

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Consulta 2/1998, de 3 de abril, sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas.

Referencia: FIS-Q-1998-00002

I

La atribución de las funciones tutelares sobre un incapaz mayor de edad a una Administración Autonómica, tras el rechazo no amparable en excusa legal por parte de los familiares, es el supuesto que da lugar a la consulta elevada. La previa constitución de la tutela en favor de la Consejería encargada de asuntos sociales había sido revocada por vía de recurso al carecer tal órgano de personalidad jurídica propia.

La Fiscalía consultante plantea tanto si el art. 242 del Código Civil ofrece cobertura suficiente para tal atribución de funciones tutelares a un ente público como si éste tendría la posibilidad de no aceptar la designación. Se responde afirmativamente a ambos interrogantes aportándose argumentos que se analizan al hilo de la resolución de la consulta. El papel, progresivamente potenciado, que el Ministerio Fiscal está llamado a protagonizar en materia de incapacidades y tutelas convierte todas las cuestiones relacionadas con esos temas en campo especialmente apto para la reflexión institucional propiciándose la unidad de criterios entre las distintas Fiscalías, sin perjuicio de las peculiaridades que pueden presentar algunas legislaciones autonómicas.

II

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela supuso, como ha sido reiteradamente destacado, un importante giro, al sustituirse el clásico sistema de tutela de familia por el de autoridad. Una de las muchas y significativas novedades que se introdujo, importándola del derecho comparado, fue la posibilidad de deferir la tutela en favor de personas jurídicas, ampliando así su capacidad a un ámbito del que tradicionalmente habían sido excluidas. Dispone el art. 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».

Esta innovadora disposición, pese a aisladas críticas, ha recibido merecidas alabanzas por representar un importante instrumento para proveer a mecanismos eficaces de protección de los incapaces. Una previsión similar figura en el art. 19 de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de Tutela e Instituciones Tutelares de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

De los variados problemas que suscita la exégesis de esa disposición, se trata ahora de abordar la cuestión planteada primeramente en la consulta: ¿es presupuesto suficiente por sí misma esta norma para que se nombre tutor a una entidad pública o es necesario algún complemento normativo?

De los tres requisitos que deben concurrir en una persona jurídica para asumir funciones tutelares según el art. 242, dos confluyen inequívocamente en las personas jurídico-públicas: la ausencia de ánimo de lucro y la personalidad jurídica propia.

Puede discutirse sin embargo si bastan las proclamaciones genéricas para considerar que también la finalidad de protección de menores e incapacitados puede apreciarse en las Administraciones Públicas.

III

Antes de profundizar en ese punto conviene dejar constancia, aunque sea de manera muy sintética, de la existencia de determinados organismos creados por entes públicos de carácter territorial -fundamentalmente Comunidades Autónomas- que han sido constituidos precisamente para asumir esas funciones tutelares.

La Diputación Provincial de Almería creó el 25 de mayo de 1990 el Instituto Almeriense de Tutela como «organismo autónomo local de naturaleza pública, carácter administrativo y sin ánimo de lucro, dependiente de la Diputación Provincial de Almería» y con personalidad jurídica propia (art. 4º de sus Estatutos) cuya finalidad es la «protección de personas adultas que no dispongan de plenas facultades para regir su vida y administrar su patrimonio» (art. 1º). En servicio de tal fin el Instituto ha de ejercer las funciones de tutor, curador o defensor judicial que le hayan podido ser encomendadas judicialmente (art. 2º 1). Destaca en los Estatutos la expresa referencia al Ministerio Fiscal (art. 11) en plena sintonía con las importantes funciones que en esta materia le confía la legislación (art. 232 del Código Civil).

Con características similares nació en la Comunidad Autónoma de Madrid la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos (Decreto 93/1990, de 4 de octubre). Su finalidad esencial radicaba en el ejercicio de la tutela, curatela y defensa judicial de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente. Esa Comisión, configurada en su origen como órgano administrativo, ha sido sustituida por la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos, ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia, sin ánimo de lucro, y con plena capacidad para el cumplimiento de sus fines (art. 1 de la Ley autonómica 4/1995, de 21 de marzo). Su actividad se rige por las normas de derecho privado. Las funciones principales de la Agencia vienen representadas por el ejercicio de la tutela, curatela o defensa judicial que le sean conferidas por la autoridad judicial, sin posibilidad de excusa (art. 4).

