el moderno *desamparo* pudiera ocasionar”, vid. RUIZ-RICO, “La tutela *ex lege*, la guarda y el acogimiento de menores”, *Actualidad Civil*, nº 2, semana 11-17 de enero, 1988, p. 63.

25 En tal sentido, vid. las enmiendas presentadas por el Grupo Vasco –enmienda número 7–, el Grupo Socialista –enmienda número 37–, el Grupo Mixto-Agrupación Partido Liberal –enmienda número 103– o el Grupo Popular –enmienda número 125– (cfr. BOCG, *Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 22-04, de 13 de marzo de 1987, pp. 15, 24, 42 y 48 y ss.). Al margen de ello, RUIZ-RICO (“La tutela *ex lege*...”, *cit.*, p. 63) recogió e hizo suyas las críticas vertidas en su día contra el borrador inicial de la reforma de 1987 por no incluir una definición del término desamparo a la vista de las dificultades que conllevaba en la legislación anterior la ausencia de una definición de abandono (sobre este aspecto, vid. ARCE Y FLOREZ-VALDES, “En torno a los conceptos de abandonado y expósito como sujetos de la adopción”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, LV, 1967, pp. 323 y ss.). Relativizando tal crítica, vid. PEREZ ALVAREZ, *La nueva...*, *cit.*, 1987, p. 79 quien apunta que “sin discutir la conveniencia de una definición legal del desamparo, considero que, si se atiende a la redacción que se otorgaba al artículo 177 Cc. no resultaba difícil intuir qué se había de entender por desamparo en el proyecto de 4 de febrero de 1987”.

26 Cfr. BOCG., *Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 22-05, de 2 de junio de 1987, p. 64.

acuerdo con la enmienda del Grupo socialista, incluye las causas que pueden estar en el origen de esa situación de hecho: incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección<sup>27</sup>. Sobre estos aspectos volveremos en breve.

### III.2. Definición de desamparo

Transcrita la definición de desamparo contenida en el artículo 239.3 Cc. resulta preciso efectuar una observación. Según se infiere de su lectura, el desamparo constituye un concepto jurídico relativamente indeterminado<sup>28</sup>. En efecto, junto al incumplimiento, imposibilidad o inadecuado ejercicio de los deberes legales, remite a una situación fáctica –privación de “la necesaria asistencia moral o material” (cfr. art. 239.3 Cc.)– de difícil concreción legal<sup>29</sup>. Estamos, por tanto, ante un concepto abierto que permitirá abarcar un elevado número de supuestos, aun cuando la citada apertura pueda originar no pequeños problemas de interpretación. Y es que la situación de desamparo de los mayores incapacitados aparecerá clara en los supuestos extremos, pero su delimitación resultará mucho más difusa en el resto de los casos no caracterizados por esta radicalidad, máxime cuando de desasistencia moral se trata<sup>30</sup>.

Así las cosas, la relativa indeterminación que caracteriza a la definición de desamparo contenida en el artículo 239.3 del Código civil lo convierte en un concepto mutable y circunstancial. En efecto, serán las circunstancias sociales las que diluciden qué supuestos se encuadran o no en la desasistencia que da lugar al desamparo. O mejor dicho: la determinación de si un supuesto de hecho cae o no bajo el ámbito de acción del desamparo habrá de apreciarse conforme a los estándares de la conciencia social más común<sup>31</sup>. En atención a ellos, y teniendo en cuenta también las graves consecuencias que la declaración de desamparo, en nuestro caso, de un mayor incapacitado, acarrea, parece que habrá de efectuarse una interpretación restrictiva del mismo, que permita conciliar los diversos intereses en juego<sup>32</sup>.

En línea con lo expuesto, el carácter abierto del desamparo y la imposibilidad de concreción legal de todos los supuestos fácticos que engloba conlleva que su existencia se haya de acreditar caso por caso mediante juicios de valoración, y a través de la tra-

---

27 Asimismo, el texto final aprobado por la Ley 21/1987 aceptó la innecesariedad de la declaración judicial, así como la inexistencia de plazo, tal y como de postulaba en la enmienda presentada por el Grupo Socialista, y en contra de lo que se sugería en la enmienda del Grupo parlamentario vasco (cfr. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 22-04, de 13 de marzo de 1987, pp. 15 y 24).

