

FUNDACIONES TUTELARES

REALIDAD ACTUAL Y RETOS DE FUTURO

Fernando Santos Urbaneja
Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba
Coordinador del Foro Andaluz del Bienestar Mental

© *Fernando Santos Urbaneja*
Mayo 2016

fsurbaneja@telefonica.net

Todos mis trabajos en:
<http://fernandosantosurbaneja.blogspot.com/>

RESUMEN:

En el año 1983, la propuesta de que una entidad pudiera ejercer la tutela resultó para muchos una ocurrencia disparatada.

No muchos años después su necesidad se hizo notoria y comenzaron a surgir las primeras Fundaciones Tutelares.

En el año 2003, la reforma del artículo 239 del Código Civil que obligaba a las entidades públicas con competencia en la materia, a asumir la tutela de personas incapacitadas en situación de desamparo, precipitó la creación de Fundaciones Tutelares de distinto tipo. La premura llevó a hacerlo con notables dosis de improvisación.

A medio plazo, los déficits organizativos unido a la insuficiencia de medios para atender una creciente cifra de tutelados, ha puesto a las Fundaciones Tutelares al borde del colapso.

Es hora de repensar el papel de las Fundaciones Tutelares: Partir de los retos de presente para hacer una proyección de futuro.

PALABRAS CLAVE:

Ocurrencia – Diversidad – Organización – Medios – Financiación – Apoyos – Flexibilidad – Futuro – Retos

ÍNDICE

A.- REALIDAD ACTUAL DE LAS FUNDACIONES TUTELARES

- 1.- Diversidad de modelos organizativos.
- 2.- Desbordamiento en el ejercicio de sus funciones.

** Incremento de tutelados.*

** Nuevos perfiles*

B.- ¿SON SOSTENIBLES LAS FUNDACIONES TUTELARES?

- 1.- La cuestión de los medios.
- 2.- La financiación de la Fundaciones Tutelares.
- 3.- La cuestión de la responsabilidad civil.

C.- RETOS DE FUTURO

- 1.- Adaptación a las Recomendaciones de la Unión Europea y a los principios y directrices de la Convención de la ONU de 2006 sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

** Reforma del año 1983*

** La importancia de año 1999*

** La importancia del año 2006*

** Necesidad inaplazable de reforma de la legislación civil*

- 2.- Incorporación de nuevas funciones.

A.- REALIDAD ACTUAL DE LAS FUNDACIONES TUTELARES

1.- Diversidad de modelos organizativos

Una mirada “a vista de pájaro” sobre la realidad de las Fundaciones Tutelares actualmente existentes, permite apreciar la gran diversidad de modelos organizativos en torno a las mismas. Puede decirse que cada Comunidad Autónoma tiene el suyo y que, en algunas de ellas, la organización es dispar en las distintas provincias o territorios que la integran.

En buena medida ello ha sido consecuencia de la introducción en el Código Civil, en virtud de la reforma realizada por la Ley 41/2003 de 18 de Noviembre, del Art. 239 que decía:

“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.

La premura por atender esta obligación legal llevó, allí donde no existían entidades tutelares, a organizar precipitadamente estos recursos, en bastantes casos con fuertes dosis de improvisación.

Así, podemos encontrar Fundaciones de naturaleza pública, privada, participada, privada con financiación pública o mixta, publica-concertada, etc... Estos déficits de organización han supuesto un lastre de funcionamiento para muchas de ellas.

2.- Desbordamiento en el ejercicio de sus funciones.

* Incremento de tutelados

En los momentos iniciales, mientras las Fundaciones tuvieron un número de tutelados acorde a sus posibilidades, las cosas fueron bien.

Ocurre que, ya desde hace años, el número de tutelados de las Fundaciones no ha hecho sino crecer sometiendo a éstas, es decir, a los profesionales que trabajan en ellas, a poco soportables situaciones de estrés, sobre todo si se pretende actuar en el ámbito de la atención personal e individualizada y no limitarse a una llevanza de cuentas.

