

INSTRUCCIÓN Nº 4/2008

SOBRE EL CONTROL Y VIGILANCIA POR EL MINISTERIO FISCAL DE LAS TUTELAS DE PERSONAS DISCAPACES

ÍNDICE. I.- Evolución de la función del Ministerio Fiscal en protección de las personas con discapacidad. II.- Sistema informático de registro de los expedientes sobre tutelas y su sujeción a la legislación sobre protección de datos. a) *Constitución en las Fiscalías Provinciales de un fichero informatizado o base de datos sobre personas sometidas a procedimientos de incapacitación o expedientes de tutela. Su actualización semestral.* b) *La incidencia de la legislación sobre protección de datos en el control de las tutelas.* III.- **Las Diligencias Preprocesales relativas a la capacidad de las personas y el registro de las mismas.** IV.- **Sistema informático para el control de los procedimientos judiciales de tutelas.** 1º. *El trámite de audiencia.* 2º. *El orden de preferencia en la designación del tutor.* 3º. *La idoneidad del tutor.* 4º. *Posibilidad de establecer medidas de fiscalización.* 5º. *Inscripción en el Registro Civil.* 6º. *El lugar de la residencia de la persona con discapacidad como determinante de la competencia territorial.* V.- **Referencia a la denominada Tutela Administrativa.** VI.- **La vigilancia sobre la situación personal del tutelado durante el ejercicio de la tutela.** VII.- **La vigilancia sobre el patrimonio del tutelado durante el ejercicio de la tutela.** VII.-1. *Revocación de poderes.* VII.-2. *La formación del inventario.* VII.-3. *Depósito.* VIII.- **Informe sobre la situación patrimonial de tutelado.** IX.- **Actuaciones al finalizar la tutela.** X. **Conclusiones.**

-.-.-

I.- Evolución de la función del Ministerio Fiscal en protección de las personas con discapacidad.

Mediante el desarrollo de las funciones de carácter tuitivo encomendadas al Ministerio Fiscal -ya sea en el ámbito penal, actuando en defensa de las víctimas de los delitos, o en el civil, protegiendo a los menores, personas con discapacidad o desamparados-, la Institución no sólo cumple con los principales cometidos que el art. 124 de la Constitución Española le encomienda, sino que, además, contribuye decisivamente al desarrollo del Estado Social que consagra el modelo constitucional.

Los cambios de las circunstancias económico-sociales y del sistema de valores de las sociedades actuales, han venido relevando al entorno familiar de la responsabilidad que tradicionalmente asumía en materia de protección de personas con discapacidad, derivándola hacia formas de solidaridad social. Siguiendo dicha tendencia, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, *de reforma del Código civil en materia de tutela*, supuso un importante cambio en el sistema, al sustituirse el clásico de tutela de familia (*Consejo de Familia*) por el de autoridad (*judicial*), estableciéndose en el art. 216 CC que *las funciones tutelares... estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*, y en el art. 232 CC que *la tutela se ejercerá bajo la vigilancia del juez*. También se introdujo la posibilidad de que puedan ser tutores *las personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados* -art. 242 CC-.

Sucesivas reformas legislativas han venido desarrollando las funciones tuitivas que la Constitución atribuye al Ministerio Fiscal, potenciando el protagonismo de la Institución en este ámbito. Así la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *de reforma del Código civil en materia de adopción*, dando nueva redacción al citado art. 232 CC, establece que *la*

tutela se ejercerá 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.

Por tanto, en la actualidad se produce una concurrencia en dicha función de vigilancia de la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal, delimitada por la naturaleza de sus respectivas funciones. Así, tanto el art. 124 CE como el art. 3.7 EOMF denotan una idea dinámica en la actuación del Ministerio Fiscal en esta materia, acorde con lo que el art. 299 bis CC establece al indicar que *cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela, y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal*. Igualmente significativo es el art. 228 CC cuando establece que *si el Ministerio Fiscal o el juez competente tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna persona que deba ser sometida a tutela pedirá el primero y dispondrá el segundo, incluso de oficio, la constitución de la tutela*.

Por otra parte, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, que tiene por objeto *regular nuevos mecanismos de protección de la personas con discapacidad, centrados en un aspecto esencial de esta protección, cual es el patrimonial*, destaca las funciones tuitivas del Ministerio Fiscal en dicho ámbito y le atribuye la supervisión institucional del patrimonio protegido (arts. 3.2; 5.3 y 6; y 7), a través de dos tipos de actuaciones:

a) Una supervisión permanente y general de la administración del patrimonio protegido, a través de la información que, periódicamente, el administrador debe remitirle.

b) Una supervisión esporádica y concreta, ya que cuando las circunstancias concurrentes en un momento determinado lo hicieran preciso, el Ministerio Fiscal puede solicitar del juez la adopción de cualquier medida que se estime pertinente en beneficio de la persona con discapacidad. A estos efectos, el Ministerio Fiscal puede actuar tanto de oficio como a solicitud de cualquier persona, y será oído en todas las actuaciones judiciales que afecten al patrimonio protegido, aunque no sean instadas por él.