28 Afirmación reconocida de modo unánime por la doctrina que ha tratado el desamparo en el ámbito de menores. Vid., *ad ex.*, FERNANDEZ GONZALEZ, *El desamparo...*, cit., p. 70 y MORENO-TORRES, *El desamparo de menores*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005, p. 29.

29 Cfr. la Instrucción 3/2003, de 23 de octubre, de la Fiscalía General del Estado (disponible en el apartado documentos/circulares del website [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)) sobre “la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica del desamparo”. Aunque tal Instrucción ha quedado sin efecto por la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado (disponible en el apartado documentos/circulares del website [www.fiscal.es](http://www.fiscal.es)) sobre “tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados”, efectúa algunas reflexiones de interés respecto del desamparo.

30 Cfr., en tal sentido, y respecto de los menores, MORENO-TORRES, *El desamparo...*, cit., p. 29.

31 Aunque no constituya jurisprudencia en sentido estricto, en varias notas de este artículo citaremos, a modo de ejemplo, algunas sentencias de las Audiencias provinciales relativas al desamparo de menores por cuanto se refieren y contienen diversos aspectos del concepto de desamparo que resultan aplicables también al ámbito de los mayores incapacitados. Sobre los estándares de la “conciencia social más común” vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Alava de 7 de julio de 1994 (AC 1994/1198).

32 Cfr. las Sentencias del Tribunal Constitucional 143/1990, de 26 de septiembre, y 298/1993, de 18 de octubre.



mitación del oportuno expediente contradictorio<sup>33</sup>. Y ello, aun cuando, como sucede en algunas legislaciones autonómicas, se enumeren de manera taxativa los supuestos que cabe declarar como de desamparo<sup>34</sup>. En efecto, aun en tales casos, la declaración de desamparo no es, en modo alguno, automática, habiéndose de acreditar su concreta existencia en el expediente administrativo correspondiente.

### III.3. Elementos del desamparo

La definición de lo que haya de entenderse por desamparo en el ámbito de los mayores incapacitados contenida en el artículo 293.3 del Código civil evidencia que esta figura está formada por dos elementos. Un elemento objetivo cual es el “*incumplimiento o (...) imposible o inadecuado ejercicio de los deberes*”, y un elemento subjetivo: que el mayor incapacitado presuntamente desamparado se encuentre en una situación de privación “*de la necesaria asistencia moral o material*” (art. 239.3 Cc.). Así pues, dos elementos que necesariamente han de concurrir para que quepa declarar el desamparo: elemento objetivo –incumplimiento o inadecuado ejercicio de deberes de protección– y elemento subjetivo –desasistencia–<sup>35</sup>.

Con todo, para que se pueda hablar de desamparo necesariamente ha de haber conexión entre ambos elementos, tal y como sugiere el artículo 239.3 Cc.: el desamparo es una situación que “*se produce de hecho a causa del incumplimiento (...), cuando éstos queden privados (...)*”. La declaración de desamparo exige, por tanto, la existencia de un nexo causal entre el incumplimiento y la desasistencia: ésta ha de ser consecuencia directa de aquél, lo que ha de probarse por medios eficaces ya que no siempre el incumplimiento de los deberes de protección deriva en inasistencia<sup>36</sup>.

Por lo que se refiere al incumplimiento o a la imposibilidad o inadecuado ejercicio de los deberes de protección es preciso señalar que éste ha de ser material y no mera-

---

33 Cfr. la Instrucción 3/2003, de 23 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, *cit.* y la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 11 de enero de 1994 (AC 1994/45). Así las cosas, no estamos de acuerdo con el juicio crítico que le merece a algunos autores la actual definición de desamparo ya sea la contenida en el artículo 172 Cc. como la del artículo 239.3 Cc. En efecto, respecto del desamparo *ex art.* 172 Cc. –afirmación trasvasable al desamparo *ex art.* 239.3 Cc.– FERNANDEZ GONZALEZ (*El desamparo...*, *cit.*, p. 32) lo tilda de “vago e insuficiente” y MORENO-TORRES (*El desamparo...*, *cit.*, p. 29) lo califica como de “vago” y señala que su aplicación práctica plantea demasiados problemas. En nuestra opinión, la definición de desamparo ha de ser necesariamente abierta a fin de evitar el peligro que podría conllevar una enumeración tasada de supuestos de hecho: se correría el riesgo de dejar fuera otros supuestos que también podrían ser de desamparo. Ello podría salvarse con la inclusión de una cláusula genérica y omnicomprensiva que dé cabida a los supuestos no específicamente previstos por la ley (cfr. ESPIAU ESPIAU, “La situación de desamparo y las medidas de protección”, en VVAA., *Protección de menores, acogimiento y adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 78). El carácter indeterminado que caracteriza al desamparo conlleva un mayor esfuerzo en su determinación y aplicación pero, en modo alguno, constituye una definición insuficiente. Y es que tal es el modo de funcionar de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados” que aunque se refieren “a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto, (...) admite ser precisado en el momento de la aplicación” (cfr. GARCIA DE ENTERRIA y FERNANDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, 11ª edición, Madrid, 2002, p. 459). Es más, la necesidad de valorar cada caso en función de las circunstancias sociales permite una interpretación favorable al presunto desamparado –tal es la finalidad que se pretende– así como posibilitar una adaptación de la norma a la realidad social.