En el ámbito de la Generalitat Valenciana, el Decreto 142/1992, de 30 de junio dio vida a la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados como órgano dependiente de la Consejería de Trabajo y Asuntos Sociales encargado de asumir las funciones tutelares, de curatela o de defensa judicial cuando el nombramiento judicial recayese en la Generalitat Valenciana (art. 1).

La Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha creada en virtud de lo dispuesto en el art. 32 de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Solidaridad en Castilla-La Mancha, desarrollado por el Decreto 71/1997, de 17 de junio; y la Comisión Tutelar de Adultos de Extremadura (Decreto 52/1996, de 9 de abril) responden al mismo modelo: órgano administrativo encargado de llevar a cabo las funciones tutelares cuando la designación recae en la Administración Autonómica.

IV

Es obvio que la existencia de estos órganos o entes autónomos con esas finalidades específicas permite la atribución a los mismos de las funciones tutelares al amparo del art. 242 del Código Civil. Se trata de iniciativas que han de ser bienvenidas pues responden a una necesidad social sentida. El informe del Defensor del Pueblo sobre la situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España de 1991, tomando como referencia el Instituto Almeriense antes aludido, alentaba la constitución de instituciones semejantes. Su génesis en algunos casos no ha sido ajena al impulso, entusiasmo y empeño de miembros del Ministerio Público encargados de asumir esta importante parcela de la actividad del Fiscal.

Ahora bien, en los territorios que carecen de órganos o entes de ese tipo, ¿puede encomendarse la tutela a alguna de las Administraciones Públicas?

Está fuera de toda duda que esas Administraciones cuentan con personalidad jurídica propia (art. 3.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). La ausencia de ánimo lucrativo es también característica señalada de esas Administraciones Públicas.

Para cubrir todas las exigencias del art. 242 resta precisar si cabe predicar de todas o algunas de ellas esa finalidad específica de protección de menores e incapacitados que reclama el Código Civil en su art. 242.

Pese a que el Código utiliza una copulativa para unir ambas finalidades -menores e incapacitados-, no es necesario que los dos fines estén presentes simultáneamente en una persona jurídica, en el bien entendido de que no es indiferente la finalidad concreta. Una persona jurídica con objetivos que apunten exclusivamente a la protección de menores no podrá ser receptora de una designación como tutor de un adulto incapacitado. E igual cabe decir del supuesto inverso: la finalidad concreta de la persona jurídica condiciona el ámbito del posible ejercicio de funciones tutelares.

Tema muy debatido doctrinalmente ha sido el alcance de esa exigencia del art. 242. Para algunos tan solo aquellas personas morales que de forma específica y explícita cuenten entre sus fines bien la protección de menores, bien la de incapacitados serán idóneas para asumir las funciones tutelares de unos u otros. Esta interpretación restrictiva supondría la exclusión de asociaciones que aun buscando fines concomitantes, como los genéricos asistenciales o educativos, no se refieran de forma estricta y expresa a esas finalidades tuitivas de la infancia o de los minusválidos psíquicos o discapacitados. Esta plataforma interpretativa dificultaría en gran medida la aplicabilidad del art. 242 a las personas jurídicas públicas.

Predomina sin embargo en la doctrina y en la praxis una tesis más flexible y más acorde con la teleología del art. 242 del Código Civil que dé cabida a todas aquellas asociaciones y entidades con fines que, de una u otra forma, impliquen esa protección de menores o incapacitados, aunque no se mencionen de manera explícita esas expresiones. En esta línea se citan por los comentaristas asociaciones de rehabilitación de alcohólicos o de profilaxis de la salud mental.