El marco jurídico de protección también está integrado por los tratados internacionales suscritos en los últimos años por España, destacando en este ámbito el Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, con vigencia en España desde el 3 de mayo de 2008.

Esta Convención reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

La aplicación de dicha Convención hace previsible una serie de reformas legislativas en diversos ámbitos, encauzadas al propósito expresado en el art. 1, de *promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente*, toda vez que se exhorta a los Estados a reconocer que *las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida* -art. 12.2- y a que se adopten *las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el*

ejercicio de su capacidad jurídica -art. 12.3-, asegurando que todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica (...) respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial -art. 12.4-, así como que se tomen todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria -art. 12.5-.

La Convención también promueve la adopción de medidas legislativas para asegurar la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad - art. 14-, siendo de destacar, en el ámbito que nos ocupa, las que instan a los Estados a tomar todas las medidas pertinentes *para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad (...) incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad* -art. 16.4-.

La presente Instrucción tiene por objeto dinamizar la respuesta eficaz que la Sociedad reclama del Ministerio Fiscal en el sentido expresado en dicha Convención, que en estos momentos habrá que estructurar

necesariamente sobre los instrumentos legales vigentes, concretados en la institución tutelar.

La Fiscalía siempre ha exteriorizado su clara voluntad en el cumplimiento de tales cometidos. Son muestra de ello: la Circular 2/1984, de 8 de junio, *sobre internamiento de presuntos incapaces*; la Consulta de 25 de abril de 1985, *sobre la autorización judicial de las particiones con herederos incapaces representados por defensor judicial*; la Instrucción 6/1987, de 23 de noviembre, *sobre control por el Ministerio Fiscal de los internamientos psiquiátricos*; la Instrucción 3/1990, de 7 de mayo, *sobre régimen jurídico que debe de regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad*; la Consulta 1/1991, de 31 de enero, *sobre aspectos procesales de la autorización judicial necesaria para la esterilización de los incapaces que adolezcan de graves deficiencias psíquicas*; y la Consulta 2/1998, de 3 de abril, *sobre la asunción de tutela por personas jurídicas públicas*.

En definitiva, el Ministerio Fiscal tiene atribuido un papel de primer orden en la protección de las personas con discapacidad, que demanda de la Institución una respuesta eficaz y con criterios uniformes en defensa de los más desvalidos.

II.- Sistema informático de registro de los expedientes sobre tutelas y su sujeción a la legislación sobre protección de datos.

La institución tutelar tiene como función fundamental la de velar por la guardia y custodia de la persona tutelada y de sus bienes. Así, lo dispone el art. 269 CC al enumerar las obligaciones que el tutor debe asumir en beneficio del tutelado, que referidas a las personas con discapacidad se concretan en: *procurarle alimentos, promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad, e informar*

al Juez anualmente sobre la situación del incapacitado y rendirle cuenta anual de su administración.

Si bien el art. 216 CC establece que tales *funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*, ya ha quedado expresado que el Ministerio Fiscal, en materia de incapacidades, además de la función genérica que le atribuye el art. 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF) de *Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*, también tiene los deberes específicos de vigilancia y comprobación del estado personal y patrimonial de los tutelados.

Para cumplimentar tales deberes es preciso que la Institución cuente con un sistema informático de almacenamiento de datos que le permita, en primer lugar, tener constancia de todos los procedimientos sobre incapacidades y tutelas -relativas a personas con discapacidad- existentes; en segundo, efectuar el control anual establecido en el art. 294.4 CC en relación con las personas con discapacidad a las que se refiere la presente Instrucción; y en tercer término, cumplir con su cometido de vigilancia ante cualquier eventualidad, relativa a la tutela, que se pueda presentar en cualquier momento -art. 232 CC-.

A la creación de un sistema de fichero de control ya se refería la Instrucción nº 6/1987 de la Fiscalía General del Estado, interesando *de todos los Fiscales (...) que se haga un especial seguimiento mediante la apertura de fichas individuales de las personas ingresadas en los establecimientos psiquiátricos penitenciarios por causas tramitadas en el territorio de cada Fiscalía.*

a) Constitución en las Fiscalías Provinciales de un fichero informatizado o base de datos sobre personas sometidas a procedimientos de incapacitación o expedientes de tutela. Su actualización semestral.

A tal efecto, los Sres. Fiscales Jefes Provinciales, mediante la utilización del programa informático facilitado por el Ministerio de Justicia o, en su caso, por la Comunidad Autónoma correspondiente, cuidarán de que se establezca un fichero en el que conste el índice actualizado de las personas sometidas a procedimientos de incapacitación o tutela, con referencia al número de identificación del expediente de Fiscalía, si estuviera en fase de diligencias preprocesales, o al judicial, si se estuviera en un momento posterior a la presentación de la correspondiente demanda o de la solicitud en procedimiento de jurisdicción voluntaria, así como los demás datos o extremos que se expresan en la presente Instrucción.