34 Cfr., a modo de ejemplo y en el ámbito de menores, el artículo 23 de la Ley 1/1998, del Menor, de 20 de abril, de Andalucía y el artículo 63 de la Ley 17/2006, de Protección de Menores, de 13 de noviembre de Baleares.

35 Vid., en tal sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria de 4 de febrero de 2003 (AC 2003/1345).

36 Recogiendo la necesidad de existencia del nexo causal, vid., por todas, las sentencias de la Audiencia Provincial de Baleares de 8 de febrero de 2005 (JUR 2005/62411) y de 11 de marzo de 2005 (AC 2005/351).



mente formal de modo que pueda producir la efectiva privación de la asistencia; esto es, la desprotección<sup>37</sup>. Junto con ello, el citado incumplimiento o el defectuoso cumplimiento ha de tener la suficiente intensidad como para originar la desasistencia que requiere el artículo que comentamos.

Y en lo que atañe a la desprotección –que el legislador denomina como privación “*de asistencia moral o material*” por evidente influencia de la legislación italiana<sup>38</sup>– cabe apuntar que ésta es una situación meramente fáctica: según establece el artículo 239.3 Cc. el desamparo es la situación “*que se produce de hecho*”. Por tanto, en la determinación de si un mayor incapacitado se encuentra o no en desamparo no se tiene en cuenta ni la voluntariedad ni la involuntariedad que pudo estar en el origen del incumplimiento de deberes que ha derivado en esa situación, sino únicamente la realidad del desamparo, la realidad de la desprotección. Asimismo, que la desasistencia sea una situación de hecho excluye también la idea o causación culpabilística<sup>39</sup>.

Siendo lo anterior así, esta situación fáctica constituye el elemento determinante o de mayor relevancia para la declaración del desamparo. En efecto, el Código civil al acudir a un sistema objetivo de valoración del desamparo resalta que lo importante es la situación de falta de asistencia moral y/o material en que se encuentra el mayor incapacitado, y no tanto la intencionalidad o la culpabilidad de los que hayan podido originarlo<sup>40</sup>. En definitiva, el Código civil contempla la declaración de desamparo como un medio para remediar una situación de desasistencia: no atiende al origen o la causa que lo produce sino que busca poner los medios adecuados para salir cuanto antes de esa situación de desprotección<sup>41</sup>. La ventaja de este método objetivo de valoración del desamparo es que permite la actuación inmediata de las entidades públicas una vez se produzca, sin necesidad de esperar a una declaración judicial.

Con todo, la situación de desasistencia en que se encuentra el mayor incapacitado que habilita para la intervención de los poderes públicos ha de ser grave; es decir, ha de tener la intensidad suficiente como para justificar la intervención de la entidad públi-

---

37 Cfr. VIVANCOS, “Constitución de la tutela automática tras la declaración de desamparo”, *Actualidad Civil*, nº 48, 25 a 31 de diciembre de 2000, p. 1756.

38 En efecto, la inclusión de la equivalencia de desamparo con la privación de la “*necesaria asistencia moral o material*” que se contiene en el artículo 172 Cc. y que se reitera en el artículo 239.3. Cc., trae causa del artículo 8 de la Ley italiana nº 184 de 4 de mayo de 1983, que dispone que “sono dichiarati anche d’ufficio in stato di adottabilità dal tribunale per, minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori in situazione di abbandono *perché privi di assistenza morale e materiale* da parte de, genitori o dei parenti tenuiti a provvedervi, purché la mancanza di assistenza no sia dovuta a forza maggiore di carattere transitorio”. Así las cosas, la regulación española, a diferencia de la italiana no exige la concurrencia de falta de asistencia moral y material para declarar el desamparo: basta cualquiera de ellas.