Esta segunda interpretación no solo es más operativa desde el punto de vista práctico, sino que además no merma el rigor que debe regir tales designaciones garantizado por la intervención preceptiva de la Autoridad Judicial con posibilidad de valorar en cada caso la idoneidad de la persona jurídica para asumir el oficio tutelar. Además, así se sintoniza mejor con la génesis del precepto. En uno de los precedentes del texto que definitivamente plasmó en ley esa finalidad no se erigió en requisito imprescindible: cualquier persona jurídica podía ser nombrado tutor, aunque si entre sus finalidades no se encontraban las señaladas se facultaba a la entidad para rechazar la designación.

Desde este entendimiento se crea un terreno bien abonado para considerar que en el ámbito del art. 242 pueden comprenderse también a las personas jurídicas de carácter público de las que pueda predicarse esa finalidad de protección de incapaces en un sentido lato y no específico.

V

La argumentación sobre la presencia de esas finalidades reclamadas por el art. 242 del Código Civil en las entidades públicas ha de partir inevitablemente de la cita de varios preceptos constitucionales encuadrados en el capítulo tercero del Título I de la Constitución como principios rectores de la política social y económica de indiscutible contenido jurídico pese a las limitaciones que comporta el art. 53.3. Los arts. 43.2, 49 y 50, sin olvidar el art. 9.2, suponen para los Poderes Públicos la obligación constitucional de establecer y promover formas eficaces de protección de la infancia y de los incapaces. En desarrollo de esas previsiones los arts. 1 y 3.2 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre integración social de los minusválidos, recalcan la obligación de los poderes públicos de prestar todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos de los minusválidos, entre los que se encuentra en el caso de disminuidos psíquicos garantizar su tutela en caso de necesidad. Por su parte el art. 2 remite a la declaración de derechos del deficiente mental aprobada por las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971 cuyo punto 5 estatuye el derecho a contar con la asistencia de un tutor calificado cuando resulte indispensable para la protección de su persona y bienes.

Ahora bien, esas menciones constitucionales y las declaraciones genéricas aludidas no conforman un marco suficiente para poder designar tutor a cualquier entidad pública. Los principios mencionados han de inspirar la tarea de todos los poderes públicos en la realización de sus competencias específicas, pero no se erigen en finalidades de todos y cada uno de esos entes públicos. Es necesario algo más: que la persona jurídica pública en concreto cuente

entre sus atribuciones legales (art. 3.2 de la aludida Ley 13/1982) esa finalidad de protección de menores o incapaces, aunque no lo sea de forma explícita o expresa como sucede con los entes citados (como la Agencia para la Tutela de Adultos de la Comunidad de Madrid o el Instituto Almeriense de Tutela), sino embebida en otras funciones asistenciales más genéricas.

Desde esa interpretación laxa y elástica de ese requisito del art. 242 resulta incuestionable que la atribución de competencias en materia de asistencia social es presupuesto suficiente para entender cubierta la exigencia finalística presente en el referido precepto. Tanto las Comunidades Autónomas (art. 148.1.20a de la Constitución) como los Municipios (art. 25.2.k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local), como las Diputaciones Provinciales (arts. 37 de la citada Ley 7/1985 y 5 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre del Proceso Autonómico) pueden asumir competencias en esa materia y, por tanto, en esos casos podrían ser receptores de la designación como tutor de un adulto incapacitado al amparo de lo establecido en el art. 242 del Código Civil.

Por otra parte, solo desde ese entendimiento se puede encontrar una plataforma legal sobre la que edificar la creación en determinadas Comunidades Autónomas, tal y como se ha mencionado con anterioridad, de órganos que, dentro de la estructura administrativa, tienen asignadas las tareas anejas a la asunción de la tutela por el ente autonómico. Tales órganos, sin personalidad jurídica propia, parten de la posibilidad legal de que la tutela de incapaces sea encomendada a la Administración autonómica.

