



II

Legislación
básica acerca del
procedimiento
de incapacidad
y la tutela



Legislación Básica acerca del Procedimiento de Incapacidad y la Tutela

La normativa básica acerca del procedimiento de incapacidad y la tutela, se contiene en el Libro I, del título IX del Código Civil y en Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

A continuación se exponen las cuestiones más importantes que nos debemos plantear cuando tengamos constancia de la existencia de una persona que pensemos necesitada de protección legal o cuando valoremos la posibilidad de asumir su tutela, así como las normas legales que fundamentan las respuestas.

¿QUÉ ES EL PROCEDIMIENTO DE INCAPACIDAD?

Este proceso, tiene como único objeto revisar la capacidad jurídicamente se nos presume a todos, para comprobar si es necesario o no establecer medidas de protección.

Deberemos tomar siempre en cuenta que independientemente de la gravedad de la enfermedad o deficiencia padecida, no existe limitación alguna en la capacidad de obrar de la persona sin que exista una sentencia judicial que así lo declare.

Así se señala en las siguientes disposiciones del Código Civil:

Artículo 199:

Nadie puede ser incapacitado sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley.

Artículo 200:

Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

¿QUIÉN PUEDE INICIAR EL PROCEDIMIENTO?

El procedimiento sólo puede ser iniciado por el cónyuge o quien se encuentra en situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes o hermanos de la persona sobre la que se solicite alguna medida de protección. Puede también iniciarlo la persona necesitada de protección.

Además, el Ministerio Fiscal debe promoverlo cuando las personas mencionadas no existieren o no lo hubieren promovido.

Ninguna otra persona, física o jurídica está legitimada para iniciarlo. Ello no obstante cualquiera persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que pudieran indicar que una persona necesita de alguna medida de protección.

Así se regula en el **artículo 757 de la Ley de Enjuiciamiento Civil**, en el que bajo la rúbrica de la “Legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad” se afirma:

- 1) La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz.
- 2) El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.
- 3) Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.
- 4) No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.
- 5) La declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos. Si no la pidieren los representantes legales, lo hará el Ministerio Fiscal.

¿QUÉ ES LA TUTELA?

La tutela es una institución concebida para la guarda y protección de aquellas personas que han perdido total o parcialmente su capacidad de autogobierno.

La tutela puede tener por objeto a la propia persona, su patrimonio o ambas cosas.

Así se recoge en el Código Civil:

Artículo 215:

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:

- 1) La tutela.
- 2) La curatela.
- 3) El defensor judicial.

¿QUIÉN PUEDE SER NOMBRADO TUTOR?

Aun cuando el Código Civil establece un orden de preferencia para el nombramiento de tutor, en atención al superior interés de la persona necesitada de protección, el Juez puede designar tutor a cualquier persona física o jurídica que considere idónea.

Así se recoge en los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 223:

Los padres podrán en testamento o documento público notarial nombrar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados.

Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.

Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado.

En los procedimientos de incapacitación, el juez recabará certificación del Registro Civil y, en su caso, del registro de actos de última voluntad, a efectos de comprobar la existencia de las disposiciones a las que se refiere este artículo.

Artículo 224:

Las disposiciones aludidas en el artículo anterior vincularán al Juez, al constituir la tutela, salvo que el beneficio del menor o incapacitado exija otra cosa, en cuyo caso lo hará mediante decisión motivada.

Artículo 225:

Quando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente en cuanto fueran compatibles. De no serlo, se adoptarán por el Juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes para el tutelado.

Artículo 226:

Serán ineficaces las disposiciones hechas en testamento o documento público o notarial sobre la tutela si, en el momento de adoptarlas, el disponente hubiese sido privado de la patria potestad.

Artículo 234:

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 exige.

Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida familiar del tutor.

Artículo 235:

En defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado, y en beneficio de éste, considere más idóneo.

Artículo 240:

Si hubiere que designar tutor para varios hermanos, el Juez procurará que el nombramiento recaiga en una misma persona.

Artículo 241:

Podrán ser tutores todas las personas que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos siguientes.

¿PUEDEN SER TUTORES LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Después de la reforma llevada a cabo en el año 1983, no sólo pueden ser tutores las personas físicas, sino también las jurídicas, siempre y cuando cumplan los requisitos recogidos en el **artículo 242 del Código Civil:**

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

Asimismo, deberá tomarse en cuenta lo dispuesto en el artículo 239 del mismo texto, conforme al cual:

Artículo 239:

La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la Entidad a que se refiere el artículo 172.

Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en beneficio para éste.

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 a las Leyes, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

¿EXISTEN PERSONAS QUE NO PUEDEN SER NOMBRADAS TUTORES?