Al menos una vez cada seis meses se efectuará en cada Fiscalía un control acreditativo de la actualización de dicho fichero informático.

b) La incidencia de la legislación sobre protección de datos en el control de las tutelas.

La LO 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de datos de carácter personal*, adaptó nuestro ordenamiento a lo dispuesto por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de los mismos, estableciendo en su art. 1 que *tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal.*

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 20 de dicha LO 15/1999, mediante la Instrucción núm. 6/2001, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado *sobre los ficheros automatizados de datos personales gestionados por el Ministerio Fiscal*, se acordó la publicación en el “BOE” de la relación de ficheros de datos personales gestionados por el Ministerio Fiscal, en el ejercicio de las funciones que tiene conferidas por el art. 124 de la Constitución Española y legislación de desarrollo.

La indicada LO 15/1999 ha sido completada mediante la publicación del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento que la desarrolla, referida tanto al tratamiento automatizado como al no automatizado de los datos de carácter personal.

Los Sres. Fiscales observarán lo dispuesto en las precedentes normas en la ejecución del contenido de la presente Instrucción.

III.- Las Diligencias Preprocesales relativas a la capacidad de las personas y el registro de las mismas.

Las Diligencias Preprocesales previstas en el último párrafo del art. 5 EOMF, son el instrumento jurídico que con más frecuencia se utiliza por las Fiscalías para el inicio de la actividad que, constitucional y estatutariamente, tiene encomendada el Ministerio Fiscal para la protección de las personas con discapacidad.

Sin ánimo exhaustivo y con todas las cautelas, en la medida en que no pueden darse reglas apriorísticas en un campo tan condicionado por el caso concreto, en términos generales y sin perjuicio de un futuro desarrollo mediante una Instrucción específicamente dedicada a la tramitación de las Diligencias Preprocesales, así como manteniendo plenamente vigente lo dispuesto en el escrito de la Inspección Fiscal de 11 de noviembre de 2005;

en este momento, a los efectos de cumplimentar el objeto de la presente Instrucción, será procedente la incoación de Diligencias Preprocesales en el ámbito de la protección de personas con discapacidad, cuando sea preciso determinar, concretar o valorar los hechos, situaciones o circunstancias necesarias para fundamentar:

1. La demanda de incapacidad (art. 757.2 LEC),
2. La elección de la persona o Institución que en la demanda de incapacidad va a ser propuesta como tutor o curador (arts. 759 y 760 LEC).
3. La solicitud de internamiento ordinario o por causa sobrevenida (art. 763 LEC).
4. La solicitud de medidas cautelares (art. 762.2 LEC), particularmente, la revocación de poderes otorgados por el presunto incapaz.
5. La solicitud de medidas de protección personal y/o patrimonial respecto de personas internadas (art. 4º.2 EOMF).
6. La solicitud de medidas de control y vigilancia sobre el guardador de hecho (art. 303 CC).
7. La solicitud de modificación de la incapacitación por circunstancias sobrevenidas. (art. 761.1,2 LEC).
8. La solicitud de remoción del tutor o curador. (art. 248 CC).

En todo caso se evitará la acumulación subjetiva, es decir, deberán incoarse Diligencias diferentes respecto de cada una de las personas a las que afecten los hechos o circunstancias que determinan su iniciación, con independencia de los vínculos o similitud de dolencias o padecimientos. Ello no obsta para que quede anotada la oportuna referencia en todas las que hayan de incoarse por hechos o circunstancias similares.

Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales cuidarán de que en el sistema informático de cada Fiscalía se registren las Diligencias Preprocesales incoadas en relación a personas con discapacidad, en el que deberán anotarse los datos relativos a los siguientes extremos:

1. Decreto de Incoación, con referencia a la documentación soporte de la *notitia* que ha servido de base para su iniciación.
2. Los datos identificativos de la persona, autoridad, funcionario o Institución instante.
3. La identificación de la persona (con presunta discapacidad) al que se refieren.
4. El fiscal encargado.
5. Las distintas actuaciones y las fechas en que se han producido.
6. Índice numerado de los documentos que contiene.
7. El Decreto de conclusión (con indicación de lo resuelto).
8. La identificación de los procedimientos a los que hayan dado lugar las Diligencias Preprocesales y ante que Órgano Jurisdiccional se tramitan.

IV.- Sistema informático para el control de los procedimientos judiciales de tutelas.

A tenor de lo dispuesto en el art. 760.2 LEC (...) *la sentencia que declare la incapacitación o la prodigalidad nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él*, cuando en la demanda se hubiera solicitado su nombramiento, y practicado, en su caso, el correspondiente trámite de audiencia previsto en el art. 759.2 LEC-.

No habiéndose instado tal nombramiento en la demanda o en los supuestos en los que se modifique la tutela inicialmente acordada, el

procedimiento adecuado para designar nuevo tutor será el de jurisdicción voluntaria regulado en el Título III del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, actualmente en vigor en virtud de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, de 7 de enero (el último Proyecto de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria lo regulaba de forma casi idéntica en los arts. 68 a 72).