Desde todos los puntos (Institucional, familiar, vecinal, etc...) llegan a diario solicitudes para que las Fundaciones asuman tutelas.

Ahora, con la perspectiva que proporcionan los años, resultan especialmente llamativos los argumentos que en el año 1983 se dieron en las Cortes para oponerse a que una persona jurídica pudiese asumir una tutela.

En la reforma del Código Civil realizada en virtud de la Ley 13/1983 de 24 de Octubre, se introdujo el siguiente precepto:

Artículo 242

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

La lectura del Diario de Sesiones del debate de esta Ley permite conocer el grado de extrañeza que produjo esta propuesta a la que se hacía una doble objeción:

Una de carácter técnico, basada en una opinión muy extendida según la cual la función tutelar tiene una dimensión *“esencialmente personal”* basada en el afecto y relación singular entre tutor y tutelado, que se aviene mal con la abstracción e inconcreción propias de las entidades.

Los defensores de esta postura mantenían que la tutela es una institución propia y genuina del derecho de Familia, que sólo tiene sentido en éste ámbito y que no puede ser encomendada a entes sin perder la esencia de su carácter y fisonomía.

Buena prueba de esta posición la encontramos en la intervención del senador Sr. Reigada Montoto quien manifestó que era *“un disparate cómico”* plantear la tutela de las personas jurídicas, para añadir que *“de esto al matrimonio de dos Sociedades de Responsabilidad Limitada falta muy poco”*¹

Otra, sobre la oportunidad de su planteamiento, pues no fueron pocos los parlamentarios que manifestaron sus críticas por plantear un debate vacío, pues no obedecía a una demanda social ni a una necesidad real pues suponían que todas las personas incapacitadas contaban con algún familiar apto para desempeñar la tutela.

Frente a esta objeción cabe señalar que aunque en el año 1983 las dificultades para encontrar tutores dentro del seno de las familias no eran tan evidentes como en la actualidad, el problema ya estaba planteado y demandaba solución.

En este sentido, la contestación que el Senador Sr. Ramis Rabassa dio al Senador Sr. Reigada Montoto, ofrece una pista sobre el origen de la propuesta.

¹ Diario de Sesiones del Senado nº 28 Pag. 1407.

“Se consultó a todos o prácticamente a todos los directores y a los representantes de Entidades que están al cuidado de personas con discapacidad, y puedo afirmar a su Señorías que fue a petición de ellos y por ruego de ellos por lo que se dejó el Proyecto tal y como estaba”²

* Nuevos perfiles

No ha sido solo el abrumador incremento del número de tutelados, quizás lo que más compromete actualmente el funcionamiento de las Fundaciones, son los nuevos perfiles de los tutelados. Así las Fundaciones reciben cada vez con mayor frecuencia:

- * Personas con trastornos de personalidad (unido en ocasiones al consumo de tóxicos)
- * Personas con trastornos con trastornos de conducta (inadaptación, inmadurez)
- * Personas con trastornos mentales graves sin sujeción a tratamiento

Estas personas requieren un altísimo grado de supervisión y seguimiento que desborda las actuales posibilidades de las Fundaciones Tutelares.

En mi opinión en estos casos las Fundaciones Tutelares podrían excusar la aceptación del cargo en base a lo dispuesto en el Art. 251 del C. Civil que establece:

“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 de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela”.

Las reflexiones contenidas en este apartado sobre el número y perfil de los tutelados llevan plantear la siguiente pregunta:

B.- ¿SON SOSTENIBLES LAS FUNDACIONES TUTELARES?

² Diario de Sesiones del Senado nº 28 Pag. 1408.

1.- La cuestión de los medios.

En mi opinión, con los medios personales y materiales de las que están actualmente dotadas, la mayor parte de las Fundaciones Tutelares son insostenibles en lo que debe ser la esencia del ejercicio tutelar, esto es, la atención al aspecto personal del tutelado.