Por tanto, aunque algunas voces desde la doctrina han negado que el art. 242 estuviese pensado también para personas jurídico-públicas, lo cierto es que nada impide al cobijo de tal precepto designar a éstas tutores de incapaces siempre que pueda detectarse entre sus fines, competencias o funciones tareas que, de forma específica o genérica, supongan la protección de discapacitados. De esta forma, así como en materia de menores las Entidades Públicas asumen directamente y por ministerio de la ley la tutela cuando existe una situación de desamparo (art. 172 del Código Civil en relación con la disposición adicional 1a de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre y el art. 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor), sin perjuicio de la posibilidad de que se nombre una tutela ordinaria (art. 239), en materia de adultos cabe la designación judicial en los términos examinados. Tratándose de personas mayores de edad, es precisa siempre la delación judicial: no es aceptable la tesis de extender la tutela automática del art. 172 por vía analógica a los discapacitados mayores de edad que puedan encontrarse en situación de desamparo.

Nombrada la entidad pública tutor, será ya un tema interno administrativo determinar a través de que órganos y en qué condiciones, con sujeción siempre al derecho administrativo, se desempeñan esas funciones tutelares. La normativa de algunas Comunidades Autónomas contiene previsiones de órganos que pueden ser aptos para llevar a cabo esas funciones (como sucede con el Letrado Defensor del Anciano previsto en algún territorio y citado en la Consulta). El nombramiento evidentemente no recaerá en el órgano u órganos, sino en la Administración que es quien ostenta personalidad jurídica propia.

VI

Esta conclusión general sobre la posibilidad legal del nombramiento como tutor de las personas jurídicas públicas debe ser acompañada de ciertas modulaciones para alejar el peligro de utilizar indiscriminadamente esa fórmula viendo en ella una cómoda y generalizable solución ante situaciones de dificultad para encontrar a alguien dispuesto a asumir esas funciones.

La posibilidad de designación de personas jurídicas es sin duda un acierto del legislador. Esa designación puede hacerse incluso cuando existan algunos de los familiares o personas contempladas en el art. 234 del Código Civil. El párrafo penúltimo del citado precepto consagra expresamente para la elección del tutor una directriz clara que debe presidir toda la aplicación de las normas sobre tutela: el mayor beneficio e interés del incapacitado. Y con arreglo a tal principio puede excepcionalmente eludirse el orden de preferencias del art. 234.

Ahora bien, en evitación de precipitadas llamadas a las Administraciones Públicas para asumir esas funciones, no pueden olvidarse determinados criterios. En primer lugar, y esto es obvio, la preferencia legal de las personas mencionadas en el art. 234 que sólo debe ceder cuando conste de forma clara que es más beneficioso para el tutelado prescindir de esa indicación

legal. El desempeño del cargo es obligatorio salvo que concurra alguna causa legal de excusa (arts. 216, 217 y 251). También es cierto que la negativa por simple comodidad, sin invocar causas cobijables en el art. 251 puede ser en algún caso muestra de inidoneidad por reflejar una actitud incompatible con las importantes funciones tutelares y por tanto base suficiente para decidirse a buscar otra persona más idónea. Pero en principio no debe ser suficiente el simple rechazo o la mera negativa para acudir a otras personas.

Las personas jurídicas presentan algunas ventajas frente a las personas físicas pero también comportan ciertos riesgos que deben ser sopesados cuidadosamente: se corre el peligro de la burocratización de las funciones, de generar una ilusoria sensación de confianza o seguridad que lleve a la derresponsabilización. Las personas jurídicas pueden resultar menos idóneas para proporcionar al incapacitado elementos de carácter más espiritual como la necesaria afectividad. No pueden marginarse ni la naturaleza cuasifamiliar de la tutela, ni la necesidad de atención no solo material sino también moral y afectiva del incapacitado que posibilite el más amplio y pleno desarrollo de su dignidad y personalidad. Esos aspectos pueden quedar satisfactoriamente cubiertos cuando se goza de estructuras especialmente diseñadas para tales fines y con un personal especializado. Pero los peligros e inconvenientes denunciados aparecerán con toda su fuerza cuando la persona jurídica pública no cuente con una estructura orgánica *ad hoc*, diseñada específicamente para tales fines. La carencia de previsiones para un trato personal y especializado, la ausencia de infraestructuras, el peligro de que las funciones burocráticas de gestión anulen y ahoguen las más afectivas o asistenciales implícitas también en el art. 269 del Código Civil son factores a tomar en consideración. En virtud de ellos los Fiscales no deben ver en esta posibilidad legal la fácil y expedita solución en supuestos de dificultad para designar un tutor por las reticencias de los familiares u otras personas. Hay que ponderar en cada caso si esa solución de designación de una persona jurídica pública es la más idónea para el incapaz: su beneficio ha de ser el criterio rector en materia de designación de tutor (sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1993).