Con el objeto de la formación del expresado fichero informático para el control de los procedimientos judiciales de tutelas, a partir de la fecha de publicación de la presente Instrucción los Sres. Fiscales Jefes Provinciales cuidarán de que se recabe de los correspondientes Juzgados de su territorio la información correspondiente a todos los expedientes de tutelas ya constituidas y en ejercicio, debiendo registrarse en el expresado fichero informático los siguientes datos:

1. Número de procedimiento y Juzgado que ha dictado la sentencia de incapacidad.
2. Fecha de la sentencia de incapacitación.
3. Fecha de la resolución judicial en la que se acuerde el nombramiento de tutor.
4. Número de procedimiento y Juzgado que ha dictado el auto de nombramiento de tutor.
5. Fecha de la formalización del inventario.
6. Fecha de la última información anual de la situación personal y patrimonial del tutelado.
7. Fecha del auto de autorización de internamiento (para el caso de que exista).
8. Número de procedimiento y Juzgado que ha dictado el auto de internamiento.

9. Fecha de la resolución judicial en la que se acuerde la continuidad o no del internamiento y periodicidad del control de la medida -art. 763.4 LEC-.

Una vez constituido dicho fichero con la información existente en las propias Fiscalías y la recabada de los órganos judiciales, los Sres. Fiscales encargados de la vigilancia de las tutelas, en cumplimiento del expresado sistema legal vigente, deberán establecer un intenso y permanente control sobre la observancia en los procedimientos judiciales de los requisitos legales relativos a la delación de la tutela y nombramiento del tutor (arts. 234 a 258 CC) y sobre el ejercicio de dicha función.

A estos efectos, ya en el procedimiento de incapacitación, en el que necesariamente han de ser parte (art. 749 LEC), bien como promotores o como defensores (art. 757 LEC), o en su caso, en el procedimiento de jurisdicción voluntaria al amparo de lo dispuesto en el art. 1815 LEC de 1881 (vid. disp. Derogatoria L 1/2000, de 7 de enero), los Sres. Fiscales deberán examinar que se cumplen las previsiones legales en relación con los siguientes extremos:

1º. El tramite de audiencia.

La tutela a tenor de lo dispuesto en el art. 231 CC se constituye por el Juez previa audiencia de los parientes más próximos, personas que considere oportuno, y del tutelado si tuviera suficiente juicio y siempre si fuera mayor de doce años.

2º. El orden de preferencia en la designación del tutor.

Los Sres. Fiscales vigilarán que se respete el orden de preferencia establecido en los arts. 234 y 235 CC, valorando la motivación judicial que

fundamente la alteración de dicho orden legal, planteando, en su caso, oposición por los trámites correspondientes.

3º. La idoneidad del tutor.

Los Sres. Fiscales vigilarán que el nombramiento de tutor recaiga, conforme dispone el art. 241 CC, en persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles y en la que no concurra alguna de las causas de inhabilidad que establecen los arts. 243 -los privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda y educación; los removidos de una tutela anterior; los condenados a pena privativa de libertad, mientras estén cumpliendo la condena; los condenados por delito que haga suponer que no desempeñarán bien la tutela-, 244 -concurrencia de imposibilidad, enemistad manifiesta con el menor o incapacitado, mala conducta o no tener manera de vivir conocida, conflictos de intereses con el menor o incapacitado, así como los concursados, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona- y 245 -los excluidos por el padre o por la madre en testamento o documento notarial, salvo que el Juez, en resolución motivada, estime otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado-.

Lo anterior, teniendo en cuenta la excepción regulada en el art. 246 CC respecto de *las causas de inhabilidad contempladas en los arts. 243.4 -los condenados por delito que haga suponer que no desempeñarán bien la tutela- y 244.4 -conflictos de intereses-, que no se aplicarán a los tutores designados en las disposiciones de última voluntad de los padres cuando fueron conocidas por éstos en el momento de hacer la designación, salvo que el Juez, en resolución motivada, disponga otra cosa en beneficio del menor o del incapacitado.*

4º. Posibilidad de establecer medidas de fiscalización.

A ellas se refiere el inciso primero del art. 233 CC al disponer que *el Juez podrá establecer, en la resolución por la que se constituya la tutela o en otra posterior, las medidas de vigilancia y control que estime oportunas en beneficio del tutelado*. Obviamente, tales medidas podrán ser interesadas por el Fiscal o establecidas por los padres, en testamento o en documento público notarial.

Dichas medidas de vigilancia también pueden ser dispuestas -en testamento o en documento público- por la persona que prevea su propia incapacidad en el futuro, en los términos del art. 223 CC, que a tenor de lo que establece el art. 224 CC vinculan al Juez, salvo que mediante resolución motivada las modifique en beneficio del incapacitado.

También la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, prevé la posibilidad de que en el documento público o resolución judicial en que se constituya el patrimonio protegido, se establezcan las reglas de administración o, en su caso, fiscalización del mismo.