39 A diferencia del antiguo concepto de abandono que tenía la tacha de culpabilidad de quien abandonaba. En atención al carácter objetivo del desamparo *ex* artículo 239.3 Cc. es posible que éste tenga su origen tanto en una conducta no culpable, por ejemplo, por imposibilidad de cumplimiento, como en una conducta culpable. Siendo ello así, no estamos de acuerdo con la equiparación que, respecto del ámbito de menores –argumentación aplicable a los mayores incapacitados–, efectuaron en su día FERNANDEZ GONZALEZ (*El desamparo...*, *cit.*, p. 40) y VIVANCOS (“Constitución de la tutela...”, *cit.*, p. 1758) sugiriendo que el desamparo originado por incumplimiento o inadecuado cumplimiento de los deberes de protección constituye, de suyo, una actuación culpable. De otra parte y sobre el carácter fáctico del desamparo vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 25 de marzo de 1996 (AC 1996/519).

40 En tal sentido, a modo de ejemplo, y respecto de los menores, vid. MORENO-TORRES, *El desamparo...*, *cit.*, p. 49 y RUIZ-RICO, “La tutela *ex lege*...”, *cit.*, p. 63.

41 Que el desamparo no sea un castigo sino un intento de remediar la desasistencia hace que lo importante sea la situación objetiva, siendo irrelevante la conducta más o menos culposa del que tiene que ejercer los deberes de protección.

ca asumiendo la tutela<sup>42</sup>. Será durante el expediente administrativo cuando habrá de probarse por medios eficaces la intensidad y la gravedad de la desasistencia. Y es que, entre otros fines, la tramitación del citado procedimiento busca atender a las personas presuntamente desamparadas, acreditar de modo individualizado las deficiencias de atención de tal persona y diseñar el plan de actuación para remediar esa desprotección<sup>43</sup>. Por tal motivo, en el curso del expediente se deberá acreditar cumplidamente la existencia del desamparo.

A tal efecto, es preciso tener en cuenta que sólo se reconocerá la situación de desamparo del mayor incapacitado cuando la desprotección tenga «vocación de permanencia» en el tiempo. En otras palabras: no ha de ser una desasistencia provisional sino duradera. Así, no sería suficiente para declarar el desamparo la existencia de situaciones episódicas de desprotección del incapacitado sometido a tutela<sup>44</sup>.

Cuestión distinta a la anterior es que no se haya de exigir dicha permanencia antes de la declaración de desamparo: la declaración no exige necesariamente una situación previa de desasistencia duradera en el tiempo. Basta con que surja la situación de desprotección, que, según va dicho, ha de valorarse caso por caso, para que quepa declarar el desamparo<sup>45</sup>. Dicho en otros términos: no es preciso que el mayor incapacitado esté desasistido durante largo tiempo –privado de “*la necesaria asistencia moral o material*”– para que quepa reconocer su desamparo; en cuanto se dé esa desasistencia con una cierta «vocación de permanencia» cabe solicitar la declaración de la situación de desamparo.

De igual modo, pero en otro sentido, es posible que una situación de desasistencia cuya permanencia en el tiempo merezca la declaración de desamparo, desaparezca durante la tramitación del expediente administrativo. En tales casos, el expediente abierto se archivará al no confirmarse suficientemente las circunstancias del desamparo.

### III.4. Tipos de desamparo

Hasta ahora hemos procedido a exponer el origen del artículo 239.3 Cc., qué significado se ha de reconocer al desamparo, su carácter indeterminado o abierto, así como los elementos que han de existir para poder declararlo, con especial atención a la situación fáctica de privación de la asistencia. Llegados a este punto, hemos de efectuar una alusión, siquiera sea breve, a los tipos de desamparo en que se puede encontrar un mayor incapacitado y que recoge el artículo 239.3 del Código civil, así como a algunas cuestiones relativas a su declaración.

Por lo que respecta a los tipos de desamparo, el artículo 239.3 del Código civil señala que dos pueden ser las modalidades del desamparo: el desamparo moral y el desamparo material. A efectos del surgimiento de la tutela por ministerio de la ley, el artículo que comentamos considera como situación de desamparo tanto la carencia de medios para el sustento –desamparo material– como la ausencia de un clima de cariño

---

42 Respecto de la gravedad, y en el ámbito de menores, vid. GONZALEZ LEON, *El abandono de menores en el Código civil*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 94.