Como principio general y con todas las cautelas en la medida en que no pueden darse reglas apriorísticas en un campo que tiene que estar tan condicionado por el caso concreto como es el de la designación de tutor, podría decirse que el nombramiento de personas jurídicas públicas que no cuenten con órganos específicos para tales fines debe ser una solución siempre subsidiaria reservada para aquellos supuestos en que no se encuentren personas físicas o jurídicas de carácter privado que puedan asumir con garantías las funciones. Deben primarse las soluciones que impliquen la permanencia en un medio familiar (art. 50.d) de la Ley 13/1982). E incluso en los casos en que ello no sea posible o adecuado, deben valorarse y ponderarse, si fuesen procedentes, fórmulas a través de compromisos de colaboración para que los posibles familiares no queden totalmente al margen del cuidado del incapaz.

Estas consideraciones son en todo caso compatibles con la idea de estimular la creación en las distintas administraciones públicas con competencias en este terreno de órganos o entidades a similitud de los ya existentes en algunos territorios, especialmente en aquellos en que desde la iniciativa privada no hayan surgido entidades suficientes para cubrir las necesidades en este ámbito.

VII

Tras llegar a idéntica conclusión, la Fiscalía consultante se interroga sobre la obligatoriedad o no de esa designación. ¿Puede excusarse una persona jurídica pública del llamamiento judicial a asumir una tutela?

La vigente regulación del Código Civil concibe la tutela como un deber (arts. 216), aunque excusable por causas legales (art. 217) recogidas en el art. 251 y que difieren según el nombramiento haya recaído en una persona física o jurídica. Para éstas solo cabe la excusa «cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela» (en sentido muy similar, art. 21.2 de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre de la Comunidad Autónoma de Cataluña).

La normativa de algunas de las entidades públicas antes reseñadas y creadas con esas finalidades específicas sienta la inexcusabilidad del cargo de tutor conferido judicialmente (art. 2.a) del Decreto 71/1997, de 17 de junio de la Comisión de Tutela de Castilla-La Mancha o art.

4 de la Ley 4/1995, de creación de la Agencia Madrileña para la Tutela de Adultos). En esos supuestos está clara la respuesta al interrogante anterior.

Ahora bien, en los demás casos de designación judicial como tutor de una Administración Pública, ¿será excusable la asunción del cargo?

En el texto de la consulta se concluye que no debe considerarse obligatoria la asunción por la Administración Pública de las funciones tutelares al estimar que la referencia a genéricos fines asistenciales es insuficiente para dotar del carácter de irrenunciabilidad al cargo. Sería necesaria la vía intermedia de creación de órganos o instituciones bajo el control de la Administración Pública y con esas finalidades más específicas, a quienes sí correspondería obligatoriamente el ejercicio de la tutela.

Esta propuesta se acercaría a lo que se derivaba de uno de los textos que se manejaron como antecedente de la reforma de 1983, un anterior proyecto de ley en que las finalidades de protección de menores o incapaces no eran requisito necesario para que una persona jurídica asumiese la tutela, según se ha consignado ya anteriormente. La ausencia de esas finalidades específicas entre los fines de la persona jurídica se erigía en un motivo legal de excusa.

Pero la regulación definitiva no permite llegar a tales conclusiones: las personas jurídicas solo pueden excusarse a tenor del art. 251.2^o del Código Civil en virtud de carencia de medios.