Sí, el Código Civil advierte que hay determinadas personas que no pueden ser designadas como tutores:

Artículo 243:

No pueden ser tutores:

- 1) Los que estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o total u parcialmente de los derechos de guarda y educación, por resolución judicial.
- 2) Los que hubieren sido legalmente removidos de una tutela anterior.
- 3) Los condenados a cualquier pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena.
- 4) Los condenados por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñarán bien la tutela.

Artículo 244:

Tampoco pueden ser tutores:

- 1) Las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho.
- 2) Los que tuvieren enemistad manifiesta con el menor o incapacitado.
- 3) Las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida.
- 4) Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado, mantengan con él pleito o actuaciones sobre el estado civil o sobre la titularidad de los bienes, o los que le adeudaren sumas de consideración.
- 5) Los quebrados y concursados no rehabilitados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona.

Artículo 245:

Tampoco pueden ser tutores los excluidos expresamente por el padre o por la madre en sus disposiciones en testamento o documento notarial, salvo que el Juez, en resolución motivada, estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado.

¿QUIÉN EJERCE EL CONTROL DE LA TUTELA?

Tras la reforma del Código Civil llevada a cabo en el año 1983 se cambió el sistema tutelar en nuestro derecho, pasándose de una tutela de familia a una tutela de autoridad, ya que

en atención al superior interés de la persona protegida, su ejercicio está siempre sometido al control por parte del Juez y del Ministerio Fiscal.

Los mecanismos de control son fundamentalmente cuatro:

- 1) La presentación de un inventario de todos los bienes y derechos del tutelado en el plazo de 60 días desde la aceptación del cargo.
- 2) La presentación de un informe anual sobre la situación personal y patrimonial del tutelado.
- 3) La posibilidad que tiene el Ministerio Fiscal para exigir al tutor que le informe en cualquier momento sobre la situación del tutelado y el estado de administración de la tutela.
- 4) Al cesar en sus funciones el tutor debe rendir en un plazo de tres meses cuenta general justificada de su administración

Así se recoge en las siguientes disposiciones del Código Civil:

Artículo 232:

La tutela se ejercitará bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal, que actuará de oficio o a instancia de cualquier interesado.

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

Artículo 233:

El Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituye la tutela o en otra posterior las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado, Asimismo podrá en cualquier momento exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración.

Artículo 262:

El tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo.

Artículo 266:

El tutor que no incluya en el inventario los créditos que tenga contra el tutelado, se entenderá que los renuncia.

¿QUÉ NO PUEDE HACER EL TUTOR?

Durante el ejercicio de su cargo y de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 221 del Código Civil**, se prohíbe a quien desempeñe algún cargo tutelar:

- 1) Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión.
- 2) Representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses.
- 3) Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título.

¿CUÁLES SON LAS OBLIGACIONES DEL TUTOR?

Además de las obligaciones derivadas del control de la tutela por parte del Juez y del Ministerio Fiscal, el tutor queda obligado a:

- Velar por el tutelado.
- Procurarle alimentos.
- Promover la adquisición o recuperación de su capacidad de tutelado, así como su mejor inserción en sociedad.
- Administrar sus bienes con la diligencia de un buen padre de familia.

Así se establece en los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 267:

El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí sólo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación.

Artículo 268:

Los sujetos a tutela deben respeto y obediencia al tutor, los tutores podrán, en el ejercicio de su cargo, recabar el auxilio de la autoridad. Podrán también corregir a los menores razonable y moderadamente.

Artículo 269:

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.

Artículo 270:

El tutor único y, en su caso, el de los bienes es el administrador legal del patrimonio de los tutelados y está obligado a ejercer dicha administración con la diligencia de un buen padre de familia.

¿UNA VEZ ACEPTADO EL CARGO, ES POSIBLE EXCUSARNOS DEL EJERCICIO DE LA TUTELA?

Sí, aún cuando la tutela debe suponer un compromiso serio y a largo plazo por quien está llamado a ella, circunstancias sobrevenidas pueden ser tomadas en cuenta para la persona inicialmente nombrada pueda dejar su cargo y procederse a la designación de otra para desempeñarlo. A este procedimiento se le denomina “excusa del cargo” y sus posibles causas se recogen en los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 217:

Sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos.

Artículo 251:

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, las personas jurídicas podrán excusarse cuando carezcan medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela.

Artículo 252:

El interesado que alegue causa de excusa deberá hacerlo dentro del plazo de quince días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento.

Artículo 253:

El tutor podrá excusarse de continuar ejerciendo la tutela, siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle, cuando durante el desempeño de aquélla le sobrevenga cualquiera de los motivos de excusa contemplados en el artículo 251.

Artículo 255:

Si la causa de excusa fuera sobrevenida, podrá ser alegada en cualquier momento.