43 Cfr. la Instrucción 3/2003, de 23 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, *cit*.

44 Cfr. las SSTC 143/90, de 26 de septiembre y 298/93, de 18 de octubre, y también la Instrucción 3/2003, de 23 de octubre, de la Fiscalía General del Estado, *cit*.

45 Cfr., lo que señala DIAZ GARCIA, “¿El imposible retorno del menor acogido a su familia de origen?”, *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2003, p. 179, en el ámbito de menores pero perfectamente aplicable a los mayores incapacitados. Asimismo, vid. también la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz de 15 de febrero de 2000 (AC 2000/1329).

y comprensión, proclive y propio para el desarrollo integral de la persona –desamparo moral–; ambas gozan de la misma valoración: tan indigna e inconveniente resulta la carencia de medios materiales como la de carácter moral<sup>46</sup>.

Lo expuesto evidencia que frente a la relativa sencillez para la detección de situaciones de desamparo material de un mayor incapacitado –ausencia de vivienda, alimentos, asistencia sanitaria, etc.– resulta de mayor dificultad la determinación del desamparo moral, salvo en los casos extremos<sup>47</sup>. En efecto, al referirse el artículo 239.3 Cc. al desamparo moral del mayor incapacitado se adentra en el mundo de lo ético y de los sentimientos, lo que, de suyo, supone una mayor dificultad de percepción. Con todo, y tomando apoyo en el texto del precepto, habría desamparo moral cuando las personas sobre las que recae el “*ejercicio de los deberes (...) de conformidad con las leyes*” están en situaciones que les impidan su adecuado cumplimiento y ello influya directamente en el desarrollo normal de la personalidad del incapacitado<sup>48</sup>. Algunas de estas situaciones podrían ser: el padecimiento de trastornos mentales graves, la drogadicción, el alcoholismo, etc. Junto con estas circunstancias concurrentes en la persona titular de los deberes de protección que limitan o imposibilitan su adecuado ejercicio, también cabría referirse, de una parte, a la ausencia de un clima de comprensión, estímulo y cercanía que dificulte la “*asistencia moral*” que precise el incapacitado, así como la falta de atención psicológica; dicho en otros términos: carencia de un ambiente idóneo para desarrollar libremente su personalidad; y, de otra parte, cabe aludir también a la existencia de malos tratos psíquicos para con el incapacitado. Supuestos, todos ellos, que darían lugar al reconocimiento de la existencia de desamparo moral y su declaración; materia que a continuación se examina.

### III.5. La declaración del desamparo

Una de las cuestiones que no resuelve expresamente el artículo 239.3 del Código civil es la relativa al procedimiento para declarar el desamparo. Sobre este asunto, en su día, y con relación al desamparo de menores, surgieron dos opiniones doctrinales contrapuestas. De un lado, los autores que exigían la intervención judicial en la declaración del desamparo. Y de otro, los que reconocían tal capacidad a la Administración Pública; posibilidades ambas con ventajas e inconvenientes, cuyo examen detenido excede del presente trabajo<sup>49</sup>. Sea ello como fuere, en dicho ámbito, la Ley Orgánica 1/1996, de 15

46 A modo de ejemplo, y en el ámbito de menores, vid. el artículo 2.2 de la Ley 37/1991, de Menores desamparados, de 30 de diciembre de 1991, de Cataluña, pues contiene un elenco de causas del desamparo que, según se advierte, contempla conductas tanto activas como omisivas, materiales o morales: “*a) Cuando faltan las personas a las cuales por ley corresponde ejercer las funciones de guarda, o cuando estas personas están imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con grave peligro para el menor; b) Cuando se aprecie cualquier forma de incumplimiento o de ejercicio inadecuado de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores o falten a éstos los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad; c) Cuando el menor presenta signos de malos tratos físicos o psíquicos, de abusos sexuales, de explotación u otros de naturaleza análoga*”.

47 Entre otros, ha puesto de relieve la dificultad de definición del desamparo moral, GIL RODRIGUEZ, “La entidad pública...”, *cit.*, pp. 36 y 37.