Se argumenta en contra que el *desideratum* legal no alcanza sus objetivos en la medida en que la autonomía de que gozan las personas jurídicas tanto para su creación como para su extinción y desarrollo podría convertir en un estéril propósito la imposición de obligatoriedad. La persona jurídica privada, si quiere eludir la asunción de una tutela, no tiene más que variar sus fines estatutarios para, aunque no pueda excusarse, llegar a una causa de inhabilidad sobrevenida. De ese razonamiento se llega a inferir que pese a la declaración del art. 252.2^o, el cargo no puede considerarse en realidad obligatorio para las personas jurídicas.

Se olvida, sin embargo, con tal razonamiento que la modificación voluntaria de los fines asociativos operaría como mecanismo que obligaría a cesar en todas las tutelas por virtud del art. 242 del Código Civil por lo que difiere sustancialmente de lo que es la excusa para asumir una tutela concreta.

También se ha acudido al art. 254 para fundamentar la voluntariedad del cargo de tutor si se trata de personas jurídicas y no físicas. Tras declarar el precepto anterior la posibilidad del tutor de excusarse de continuar ejerciendo la tutela siempre que exista un sustituto y haya aparecido una causa legal de excusa, el art. 254 establece que tal disposición «no se aplicará a la tutela encomendada a las personas jurídicas».

El art. 254 es de difícil inteligencia y la doctrina ha intentado buscarle un sentido congruente. Admite una lectura a tenor de la cual las personas jurídicas podrían excusarse de continuar ejercitando la tutela sin necesidad de cumplir ninguna de las condiciones y presupuestos a que se refiere el art. 253 respecto de las personas físicas. Esta interpretación abonaría la tesis de la excusabilidad del cargo en todo caso para las personas jurídicas y por tanto también cuando se trate de personas de carácter público siempre que no exista otra disposición administrativa que establezca la inexcusabilidad. Pero esta interpretación estaría en flagrante contradicción con el art. 251.2^o que perdería totalmente su sentido.

Por eso se han arbitrado otras propuestas exegéticas que, descartando que el precepto impida a la persona jurídica la excusa sobrevenida, estiman que lo que intenta excepcionar en el caso de las personas jurídicas el art. 254 es que sea necesario para la admisión de la excusa sobrevenida la existencia de otra persona que pueda sustituir en el cargo al excusante.

En definitiva, el art. 254 no sirve de sustento para afirmar la renunciabilidad del nombramiento por parte de las personas jurídicas. Su confuso sentido responde a una falta de acomodación de textos anteriores en que se trataba sencillamente de excepcionar a las personas jurídicas del plazo mínimo de desempeño de la tutela que, a semejanza de otros ordenamientos, se fijaba para que la persona física pudiese excusarse del cargo.

VIII

Sentado el carácter obligatorio del cargo de tutor también para las personas jurídicas la cuestión queda centrada en determinar si una Administración Pública que reúna las condiciones de aptitud establecidas en el art. 242 del Código Civil para ser designado tutor por contar entre sus competencias específicas las asistenciales que incluyan a los discapacitados, puede ampararse o no en el art. 251.2^o para, invocando insuficiencia de medios, declinar el nombramiento.

En una primera aproximación la respuesta a esta cuestión debe ser negativa. No resultaría admisible en principio que una Administración Pública pueda alegar insuficiencia de medios para atender una función que entra dentro de sus cometidos y competencias. En un Estado social de Derecho la Administración habrá de arbitrar los medios para atender esas labores pero no puede ampararse en la falta de recursos para hacer dejación de unas funciones atribuidas judicialmente con arreglo a la legislación. La onerosidad excesiva del desempeño del cargo sólo juega como excusa para las personas físicas (art. 251.1^o).