En cuanto a la mera llevanza de cuentas y cumplir requisitos formales y burocráticos, las posibilidades de atención son mayores.

2.- Dotación y financiación

Es urgente dotar a las Fundaciones de los medios personales y materiales que precisan y establecer un modelo de financiación homogéneo y suficiente, lo cual es compatible con la retribución que el Juez puede establecer a favor del tutor. Esta retribución, dentro de los límites legales deberá ser mayor o menor tanto en función del volumen del patrimonio del tutelado, como de la mayor o menor necesidad de atenciones que precise.

3.- La cuestión de la responsabilidad civil.

Para la supervivencia y sostenibilidad de las Fundaciones Tutelares resulta de trascendental importancia abordar y resolver el tema de la responsabilidad civil de las mismas por hechos realizados por sus tutelados.

La necesidad de hacerlo es aún mayor si lo conectamos con el aumento ya tratado de tutelados con alto nivel de autonomía y alta probabilidad de protagonizar altercados y conductas generadoras de daños.

Los Tribunales tienden a imponer de modo casi automático la responsabilidad civil subsidiaria de los tutores por los hechos realizados por los tutelados.

Es urgente una modificación legal, al igual que ocurrió en el caso de los maestros respecto de los niños, que module y encauce este tipo de responsabilidad cuando de tutores se trate.

Mientras tanto una buena práctica sería la contratación de los correspondientes seguros de responsabilidad civil.

C.- RETOS DE FUTURO

1.- Adaptación a las Recomendaciones de la Unión Europea y los principios y directrices de la Convención de la ONU de 2006 sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

* Reforma del Código Civil del año 1983

La reforma del Código Civil realizada en el año 1983 (Ley 13/1983 de 24 de Octubre) realizó una primera adaptación de nuestra legislación civil en materia de discapacidad a los principios y directrices de la Constitución de 1978.

Puede decirse que esta reforma fue una especie de “primera transición” entre el modelo antiguo y el modelo emergente.

Ocurrió que, de hecho, más allá de los buenos propósitos e intenciones de la ley, su incidencia en la práctica de los tribunales fue muy escasa.

* Importancia del año 1999

El año 1999 es importante en un doble sentido:

1.- Se estaban realizando los trabajos preparatorios de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

En este contexto, desde la Fiscalía de Córdoba se formulan las “Propuestas de sencillez y flexibilidad en materia de tutela”

Algunas de estas propuestas (tramitación de la pretensión de incapacitación por juicio verbal, posibilidad de nombrar tutor en la propia sentencia) fueron acogidas en el texto definitivo (Ley 1/2000 de 7 de Enero), pero otras muchas no se convirtieron en ley.

2.- El Comité de Ministros del Consejo de Europa elaboró la Recomendación de 23 de Febrero de 1999 a los Estados miembros, sobre “Los Principios referentes a la protección jurídica de los mayores incapacitados”.

La aludida Recomendación hace referencia expresa al “principio de flexibilidad en la respuesta jurídica” sobre las siguientes bases:

1º.- Es necesario que las legislaciones nacionales prevean un marco legislativo suficientemente flexible para admitir varias respuestas jurídicas, correspondiendo a aquéllas definir la selección de los medios elegidos.

2º.- La legislación debe ofrecer medidas de protección u otros mecanismos jurídicos simples y poco onerosos.

Podrían consistir, entre otras, en confiar la gestión de fondos a la administración hospitalaria, en designar representantes con poderes estrictamente limitados por las autoridades administrativas según un procedimiento simple y poco costoso.

3º.- Deben arbitrarse medidas que no restrinjan necesariamente la capacidad jurídica de la persona en cuestión o a una intervención concreta, sin necesidad de designar un representante dotado de poderes permanentes.

Puede ser suficiente con la autorización por parte del mismo tribunal o de otro órgano de la intervención.

4º.- Convendría considerar medidas que obliguen al representante a actuar conjuntamente con el mayor y tenerlo en cuenta y así como medidas que prevean la designación de más de un representante.