48 En efecto, según va dicho, constituiría desamparo *ex art.* 239.3 Cc. la desasistencia originada por un “*inadecuado ejercicio*” de los deberes de protección. Tal sería el caso, por ejemplo, de existencia de tutor o familiares –si éstos son los tutores– que no puedan o no quieran ocuparse de los tutelados. Vid. sobre este punto, FABREGA RUIZ, *Protección jurídica...*, *cit.*, p. 85.

49 Sirva lo que a continuación se expone como resumen de las ventajas e inconvenientes de ambas opciones. Que sea la Administración Pública la encargada de la declaración del desamparo facilita el automatismo a que parece referirse el artículo 239.3 Cc. –“*asumirá por ministerio de la Ley la tutela (...) cuando éste se encuentre en situación de desamparo*”–, y permite una mayor rapidez en la intervención a fin de salvaguardar el interés del mayor y proceder efectivamente a remediar una real situación de desprotección.

de enero, del Menor, despejó las posibles dudas reconociendo el carácter administrativo de la declaración de desamparo. En efecto, a lo que parece, con tal instrumento, y siguiendo la línea iniciada por la Ley 21/1987, se amplió la intervención administrativa en materia de menores con el fin de dar una ayuda más eficaz e inmediata y con el fin de evitar también el colapso de los tribunales descargándoles de parte del trabajo. Traslado, cuyo éxito depende básicamente del buen funcionamiento de los entes administrativos<sup>50</sup>.

Así las cosas, al igual que sucede en el ámbito de menores, la declaración de desamparo de, en nuestro caso, los mayores incapacitados también tiene carácter administrativo y su procedimiento se regula por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y del Procedimiento Administrativo Común. En efecto, la entidad pública es la encargada de examinar la existencia de desprotección moral o material del mayor incapacitado y del incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección en orden a la declaración de desamparo<sup>51</sup>.

Una de las ventajas del carácter administrativo del procedimiento de declaración del desamparo es que, sin necesidad de intervención judicial previa, que ordinariamente conlleva un ralentizamiento del proceso, permite atajar con mayor celeridad la situación de desprotección existente<sup>52</sup>.

La citada declaración de desamparo se contendrá en un acto administrativo que ha de resultar de un expediente contradictorio con todas las garantías de los procedi-

---

De todas maneras, según algunos autores, la intervención administrativa no constituiría suficiente garantía para el potencial desamparado, siendo el juez el único que, con su actuación, salvaguardaría cumplidamente las exigencias de garantía jurisdiccional (art. 24.1 CE) y las del desarrollo integral de la persona (arts. 10.1 y 39 CE.) –afirmación efectuada en el ámbito de protección de menores donde la tutela *ex lege* en caso de desamparo suspendería la patria potestad (cfr. art. 172.1 Cc.), sin procedimiento judicial (cfr., entre otros, CABALLERO GONZALEZ, *La tutela de los menores en situación de desamparo*, La Ley, Madrid, 1988, p. 2 y SERRANO GARCIA, “Comentario al artículo 172 del Código civil”, *Comentario del Código civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 579)–. Junto con ello, este sector doctrinal estima también que la exigencia en todo caso de una declaración judicial no vulneraría el artículo 229 Cc., relativo a los sujetos obligados a pedir la constitución de la tutela, ni el artículo 239 Cc.; ni tampoco parecería descabellado exigir tal declaración judicial para el reconocimiento del desamparo a la vista de que el ordenamiento jurídico exige la intervención del juez en materias objetivamente de menor importancia. La mayor dificultad que presentaría entonces la intervención del juez es que ralentizaría demasiado el procedimiento, en cuyo caso no respondería ya a la finalidad para la que se estableció: eliminar, a la mayor rapidez posible, las situaciones de desamparo.

50 A lo que parece, el legislador era consciente del cambio que estaba introduciendo en esta materia al no exigir la intervención del juez en la declaración de desamparo. Actualmente, la innecesariedad de declaración judicial se justifica, entre otras razones, a la vista del texto del artículo 172 Cc., en atención al cumplimiento del interés del menor –la intervención de la Administración será más rápida ante situaciones que requieran una protección urgente–, y por el carácter fáctico del desamparo (cfr. BALLESTEROS DE LOS RIOS, *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 159). Son partidarios de esta opinión, entre otros, LLEBARIA SAMPER, *Tutela automática, guarda y acogimiento de menores (Estudio sistemático de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre)*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 52, RUIZ-RICO, “La tutela *ex lege*...”, *cit.*, pp. 64 y 65, y FERNANDEZ GONZALEZ, *El desamparo...*, *cit.*, p. 43.