En los supuestos que tales medidas se establezcan, los Sres. Fiscales deberán vigilar su cumplimiento.

5º. Inscripción en el Registro Civil.

Los Sres. Fiscales comprobarán y, en su caso, instarán que las resoluciones judiciales sobre cargos tutelares se comuniquen sin dilación al Encargado de Registro Civil para su inscripción, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 218 y 219 CC.

Conviene advertir que el principio de competencia territorial que rige el Registro Civil puede ocasionar la dispersión de asientos respecto de una misma persona, lo cual puede dificultar la efectiva aplicación y supervisión de la normativa relativa a la protección de aquellas que no pueden gobernarse por sí mismas. Precisamente para evitar los efectos de tal situación se encuentra en tramitación parlamentaria *el Proyecto de Ley de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos titulares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad*, publicado en el Boletín Oficial del las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 20 de junio de 2008, con el que se pretende centralizar todas las inscripciones que afecten a personas con discapacidad en el Registro Civil Central, mediante la introducción de la siguiente modificación en el art. 18 de la Ley de Registro Civil “(...) *se llevarán en el Registro Central los libros formados con los duplicados de las inscripciones sobre modificaciones judiciales de la capacidad de obrar, constitución y modificación de cargos tutelares, prórroga o rehabilitación de la patria potestad, medidas judiciales sobre guarda o administración, vigilancia o control de tales cargos, y constitución de patrimonios protegidos y designación y modificación de administradores de patrimonios protegidos practicadas en los distintos Registros Municipales*”.

Una vez que se lleve a efecto dicha modificación, los Sres. Fiscales contarán con un mecanismo fiable de publicidad sumamente útil en el control y vigilancia sobre las tutelas de las personas con discapacidad objeto de la presente Instrucción, toda vez que el nuevo art. 46 bis que se añade a la LRC complementado por la disposición transitoria única de la expresada Ley, establecen la obligación de los encargados de los Registro Civiles

Municipales de remisión al Registro Civil Central de las referidas inscripciones practicadas tanto antes como después de la entrada en vigor de la Ley.

6º. El lugar de la residencia de la persona sometida a tutela como determinante de la competencia territorial.

El art. 411 LEC establece la denominada *perpetuación de la jurisdicción* al establecer que *las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia*. Este criterio competencial ha sido aplicado en diversos autos del Tribunal Supremo -ATS 27/2 y 19/12/2002 y 12/5/2003-, señalando que *el cambio de residencia de la persona incapaz no determina que el Juzgado que dictó la Sentencia de incapacitación deje de tener competencia territorial para seguir conociendo de las acciones que la mencionada incapacitación produzca*.

Sin embargo, los recientes autos del Tribunal Supremo de 25/3/2007, 4 y 20/6/2007 y 13/6/2008 se pronuncian a favor de que sea *el lugar de residencia del incapaz* el que determine *la competencia territorial, en base a lo dispuesto en el art. 52-5º LEC (...)*. *Tal criterio competencial es más acorde al principio de protección del incapaz ya que el ejercicio de la tutela será más efectivo bajo el control del Juzgado de residencia del incapacitado, y además posibilita el acceso efectivo del incapaz a la justicia, de conformidad con el art. 13 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.*

Por tanto, de acuerdo con la nueva doctrina jurisprudencial, una vez constituida la tutela, en los supuestos en los que los órganos jurisdiccionales

planteen cuestión de competencia ante el cambio del domicilio de la persona con discapacidad, los Sres. Fiscales informarán siguiendo el criterio de la residencia actual de la misma, como determinante de la competencia.

También es conviene significar que el citado *Proyecto de Ley de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil (...) y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad (...)*, se orienta en el sentido de dicho criterio de competencial territorial, al añadir un nuevo párrafo al art. 3.3 de la Ley 41/2003 en el que se establece que *los notarios comunicarán inmediatamente la constitución de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal (sic) del domicilio de la persona con discapacidad (...)*.

V.- Referencia a la denominada Tutela Administrativa.

La citada Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, introdujo el tercer párrafo del vigente art. 239 CC estableciendo *ex lege* la protección institucional de los mayores que se encuentren en una situación de falta de atención, asistencia o desamparo, atribuyéndola en favor de *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 art. 234 sea nombrado tutor*.

Así pues, son dos los supuestos en los que se produce la tutela administrativa: primero, cuando en el propio procedimiento de incapacitación se compruebe que no es posible realizar el nombramiento establecido en el art. 234 CC, y segundo, cuando la persona con discapacidad se encuentre en situación de desamparo, entendiéndose por tal *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*. Se introduce,

pues, con dicha modificación legal un sistema similar al que ya estaba establecido para los menores en situación de desamparo en el párrafo primero del citado art. 239 CC.

Por tanto, los Sres. Fiscales ejercerán sus funciones de control respecto de dichas situaciones de falta de atención, asistencia o desamparo de personas con discapacidad, mediante el sistema informático de control y vigilancia establecido en la presente instrucción.