5º.- Deberían incluirse entre las medidas de protección que, aquellas decisiones que presentan un carácter menor o rutinario y que afecten a la salud o al bienestar, puedan ser tomadas en nombre del mayor incapacitado por personas cuyos poderes emanan de la ley, sin ser necesaria una medida judicial o administrativa.

Si la protección y la asistencia necesarias pueden ser garantizadas por la familia o terceros que intervengan en los asuntos del mayor incapacitado, no es necesario tomar medidas formales. Ahora bien, si las decisiones tomadas por un pariente o por una persona que intervenga en los asuntos del mayor incapacitado son reconocidas por la Ley, todo poder conferido o reconocido deberá ser cuidadosamente limitado, controlado y vigilado.

** Importancia del año 2006*

A nivel interno en el año 2006 se publicó la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención de a las Personas en situación de Dependencia, conocida coloquialmente como “Ley de las Dependencias” (Ley 39/2006 de 14 de Diciembre)

A nivel internacional, casi en la misma fecha, el día 13 de Diciembre de 2006, se promulgó la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

** Necesidad inaplazable de reforma de la legislación civil*

La exigencia de aunar en la legislación civil española, los principios de flexibilidad y autonomía, obligaban a una profunda revisión de la misma.

A ello se comprometió el Gobierno en el año 2009, en los siguientes términos:

“El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de Diciembre de 2006”

(Disposición Final Primera de la Ley 1/2009 de 25 de Marzo de modificación de la Ley sobre el Registro Civil)

Desde entonces se han elaborado varios proyectos de reforma y adaptación de nuestra legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad sin que ninguno haya visto la luz.

No obstante va gozando cada vez de mayor consenso la idea de que han de arbitrarse dos procesos judiciales en este campo, conforme a la conocida teoría de la doble vía:

PRIMERA VÍA U OPCIÓN: Procedimiento concreto, simple y flexible para la evaluación de la necesidad de apoyos puntuales.

A través del que, una vez analizada la situación y en su caso, acordada la provisión del concreto apoyo y rendidas cuentas de la actuación, el procedimiento sería archivado definitivamente.

SEGUNDA VÍA U OPCIÓN: Proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.

Para supuestos complejos, en caso de personas con discapacidad que, por sus particulares circunstancias, tengan necesidad de realizar de modo frecuente actos jurídicos para los que precisan de apoyo; En casos en que se advierta la proliferación “motivos” que precisen de modo frecuente la intervención judicial se podría plantear el acudir al proceso de determinación de la capacidad de autogobierno y provisión de apoyos adecuados.

2.- Incorporación de nuevas funciones.

Para el deseado supuesto de que:

* Se dote a las Fundaciones de una financiación suficiente de medios materiales y personales

* Se adapte finalmente la legislación española a las Recomendaciones del Comité de Ministros de Consejo de Europa y los principios y directrices de la Convención de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

Las Fundaciones Tutelares podrían incorporar a su actuación otras funciones como:

- * Prestación de apoyos para actos concretos, con limitación temporal, derivados de las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos simples y flexibles.
- * Información, asesoramiento a personas con discapacidad que cuentan con amplios ámbitos de autogobierno y que, no obstante, precisan de apoyos puntuales para la realización de algún acto determinado (Ej: Declaración del I.R.P.F.; Gestiones burocráticas, etc...)
- * Información, asesoramiento a familiares, allegados y Guardadores de Hecho de personas con discapacidad.
- * Aceptar apoderamientos (poderes preventivos) de personas con discapacidad
- * Aceptar el control de apoderamientos realizados a favor de otras personas.
- * Aceptar el nombramiento de “asistente” (Figura existente en la Legislación de Cataluña)
- * Gestionar la respuesta inmediata en caso de urgencias en relación con personas con discapacidad, en coordinación con el sistema sociosanitario.
- * Participar en programas de “tratamiento asertivo” en coordinación con la red de salud mental.