51 A pesar de ser un procedimiento administrativo, la relación que surge como consecuencia de la tutela entre el tutor –la entidad pública– y el tutelado –incapacitado en situación de desamparo– es de naturaleza jurídico-civil.

52 El procedimiento administrativo ordinariamente suele ser más rápido que el judicial: su duración suele ser de tres a seis meses (cfr. art. 42 LJRAE.). Junto con ello, GIL RÓDRIGUEZ (“La entidad pública...”, *cit.*, p. 44), ha advertido que la diferencia terminológica entre la tutela del artículo 239.3 Cc. y la de su antecedente el artículo 172 Cc. puede dar a entender que aquella es “menos automática” que ésta. Y es que, mientras que en el artículo 172 Cc. se establece que cuando haya menores en desamparo, la entidad pública “tiene” la tutela, en el caso de incapaces en desamparo, la entidad pública solamente la “asumirá” (cfr. art. 239.3 Cc.). En otro orden de cosas y respecto de los plazos de oposición a la resolución administrativa del desamparo vid. el artículo 172.7 Cc. recientemente modificado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

mientos administrativos: fases de iniciación, ordenación, instrucción y terminación. Siendo ello así, el acto de declaración del desamparo tendrá distinto contenido y efectos en cada supuesto por cuanto la existencia de desamparo ha de establecerse, según va dicho, mediante inducciones valorativas caso por caso y en atención a sus circunstancias<sup>53</sup>. Así y todo, y al objeto de evitar excesos de celo de la Administración Pública o defectos en la valoración, entiendo que, en atención al paralelismo conceptual existente entre el desamparo de menores y el de mayores incapacitados, y, ante la ausencia de regulación pormenorizada de este último, resulta referible la disposición contenida en el artículo 172.6 Cc. para el ámbito de menores a las declaraciones de desamparo de los mayores incapacitados. De acuerdo con tal previsión, las declaraciones de desamparo de mayores incapacitados pueden ser recurridas ante la jurisdicción civil sin necesidad de reclamación administrativa previa<sup>54</sup>. Este control jurisdiccional de las resoluciones de la Administración sobre el desamparo constituye un elemento básico del sistema legal de protección y se proyecta tanto sobre los requisitos formales de la resolución administrativa –por ejemplo, su motivación (art. 54 LJRAE.)– como sobre los requisitos de fondo –proporcionalidad, etc.–.

La consecuencia aneja a la declaración de desamparo es, según se deduce del artículo 239.3 Cc., la intervención de la “*entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la tutela de los incapaces*” haciéndose cargo del mayor incapacitado en situación de desamparo, a efectos de, por lo menos, resolver las circunstancias determinantes de aquél. O según señala el artículo 239.3 Cc. la asunción “*por ministerio de la ley (de) la tutela del incapaz (..) cuando éste se encuentre en situación de desamparo*”. De esta manera, la figura introducida por el artículo 239.3 Cc. para los supuestos de desamparo constituye una cláusula de cierre del sistema de protección jurídico-civil<sup>55</sup>. En los supuestos en que no exista tutor o éste no pueda ejercer los deberes de protección para con el incapacitado de modo que se dé la realidad fáctica del desamparo, la entidad pública asumirá su tutela y la ejercerá en el marco de sus competencias; pero eso ya es harina de otro costal.

---

53 Sobre este punto, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de noviembre de 1999 (AC 1999/8672).

54 También es posible que la declaración de desamparo pueda ser apreciada por un Tribunal a efectos del supuesto contenido en el párrafo 2 del artículo 239 Cc. a fin de verificar la posibilidad de nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias. Es decir, no todo expediente de tutela que tenga origen en una desasistencia moral o material está condicionada en su inicio o posibilidad de incoación a la declaración administrativa de desamparo.

55 De esta opinión, pero en el ámbito de menores, son IGLESIAS REDONDO, *Guarda, asistencia, tutela ex lege y acogimiento de menores (en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la ley de Enjuiciamiento civil)*, Cedecs, Barcelona, 1996, p. 66 y DE PABLO CONTRÉRAS, “Comentario al artículo 172 del Código civil”, *Comentarios a las reformas del Código civil*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 62 y 63.