Siendo ciertas e incontestables las anteriores afirmaciones, sin embargo deben traerse a colación otras consideraciones. Lo que interesa sobre todo a la hora de designar tutor es el interés del incapaz y su máximo beneficio. Por eso no es descartable que la entidad pública que haya podido ser designada tutora exponga en el caso concreto la carencia de organismos, la ausencia de personas o funcionarios adecuados para llevar a cabo las funciones tutelares, la falta de toda previsión orgánica y presupuestaria para el desempeño de esa misión, o la imprevisión de infraestructuras. No pueden improvisarse todas esas realidades necesarias para garantizar un desenvolvimiento adecuado del cargo tutelar. Como lo que interesa desde el punto de vista judicial es que en el caso concreto la tutela se encomiende a una persona física o jurídica que pueda afrontar esa función con el máximo beneficio para el incapacitado, serían admisibles casos en que se tomasen en consideración esas razones como excusa: el propio art. 251.2^o no se limita a hablar del desempeño de la tutela, sino que se preocupa de subrayar que ese desempeño ha de ser el adecuado, dando así a entender que pueden aparecer situaciones en que existan medios para asumir la tutela pero no de una manera adecuada. Y que no sea factible en un plazo razonable arbitrar mecanismos para subsanar esas carencias de medios.

Por eso, aunque en la doctrina se han alzado voces negando tajantemente que una Administración Pública pueda ampararse en esa excusa, excepcionalmente puede ser admisible: se trata no tanto de comprobar si el ejercicio de la tutela en el caso concreto puede ser gravoso en exceso para esa Administración, sino si la carencia de medios o personal cualificado o infraestructura puede acarrear desatención o perjuicio para el pupilo. En todo caso es el Juez el llamado a valorar: es claro que no basta la mera alegación de esa carencia de medios para la admisión de la excusa y en mucha menor medida tratándose de una entidad pública.

Cuestión distinta de esta admisibilidad excepcional de la excusa legal por parte de una entidad pública para asumir en supuestos concretos la tutela de incapaces, es la responsabilidad que atañe a esas Administraciones para crear mecanismos públicos adecuados para atender a esas competencias asistenciales -y entre ellos la constitución de organismos o estructuras aptas para asumir funciones tutelares-, tal y como expresaba el Defensor del Pueblo en la Recomendación 40/1991, de 23 de diciembre, sobre situación jurídica y asistencial del enfermo mental en España («Que por la administración sanitaria o asistencial se adopten las previsiones organizativas necesarias para facilitar el nombramiento de tutor o defensor judicial de los incapacitados que carezcan de parientes, así como para el adecuado ejercicio de ambas funciones»). Y del mismo modo la obligación de fomentar la aparición de asociaciones o fundaciones que cuenten entre sus finalidades esa protección de disminuidos psíquicos. Esa política es parte de los horizontes que fija el art. 9.2 de nuestro texto constitucional y está respaldada por el art. 4 de la mencionada Ley 13/1982 que establece el deber de los Poderes Públicos de amparar la iniciativa privada sin ánimo de lucro en estos ámbitos, así como prestarle la colaboración necesaria.

Por otra parte, aunque ello obviamente no sea en rigor una causa de excusa legal, también puede la persona jurídica pública que haya podido ser designada tutor discutir ante el órgano

judicial y ulteriormente por la vía del pertinente recurso la concurrencia en la misma de las condiciones exigidas en el art. 242 del Código Civil.

Por fin, debe señalarse que el desarrollo argumental realizado ha de modificarse sensiblemente cuando estemos no ante un adulto incapacitado, sino ante menores. En materia de menores, como se ha subrayado anteriormente y es bien conocido, las entidades públicas a que se refiere la disposición adicional 1a de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, asumen la tutela de los menores desamparados por virtud de lo establecido en el art. 172 del Código Civil. Esas Entidades Públicas podrían evidentemente y con carácter inexcusable asumir por designación judicial la tutela de algunos de los menores que, no estando desamparados, no estén tampoco sujetos a la patria potestad (art. 222. 1º).

CONCLUSIONES

1.º El art. 242 del Código Civil permite el nombramiento de una persona jurídica pública como tutor de un incapacitado siempre que se trate de una Administración entre cuyas competencias se encuentren las de tipo asistencial que se extiendan a ese colectivo.

2.º Tratándose de personas jurídicas públicas que no cuenten con estructuras específicas para asumir esas funciones tutelares será preferible en principio acudir a otras designaciones y podría ser admisible muy excepcionalmente en algún caso concreto la excusa de insuficiencia de medios para el desempeño adecuado de la tutela prevista en el art. 251.2º del Código Civil.