VI.- La vigilancia sobre la situación personal del tutelado durante el ejercicio de la tutela.

El tutor está obligado a velar por el tutelado en los términos expresados en el art. 269 CC, en cuyo punto 4 impone a aquel la obligación de informar al Juez cada año de la situación personal del incapacitado, lo que no obsta a la posibilidad de que el Fiscal o el Juez puedan *en cualquier momento*, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 232 CC o en el último inciso del art. 233 CC, respectivamente, *exigir del tutor que informe sobre la situación del menor o del incapacitado y del estado de la administración*.

Los Sres. Fiscales cuidarán de que en ambas clases de informes, bien en el extraordinario (*en cualquier momento*) o en el ordinario de carácter anual ante el Juez, el tutor haga referencia a los siguientes extremos:

- a) Lugar de residencia del tutelado.
- b) Estado de salud en general, así como la atención personal y asistencial que haya podido requerir el tutelado.
- c) Actividades desarrolladas para lograr una mayor autonomía personal del tutelado y una mejor inserción en la sociedad.

d) Asistencia a centros de formación o talleres de trabajo del tutelado.

Además, los Sres. Fiscales ponderarán la necesidad de recabar informes complementarios de los Servicios Sociales y/o de los médicos forenses correspondientes, sobre la situación personal, evolución de la rehabilitación y recuperación de la capacidad.

Para dar cumplimiento a la exigencia legal de informe anual ante el Juez, en la primera semana de cada mes de diciembre, los Sres. Fiscales remitirán a cada Juzgado un listado comprensivo de las tutelas constituidas ante el mismo, solicitando que proceda a requerir a cada uno de los tutores para que presenten el informe anual sobre la situación personal del discapaz, en el cual, al menos, deberán cumplimentarse las cuestiones arriba indicadas.

Asimismo, se solicitará que del informe que elabore el tutor se traslade una copia del mismo a la Fiscalía, el cual servirá de base, junto con el informe inicial, para los controles posteriores.

Todo ello, sin perjuicio de lo indicado en las ya expresadas *supra* Circular 2/84 e Instrucciones 6/1987 y 3/1990, de esta Fiscalía General, que mantienen su vigencia en relación a los supuestos contemplados en las mismas.

VII.- La vigilancia sobre el patrimonio del tutelado durante el ejercicio de la tutela.

El Código Civil establece una serie de obligaciones encaminadas a la protección del patrimonio del tutelado, que el tutor debe desarrollar para, de un lado, determinar cuál es la situación patrimonial inicial de la persona sometida a tutela *-la formación del inventario-*, así como para asegurar

aquellos bienes de extraordinario valor que no deben quedar en poder del tutor *-el depósito-*, y de otro, garantizar la conservación del patrimonio durante el ejercicio de la tutela mediante la rendición de cuentas con carácter anual, sin perjuicio de la posibilidad indicada anteriormente, de que el Fiscal o el Juez puedan en cualquier momento exigir del tutor que informe del estado de la administración.

Sobre la importancia de tales actuaciones se pronuncia la Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, cuando expresa que *uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, suficientes para atender las específicas necesidades vitales de los mismos.*

A tenor de lo dispuesto en el art. 5 de dicha Ley, la administración del patrimonio protegido puede estar encomendada a persona distinta del tutor, estableciendo el art. 7.1 que *la supervisión de la administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, quien instará del juez lo que proceda en beneficio de la persona con discapacidad, incluso la sustitución del administrador, el cambio de las reglas de administración, el establecimiento de medidas especiales de fiscalización, la adopción de cautelas, la extinción del patrimonio protegido o cualquier otra medida de análoga naturaleza.*

En virtud de las expresadas funciones de vigilancia atribuidas al Ministerio Fiscal, es preciso establecer las pautas necesarias para controlar y conseguir no sólo la conservación del patrimonio del tutelado, sino, en la medida de lo posible, una adecuada y prudente rentabilidad.

VII.-1. Revocación de poderes.

A los efectos indicados se hace preciso destacar la necesidad de adoptar una serie de cautelas en relación con la práctica frecuente de otorgamiento de poderes por los presuntos incapaces con carácter previo a las solicitudes de su internamiento o incapacidad.

Al respecto es de significar que si bien el art. 1732 CC dispone que *el mandato se extingue por la incapacitación sobrevenida del mandante*, seguidamente se excepciona esta regla general, al establecer que el poder otorgado sigue vigente cuando *en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste*. No obstante, *En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor*.

Al amparo de lo dispuesto en este último inciso del art. 1732 CC y con el objeto de salvaguardar el patrimonio del incapaz de ocasionales utilizaciones indebidas de dichos poderes, los Sres. Fiscales, con carácter previo a la presentación de la demanda de incapacidad o solicitud de internamiento, deberán requerir a los familiares del incapaz (o presunto incapaz) para que manifiesten si existe o conocen de la existencia de algún poder otorgado por el demandado, y para el caso de que así sea, aporten una copia, que deberá ser unida a la demanda.