Artículo 256:

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

No haciéndolo así, el Juez nombrará un defensor que le sustituya, quedando el sustituido responsable de todos los gastos ocasionados por la excusa si ésta fuera rechazada.

Artículo 257:

El tutor designado en testamento que se excuse de la tutela al tiempo de su delación perderá lo que, en consideración al nombramiento, le hubiere dejado el testador.

¿QUÉ ACTOS NO PUEDE EL TUTOR REALIZAR EN NOMBRE DEL TUTELADO?

Pese a ser el representante legal del tutelado, existen determinados actos que el tutor no podrá hacer sin expresa autorización judicial. Así se recoge en los artículos 271 y 272 del Código Civil:

Artículo 271:

El tutor necesita autorización judicial:

- 1) Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

- 2) Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.
- 3) Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.
- 4) Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.
- 5) Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.
- 6) Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.
- 7) Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.
- 9) Para dar y tomar dinero a préstamo.
- 9) Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.
- 10) Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado.

Artículo 272:

No necesitarán autorización judicial la partición de herencia ni la división de cosa común realizadas por el tutor, pero una vez practicadas requerirán aprobación judicial.

¿ES POSIBLE QUE UNA PERSONA SEA CESADA EN EL CARGO DE TUTOR?

Sí, a esto se le llama remoción del cargo y se regula en el siguiente artículo del Código Civil:

Artículo 247:

Serán removidos de la tutela los que después de deferida incurran en causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados.

¿SE EXTINGUE LA TUTELA?

La tutela de las personas mayores de edad se extingue por el fallecimiento de la persona sometida a tutela y por sentencia que ponga fin a la situación de la incapacidad o sustituya la tutela por una curatela.

Así se establece en los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 276:

La tutela se extingue:

- 1)** Cuando el menor de edad cumple los dieciocho años, a menos que con anterioridad hubiera sido judicialmente incapacitado.
- 2)** Por la adopción del tutelado menor de edad.
- 3)** Por fallecimiento de la persona sometida a tutela.
- 4)** Por la concesión al menor del beneficio de la mayor edad.

Artículo 277:

También se extingue la tutela:

- 1)** Cuando habiéndose originado por privación o suspensión de la patria potestad, el titular de ésta la recupere.
- 2)** Al dictarse la resolución judicial que ponga fin a la incapacitación, o que modifique la sentencia de incapacitación en virtud de la cual se sustituye la tutela por la curatela.

¿QUÉ ES LA CURATELA?

La curatela es otra institución de guarda y protección de la persona, que al igual que la tutela se constituye por resolución judicial para proteger a la persona que hubiera perdido su capacidad de autogobierno.

La diferencia entre tutor y curador viene dada por la amplitud de esa pérdida de autogobierno, de tal forma que el tutor es el representante de la persona en el ejercicio de todos sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones. Al contrario, el curador sólo le asiste, complementa su capacidad, sólo en aquellos actos que en la sentencia expresamente se hubiere señalado que no puede realizar por sí sólo.

La mayoría de las disposiciones de la tutela, son también aplicables a la curatela, si bien expresamente para regular esta figura se recogen los siguientes artículos del Código Civil:

Artículo 287:

Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloque bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento.

Artículo 288:

En los casos del artículo 286, la curatela no tendrá otro efecto que la intervención del curador en los actos que los menores pródigos no puedan realizar por sí solos.

Artículo 289:

La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido.

Artículo 290:

Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan, según este Código, autorización judicial.

Artículo 293:

Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1.301 y siguientes de este Código.

¿ES POSIBLE QUE UNA PERSONA INCAPACITADA RECUPERE SU CAPACIDAD DE OBRAR?

No sólo es posible, sino como hemos visto es una obligación del tutor “promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad”.

Además de dicha disposición del Código Civil, también se refiere a ello la Ley de Enjuiciamiento Civil:

Artículo 761:

Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación:

- 1) La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida.
- 2) Corresponde formular la petición para iniciar el proceso a que se refiere el apartado anterior, a las personas mencionadas en el apartado 1 del artículo. 757, a las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, al Ministerio Fiscal y al propio incapacitado.

Si se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo.

- 3) En los procesos a que se refiere este artículo se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el artículo. 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda.

La sentencia que se dicte deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta.

¿QUÉ ES LA GUARDA DE HECHO?

El guardador de hecho es la persona que sin estar nombrado por el Juzgado por el Juzgado, como tutor o curador, está asumiendo de hecho la protección de la persona o los bienes de otra de cuya capacidad de obrar se dude, fundamentalmente por razones de edad o de enfermedad.

La única regulación existente al respecto la tenemos en el Código Civil:

Artículo 303:

Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 22 cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas.

Artículo 304:

Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.