A los efectos indicados, cuando se conozca la existencia de poderes otorgados por el presunto incapaz, los Sres. Fiscales, en la demanda de incapacitación, en su caso, en la contestación, en las solicitudes de internamiento o en el dictamen previo a la autorización del internamiento, solicitaran mediante otrosí y como medida cautelar, la suspensión de la

eficacia de los poderes otorgados por el demandado, y la notificación de modo fehaciente al apoderado de la medida acordada.

En los supuestos en que no se conozca la existencia de poderes otorgados por el presunto incapaz, los Sres. Fiscales solicitarán de forma genérica, la suspensión de la eficacia de cuantos poderes hubieren sido otorgados por el demandado, y la notificación de modo fehaciente de la medida acordada al guardador de hecho, o al defensor judicial según los casos.

Estas peticiones deberán ser reproducidas en el acto de la vista oral.

Igualmente, se solicitará que se notifique la medida cautelar acordada al Consejo General del Notariado, para su posterior anotación en el Archivo de Revocación de Poderes.

En todo caso, se deberá solicitar que la medida cautelar se convierta en definitiva para el caso de que la sentencia sea estimatoria, salvo en los supuestos en los que quede evidenciado la conveniencia para el beneficio del tutelado de mantener la vigencia el poder otorgado.

VII.-2. La formación del inventario.

Como establecen los arts. 262 y 263 CC, el tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del tutelado en plazo de 60 días desde tomar posesión del cargo, aunque el Juez puede prorrogarlo.

Esta fase es crucial, toda vez que de la correcta formación de inventario dependerá la protección eficaz del patrimonio de la persona con discapacidad. Evidentemente, el contenido del inventario inicial será la referencia para poder determinar la evolución posterior de la situación patrimonial del discapaz.

Establece el art. 264 CC que *el inventario se formará judicialmente con intervención del Ministerio Fiscal y con citación de las personas que el Juez estime conveniente.*

Dada la relevancia del inventario en la protección patrimonial de incapaz, es conveniente unificar la actuación de los Sres. Fiscales en esta fase, a cuyo efecto deberán solicitar a través del Órgano Jurisdiccional encargado de la constitución de la tutela, que el tutor proceda, dentro del plazo establecido en el art. 262 CC, a la formación de inventario.

Con el objeto de facilitar la labor de los tutores en la confección del inventario y evitar dilaciones derivadas de eventuales diligencias aclaratorias, en esta fase, los Sres. Fiscales deberán dirigir la correspondiente petición al Juzgado, para que traslade a los tutores la conveniencia de que el inventario refleje los siguientes extremos:

1. Relación de inmuebles, con su descripción y aportación de copias de los correspondientes documentos acreditativos de la titularidad, así como informe sobre su utilización actual, incluyendo copias, en su caso, de los documentos respectivos (contrato de arrendamiento, etc.).
2. Relación de bienes muebles, con descripción de los mismos (vehículos, cuadros, mobiliario, etc.), señalando el lugar donde se encuentran, así como su valoración, con especial referencia a las alhajas y objetos de valor histórico o artístico.
3. Títulos valores (acciones, fondos de inversión, planes de pensiones, participaciones en sociedades, etc.), con denominación de las entidades correspondientes, número de participaciones, importe de las adquisiciones, etc.

4. Cuentas corrientes y de ahorro, con designación de la entidad bancaria, número de cuenta, saldo en la fecha del inventario, nombres, demás datos de identificación y dirección otros cotitulares o autorizados.
5. Rentas de percepción periódica (pensiones, alquileres, retribuciones, dividendos, intereses, etc.), con descripción de la periodicidad e importe.
6. Declaración de la renta y del patrimonio del tutelado de los tres últimos años.

Asimismo, se solicitará que del informe del Juzgado que elabore el tutor se traslade una copia del mismo para la Fiscalía, copia que quedará en la carpetilla y que servirá de base para los siguientes controles.

En todo caso, los Sres. Fiscales podrán hacer uso de las facultades legales otorgadas en el art. 95.1.f) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria*, al Ministerio Fiscal para dirigirse a la Agencia Tributaria recabando la información que obre en la misma sobre las personas con discapacidad.

Es de especial trascendencia en la fase de formación de inventario tener en cuenta los créditos que pudiera tener el tutor contra el tutelado, ya que como establece el art. 266 CC *el tutor que no incluya en el inventario los créditos que tenga contra el tutelado, se entenderá que los renuncia.*

VII.-3. Depósito.

Cuando en el patrimonio del tutelado hubiere dinero, alhajas, objetos preciosos, valores mobiliarios o documentos, que a juicio del Fiscal no deban quedar en poder del tutor ni del incapaz, se solicitará del órgano judicial,

como dispone el art. 265 CC, que se depositen en establecimiento destinado al efecto, corriendo los gastos a cargo de los bienes del tutelado.

VIII.- Informe sobre la situación patrimonial de tutelado.

El tutor tiene el deber de informar tanto al Fiscal como al Juez (art. 232 y 233 CC, respectivamente) de las incidencias acaecidas en el ejercicio de la tutela, y además la obligación de rendir cuentas de su gestión *anualmente* (art. 269.4 CC), de forma rigurosa, contable, numérica y acompañada de los oportunos justificantes, debiendo distinguirse ésta de la cuenta general que el tutor debe prestar al cesar en su cargo.

A estos efectos, los Sres. Fiscales, todos los años, en la primera semana del mes de diciembre, remitirán a cada Juzgado un listado comprensivo de las tutelas constitutivas ante el mismo, solicitando que proceda a requerir a cada uno de los tutores para que presenten la rendición anual de cuentas, en la cual, al menos, deberán cumplimentarse los siguientes extremos.

1. Estado de las cuentas corrientes y cartillas de ahorro, con aportación de copia de los extractos de movimientos bancarios del último periodo.
2. Detalle de los ingresos por:
 - Pensiones.
 - Rendimientos inmobiliarios.
 - Rendimientos mobiliarios.
 - Otros rendimientos periódicos.
3. Relación de los gastos corrientes o básicos realizados por cuenta del tutelado:
 - Vestido y alimentación.
 - Gastos médicos
 - Gastos de alojamiento

- Reparaciones en la vivienda
 - Otros gastos (con especificación de los mismos).
4. Gastos derivados del patrimonio inmobiliario:
 - Impuestos.
 - Conservación y mantenimiento.
 - Reparaciones.
 - Otros (con especificación de los mismos).
 5. Gastos derivados del patrimonio mobiliario:
 - Impuestos.
 - Comisiones bancarias.
 - Otros (con especificación de los mismos)
 6. Gastos de carácter extraordinario.

Asimismo, se solicitará que del informe que elabore el tutor se traslade una copia del mismo para la Fiscalía, copia que quedará en la carpetilla y que servirá de base, junto con el inventario inicial, para los siguientes controles.

IX.- Actuaciones al finalizar la tutela.

Al finalizar la tutela por las causas previstas en los arts. 276 y 277 CC, se deberá estar al contenido de lo dispuesto en los arts. 278 a 285 del CC, y principalmente procederá:

1. Devolver el patrimonio al tutelado.
2. Rendir cuenta general de su administración a la autoridad judicial en plazo de tres meses, susceptibles de prórroga. La acción para exigir la rendición prescribe a los cinco años contados desde la terminación del plazo para efectuarlo (art. 279 CC). El Juez oirá al nuevo tutor o, en su caso, al curador o defensor judicial, y al sometido a tutela o a sus herederos (art. 280 CC). Los

gastos serán a cargo del tutelado (art. 281 CC).

3. Devengo de intereses: Si el saldo de la cuenta es contrario al tutor, desde la aprobación de la cuenta devengará interés legal en su contra (arts. 284, 282 CC).

X. CONCLUSIONES.

Primera.- Los Sres. Fiscales darán cumplida observancia a la Circular 2/84 y a las Instrucciones 6/1987 y 3/1990 de la Fiscalía General del Estado, las cuales mantienen su vigencia en los ámbitos que en las mismas se contempla.

Segunda.- Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales, mediante la utilización del programa informático facilitado por el Ministerio de Justicia o, en su caso, por la Comunidad Autónoma correspondiente, establecerán una base de almacenamiento de datos, en la que han de registrarse, para su constancia en la misma, todas las Diligencias Preprocesales y de los procedimientos judiciales relativos a las tutelas de las personas con discapacidad, con expresión en el mismo de todos los extremos expresados en el cuerpo de la presente Instrucción.

Tercera.- Los Sres. Fiscales Jefes Provinciales cuidarán que en la constitución y desarrollo de dicha base informática de almacenamiento de datos, se observe lo dispuesto en la legislación sobre protección de datos de carácter personal.

Cuarta.- Los Sres. Fiscales revisarán cada seis meses la efectiva actualización de dicha base de datos.

Quinta.- Los Sres. Fiscales realizarán un efectivo control sobre el cumplimiento de los requisitos legales relativos a la delación de la tutela,

nombramiento de tutor, ejercicio y extinción de dicho cargo, mediante la vigilancia de los procedimientos judiciales de tutelas.

Sexta.- Cuando se planteen cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales por razón del cambio residencia de una persona sometida a tutela, los Sres. Fiscales, de acuerdo con la más reciente doctrina jurisprudencial, y atendiendo a razones de inmediación, eficacia y efectividad, informarán a favor de atribuir la competencia al juzgado del lugar de residencia actual de la persona con discapacidad.

Séptima.- Los Sres. Fiscales solicitarán anualmente de los Juzgados correspondientes, que se requiera a todos los tutores para que informen de forma amplia y razonada sobre la situación de las personas con discapacidad, así como sobre su patrimonio, procurando adecuar los dictámenes e informes al contenido de la presente Instrucción.

En razón de todo lo expuesto, los Sres. Fiscales se atenderán, en lo sucesivo, a las prescripciones de la presente Instrucción.

Madrid, a 30 de julio de 2008
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES SUPERIORES Y FISCALES JEFES